

Karolina Witczak

**Bezprawne utrwalanie albo rozpowszechnianie wizerunku nagiej  
osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej (art. 191a§ 1 k.k.)**

Rozprawa doktorska przygotowana  
w Katedrze Prawa Karnego  
Wykonawczego  
pod kierunkiem  
dr hab. Grzegorza Wicińskiego, prof. UŁ  
w dyscyplinie nauki prawne

Łódź 2022

## Spis treści

Spis treści.....	1
Wykaz skrótów .....	4
Wstęp.....	7
<b>Rozdział I Karnoprawna regulacja przestępstw stanowiących genezę przestępstwa z art. 191a k.k. w świetle ustawodawstw państw zaborczych.....</b>	<b>11</b>
1.1 Zabór pruski.....	13
1.2 Zabór austriacki.....	21
1.3 Zabór rosyjski .....	29
<b>Rozdział II Utrwalanie albo rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej. Strona przedmiotowa przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.</b>	<b>38</b>
2.1. Przedmiot ochrony przestępstwa z art. 191a § 1 k.....	38
2.1.1 Wolność jako rodzajowy przedmiot ochrony .....	38
2.1.2 Wolność z uwagi na art. 191a § 1 k.k. ....	42
2.1.3 Relacja wolności w ujęciu przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. do wolności seksualnej	47
2.1.4 Znaczenie godności w kontekście art. 191a § 1 k.k. ....	59
2.2 Znamiona przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.....	63
2.2.1 Znamię „utrwalanie” .....	63
2.2.2 Znamię „wizerunek nagiej osoby” lub „wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej” .....	70
2.2.2.1 Pojęcie „wizerunek” na gruncie art. 191a k.k. ....	70
2.2.2.2 Rozpoznawalność jako element statuujący wypełnienie znamienia z art. 191a k.k.	74
2.2.2.3 Pojęcie „nagość” .....	81
2.2.2.4 Pojęcie „czynność seksualna”.....	103
2.2.3 Znamię „rozpowszechnianie” .....	126
<b>Rozdział III Alternatywne sposoby działania sprawcy na gruncie art. 191a § 1 k.k. ....</b>	<b>137</b>
3.1 Przemoc jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191a § 1 k.k.....	137
3.2 Groźba bezprawna jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191a § 1 k.k.	148
3.2.1 Groźba karalna .....	149
3.2.2 Groźba spowodowania postępowania karnego lub innego postępowania, w którym może zostać nałożona kara administracyjna pieniężna .....	161
3.2.3 Groźba rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej .....	166
3.3 Podstęp jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191 § 1 k.k. ....	170
3.4 Właściwości wspólne dla przemocy, groźby bezprawnej oraz podstępu z uwagi na art. 191a § 1 k.k. ....	180
<b>Rozdział IV Konstrukcja zgody na gruncie art. 191a § 1 k.k. ....</b>	<b>183</b>

4.1 Charakter zgody i jej rola w strukturze przestępstwa .....	183
4.2 Problem udzielenia zgody w ramach art. 191a § 1 k.k. ....	194
4.2.1 Problem udzielenia zgody na rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę pełnoletnią .....	196
4.2.2 Problem udzielenia zgody na rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę małoletnią .....	206
Rozdział V Podmiot i strona podmiotowa przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. ....	215
5.1 Podmiot przestępstwa, wiek sprawcy .....	215
5.2 Strona podmiotowa przestępstwa .....	218
Rozdział VI Formy popełnienia przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. ....	228
6.1 Formy stadialne przestępstwa .....	228
6.2 Formy zjawiskowe przestępstwa .....	252
Rozdział VII Przepisy pozostające w zbiegu z art. 191a § 1 k.k. ....	270
Rozdział VIII Empiryczny aspekt art. 191 a § 1 k.k. - prowadzone badania, orzecznictwo, artykuły prasowe oraz statystyka .....	281
8.1 Dalszy przedmiot ochrony w aspekcie przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., popełnionego na szkodę małoletniego .....	281
8.1.1 Dobrowolny udział małoletniego – Stany Zjednoczone .....	282
8.1.2 Dobrowolny udział małoletniego – Polska .....	285
8.1.3 Niedobrowolny udział małoletniego – „sextortion” .....	288
8. 1.4 Niedobrowolny udział małoletniego – „porno-zemsta” .....	291
8.1.5 Przykłady z judykatury i prasy w związku z niedobrowolnym udziałem małoletniego - Polska .....	292
8.1.6 Charakterystyka pokrzywdzonego małoletniego w ramach art. 191a § 1 k.k. Podsumowanie oraz uwzględnienie dobra: prawidłowy rozwój psychofizyczny małoletniego .....	293
8.2. Pojęcie „naga osoba” .....	297
8.3 Utrwalanie .....	298
8.4 Rozpowszechnianie .....	300
8.5 Przemoc jako sposób działania sprawcy .....	300
8.6 Groźba bezprawna jako sposób działania sprawcy .....	301
8.7 Podstęp jako sposób działania sprawcy .....	302
8.8 Właściwości sprawcy .....	303
8.9 Zbieg przepisów .....	306
8.10 Prawomocne skazania .....	308
Wnioski końcowe .....	311
Bibliografia .....	349
I Wykaz opracowań zwartych .....	349
II Wykaz orzeczeń sądowych .....	369

<b>III Wykaz aktów prawnych .....</b>	<b>376</b>
<b>IV Wykaz stron internetowych.....</b>	<b>377</b>
<b>V Wykaz tabeli .....</b>	<b>379</b>

## Wykaz skrótów

Biul. PK – Biuletyn Prawa Karnego

CZPKiNP – Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych

FPiED – Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna

GSP – Prz. Orz. – Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa

k.k. - ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. 1997 Nr 88 poz. 553 ze zm.

k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. - Kodeks karny Rzeszy Niemieckiej z 15 maja 1871 r. (Gesetz, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich), Gesetz vom 15 Mai 1871, Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1871, Nr 24, S. 127-205.

k.k. z 1903 r. - Kodeks Karny z 23 marca 1903 r. Ugolovnoe ulhozenie, Vyschaishe utverzhdennoe 23 marta goda 1903, Sobrnaje uzakonieniu i Rasporiaženij prawitelstwa, poz. 416.

k.k. z 1932 r. - rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz. U. 1932 nr 60 poz. 51 ze zm.

k.k. z 1969 r. - ustawa z dnia 19.04.1969 r. – Kodeks Karny, Dz.U. 1969 Nr 13 poz. 94 ze zm.

Konstytucja RP - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 1997 Nr 78 poz. 483 ze zm.

KKSSiP – Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury

k.p.k - ustawa z dnia 7 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. 1997 Nr 89 poz. 555 ze zm.

KPP – Kwartalnik Prawa Prywatnego

k.r.o. - ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. 1964 Nr 9 poz. 59 ze zm.

KZS – Krakowskie Zeszyty Sądowe

NP – Nowe Prawo

NTS – Najwyższy Trybunał Sądowy

op. cit. – opus citatum

OSA – Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych

OSN – Orzecznictwo Sądu Najwyższego

OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna

OSNCP – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

OSNKW – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa

OSNPG – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Wydawnictwo Prokuratury Generalnej

OSNSK – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna

OSNwSK – Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych

OSP – Orzecznictwo Sądów Polskich

OSPika – Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych

Pal. – Palestra

PiP – Państwo i Prawo

Por. - Porównaj

Prz. Orz. w Rzeszowie – Przegląd Orzecznictwa w Rzeszowie

Prok. i Pr. – Prokuratura i Prawo

Prok. i Pr. – wkł. – Prokuratura i Prawo - wkładka

PS – Przegląd Sądowy

PUG – Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego

RODO - rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, Dz.U.UE.L.2016.119.1.

RPEiS – Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny

SA – Sąd Apelacyjny

SE – Super Express

SN – Sąd Najwyższy

SO – Sąd Okręgowy

SR – Sąd Rejonowy

TK – Trybunał Konstytucyjny

TPP - Transformacje Prawa Prywatnego

u.k.a - Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen) vom 27 Mai. 1852, Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, R. G. B. Nr 117

u.o.d.o. - ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, Dz.U. 1997 Nr 133 poz. 883 ze zm.

u.p.s.n. - ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, Dz.U. 1983 Nr 35 poz. 228 ze zm.

Wok - Wokanda

WPP – Wojskowy Przegląd Prawniczy

ZNUJ – Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

ZNUJ PPWI – Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności  
Intelektualnej

ZNUJ PWiOWI – Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z  
Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej

## Wstęp

W dzisiejszych czasach z łatwością można zaobserwować przejawy zjawiska kultury obrazkowej<sup>1</sup>. Jako jego czytelną egzemplifikację należy poczytać aktywności w mediach internetowych, których istota zawiera się w wymianie lub udostępnianiu zdjęć, obrazów. W trend ten zwłaszcza wpisują się portale internetowe. Korzystanie z nich należy potraktować jako postać realizacji wolności słowa, przekonań, (w niektórych przypadkach) także dysponowania własnym wizerunkiem. Coraz częściej i chętniej ludzie dzielą się w Internecie wydarzeniami ze swojego życia, np. zdjęciem z urlopu lub świętowania urodzin. Jednak istnieje grupa utrważeń, która zwykle w powszechnym odbiorze jest uważana za należącą do zakresu sfery intymnej i z tego powodu podlegającą ścisłemu dysponowaniu przez osobę, której wizerunek został zarejestrowany. Wydaje się, iż nawet w sposób intuicyjny można wskazać, że w obrębie tego rodzaju treści, znajdują się obrazy, które dotyczą wizerunku w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej. Wraz z rozwojem technizacji oraz technologii zaczęły pojawiać się przypadki, gdy osoba trzecia wbrew woli dysponenta dobrem rozpowszechniła utrwalenie tego typu. Problem ten dostrzegł ustawodawca, stwierdzając w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy wprowadzającej art. 191a k.k. (Druk sejmowy nr 1394), iż bezprawne utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku stwarza potrzebę ochrony uczestników kontaktów seksualnych przed nadużyciem ich zaufania ze strony innego z nich<sup>2</sup>.

Niezaprzeczalnie wejście w życie regulacji ujętej w art. 191a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks karny*, [k.k.]<sup>3</sup> przyniosło skutek w postaci wprowadzenia do karnoprawnego porządku nowej jakości<sup>4</sup>. Dotychczas w historii polskiego ustawodawstwa karnego, żaden przepis nie służył ochronie sfery intymnej człowieka w takim zakresie jak czyni to konstrukcja prawna stanowiąca przedmiot niniejszego opracowania. Jej struktura wskazuje na fakt, iż ustawodawca położył w niej szczególny nacisk na potrzebę zabezpieczenia wizerunku osoby w związku z jego eksploatacją

---

<sup>1</sup> D. Abramowicz, *Za mało czytamy, dziś dominuje kultura obrazkowa* (wywiad z B. Matuszczyk, Zakład Pragmatyki i Tekstologii Językoznawczej UG), Polska The Times, <https://polskatimes.pl/za-malo-czytamy-dzis-dominuje-kultura-obrazkowa/ar/327373>, [dostęp: 02.07.2020].

<sup>2</sup> Patrz: *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Sejm VI kadencji, Druk Nr 1394, s. 18.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks karny*, Dz. U. 1997 Nr 88 poz. 553 ze zm.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – *Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Dz.U. Nr 206, poz. 1589 ze zm.



w niektórych formach (utrwalania oraz rozpowszechniania), w stanie nagości oraz w trakcie czynności seksualnej. Czyli w sytuacjach, które są powszechnie uznawane w społeczeństwie za należące do sfery intymnej.

Jest to przełomowa regulacja na gruncie k.k., gdyż jak wspomniano powyżej, nie sposób wskazać bezpośredniego pierwowzoru dla tego przepisu prawa. Przed uchwaleniem art. 191a k.k., dysponent dobrem mógł dochodzić praw jedynie w ramach postępowania cywilnoprawnego – w przedmiocie ochrony dóbr osobistych lub ochrony prawa do wizerunku na podstawie prawa autorskiego. Jednakże praktyka pokazała, że pewne rodzaje czynów są na tyle dolegliwe dla pokrzywdzonego, iż ścieżka ochrony na gruncie cywilnoprawnym, zwłaszcza z uwagi na rozmiar wyrządzonej krzywdy, wydaje się niewystarczająca<sup>5</sup>. Co więcej, włączenie treści tego przepisu w kanon k.k. stanowi odpowiedź na postulaty występujące w dyskursie naukowym w temacie braku odpowiedniej regulacji w kwestii zabezpieczenia praw jednostki względem utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku, który został zarejestrowany w stanie nagości osoby lub w trakcie czynności seksualnej, acz nie wypełnia znamion uwzględnionych np. w art. 202 k.k.<sup>6</sup>.

Kolejnego powodu, który sprawia, iż kształt przestępstwa uwzględnionego w art. 191a § 1 k.k. jest wartym rozważenia, dostarczył ustawodawca decydując się na wprowadzenie nowego znamienia do k.k. Tego rodzaju rozwiązanie prawne zawsze zasługuje na analizę. Warto przy tym podkreślić, że w przypadku znamienia „wizerunek nagej osoby” trudno o wyodrębnienie zespołu jego desygnatów przez odwołanie się do regulacji z przeszłości, gdyż nie stanowił on dotychczas bezpośredniego przedmiotu zainteresowania ustawodawcy.

Podjęcie analizy problemu przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. jest immanentnie związane z rolą czynników kulturowych w wyznaczaniu norm obyczajowych funkcjonujących w społeczeństwie. Analizowana regulacja stanowi wyraźny przykład, iż ujemna ocena określonego zachowania może wynikać z konkretnego kontekstu kulturowego. Nie sposób nie dostrzec, złożoności natury tegoż związku, bowiem czynniki kulturowe nie cechuje sztywny charakter. Wykazują one płynność oraz

---

<sup>5</sup> W 2006 r. miał miejsce przypadek samobójstwa nastoletniej dziewczyny, prawdopodobnie na skutek groźby upublicznienia jej wizerunku w stanie nagości. Patrz: *Samobójstwo po upokorzeniu w szkole*, <https://www.trojmiasto.pl/wiadomosci/Samobojstwo-po-upokorzeniu-w-szkole-n21035.html>, [dostęp: 02.07.2020]. Patrz: *Uzasadnienie...*, *op. cit.*, s. 18.

<sup>6</sup> Patrz: N. Kłaczyńska, *Art. 191a k.k. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 482.

podatność na zmiany zdeterminowane np. warunkami środowiskowymi, podłożem historycznym, czy nawet położeniem geograficznym określonego rejonu. Wymienione cechy sprawiają, że wydaje się, iż warto podjąć próbę wyznaczenia właściwych proporcji dla udziału czynników kulturowych na etapie subsumpcji prawa w kontekście regulacji z art. 191a § 1 k.k. Ma to znaczenie w szczególności z uwagi na funkcję celowościową prawa.

W powiązaniu z czynnikami kulturowymi pozostaje wzrost znaczenia przestępstw (w tym również przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.), które mogą być popełnione przy użyciu Internetu. Nie ulega wątpliwości, iż postęp technologiczny i technizacyjny stanowi wycinek procesów globalizacyjnych. Wydaje się, że w dzisiejszych czasach mają one charakter nieodwracalny, a wybuch światowej pandemii w związku z rozprzestrzenianiem się SARS-CoV-2 i wprowadzane obostrzenia mające na celu ograniczenie kontaktów fizycznych jedynie upowszechniły posługiwanie się wizerunkiem za pomocą usług streamingowych. Można przypuszczać, że metody utrwalania czy rozpowszechniania wizerunku będą stale ulegały ewolucji, aczkolwiek nadal Internet będzie odgrywał w tym znaczącą rolę. W rezultacie należy założyć, że przepis art. 191a § 1 k.k. nie stanie się przepisem „martwym”, a problem bezprawnego utrwalania albo rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej będzie nadal występował, a upowszechnienie cyfrowych metod eksploatacji wizerunku jedynie ułatwi popełnienie tego rodzaju czynów.

Jeszcze jednym z powodów, dla których wyżej wymienione przestępstwo zasługuje na pogłębioną analizę jest fakt, iż ustawodawca za wypełnienie całokształtu jego znamion przewidział możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności. Wolność osobista zaliczana do I generacji praw człowieka zajmuje szczególne miejsce w polskim systemie prawnym, gdyż zgodnie z art. 31 pkt 1 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r. [Konstytucji RP]<sup>7</sup> podlega ona ochronie prawnej, a jej ograniczenie jest możliwe wyłącznie, gdy jest konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Rozwinięciem powyższego rozwiązania jest art. 41 pkt 1 Konstytucji RP, wedle którego każdy człowiek powinien mieć zapewnioną wolność osobistą, a jej pozbawienie może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie. Brzmienie powyższych przepisów

---

<sup>7</sup> *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483 ze zm.

Konstytucji RP pozwala na stwierdzenie, iż odbywanie kary pozbawienia wolności skutkuje dla osadzonego reglamentacją korzystania z jednego z najważniejszych niezbywalnych i przyrodzonych przymiotów człowieka – jego wolności. W konsekwencji każdy przepis prawa, który przewiduje możliwość jej pozbawienia (a więc również i art. 191a § 1 k.k.) powinien być szczegółowo rozważony z uwagi na jego celowość, a także funkcjonalność. Poza tym problem ten pozostaje w powiązaniu z zagadnieniem prawa do sprawiedliwego procesu (art. 45 Konstytucji RP), jak i z prawidłowym wypełnianiem funkcji gwarancyjnej prawa karnego, której istota sprowadza się do założenia by osoba niedopuszczająca się określonego czynu zabronionego, nie została pociągnięta do odpowiedzialności karnej (a więc także nie odbywała bezpodstawnie kary pozbawienia wolności).

Niniejsze powody stanowią przyczynek dla podjęcia próby przedstawienia struktury przestępstwa bezprawnego utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej w aspekcie regulacji z art. 191a k.k. Do tego celu autorka posłużyła się metodą dogmatyczną. Natomiast stan prawny uwzględniony w niniejszej pracy przypada na 2 listopada 2022 r.

# Rozdział I

## Karnoprawna regulacja przestępstw stanowiących genezę przestępstwa z art. 191a k.k. w świetle ustawodawstw państw zaborczych

Przed rozpoczęciem omawiania zagadnienia, któremu poświęcona jest ta część pracy, należy zaznaczyć, iż żadne z przestępstw przewidzianych w zbiorze przepisów karnoprawnych państw zaborczych nie stanowi odpowiednika opisu czynu zabronionego, uwzględnionego w art. 191a k.k.<sup>8</sup>. Jednakże charakter niektórych ze znamion poszczególnych przestępstw, w wyżej wspomnianych ustawodawstwach, umożliwia ich analizę w kontekście etymologii przepisu prawa karnego, stanowiącego temat niniejszych rozważań.

Kryterium przy wyborze zaprezentowanych przestępstw w tej części pracy stanowił fakt, iż każde z nich, w konstrukcji zawiera element, odnoszący się do poczucia wstydu (głównie jednak ze względu na społeczny aspekt, gdyż podlega on w wyższym stopniu obiektywizacji, acz kwestia indywidualnych odczuć jednostki również nie została pominięta). Natomiast w doktrynie prawa karnego materialnego jako karnoprawny przedmiot ochrony w przypadku art. 191a k.k. zostało wskazane między innymi dobro w postaci prawa do prywatności<sup>9</sup>. Co więcej, pojawił się również pogląd, iż poza nim, regulacja przewidziana art. 191a k.k. ma za zadanie również chronić intymność człowieka<sup>10</sup> oraz wolność (zagadnienie rodzajowego przedmiotu ochrony w kontekście art. 191a k.k.)<sup>11</sup>. W zakresie praw lub wolności odnoszących się do prywatności czy sfery intymnej człowieka mieści się, zarówno prawo do doznania uczucia wstydu, jak i wolność od doznawania tego uczucia. W ustawodawstwie państw zaborczych sposób jego ujęcia różni się aniżeli w obecnie obowiązujących przepisach prawa. U źródeł tych odmienności leży przede wszystkim cel poszczególnych regulacji oraz stan nauki, który rozwinął się wraz z upowszechnieniem dostępu do edukacji oraz nowymi możliwościami pozyskiwania wiedzy, a to z kolei w znaczący sposób wpłynęło na przesunięcie zakresu

---

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks karny*, Dz. U. 1997 Nr 88 poz. 553 ze zm.

<sup>9</sup> S. Hypś, *Art. 191a k.k.* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 959.

<sup>10</sup> M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej albo rozpowszechnianie takich treści (art. 191a k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2012, s. 486.

<sup>11</sup> N. Kłaczyńska, *Art. 191a k.k. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 482.

znaczeniowego pojęć w różnych, naukowych dziedzinach. Z drugiej strony, wbrew wspomnianym różnicom, należy podkreślić, iż uczucie wstydu towarzyszy człowiekowi od momentu powstania pierwszych norm społecznych oraz pomimo zindywidualizowanego poziomu inteligencji emocjonalnej każdego człowieka<sup>12</sup>, stanowi ono immamentny składnik spektrum przeżyć, które towarzyszą nam w ciągu całego życia.

Jak zostało wskazane we wcześniejszym ustępie, we wszystkich przedstawionych w niniejszym rozdziale przestępstwach, wywodzących się z ustawodawstw państw zaborczych, można odnaleźć elementy konstrukcji, które odwołują się do uczucia wstydu. Zwraca na to uwagę również F. von Liszt, wyróżniając poza dobrami prawnymi w postaci „wolności płciowej” („*geschlechtliche Freiheit*”) oraz „poczucia obyczajności płciowej” („*sittliche Gefühl*”) także działania obrażające „poczucie wstydu” („*Schamgefühl*”) – jednakże występuje ono jedynie w przypadku niektórych przestępstw<sup>13</sup>. Z kolei W. Makowski, dobro prawne w postaci wstydlivości sprowadza do tendencji ludzi cywilizowanych do ukrywania życia fizjologicznego (w szczególności płciowego). Stanowi ono subiektywne odczucie dla jednej lub więcej osób<sup>14</sup>. Z tego powodu nie sposób nie przyznać przynajmniej częściowo racji wskazanemu przedstawicielowi doktryny, że połączenie karnoprawnej reakcji z tak nieuchwytnym czynnikiem jest niebezpieczne dla prawa karnego<sup>15</sup>. Bowiern, wymiar sprawiedliwości powinien odnosić się jedynie do zjawisk uchwytnych. W tym przypadku przedstawiciel doktryny wskazuje między innymi na czynność o nierządym charakterze – rozumianej jako możliwość naruszenia wstydlivości<sup>16</sup>. Z pewnością *prima facie* dostrzegalne jest niebezpieczeństwo nadużyć, jeżeli chodzi o ocenę, czy w konkretnych okolicznościach można mówić o obiektywnej możliwości odczuwania wstydu. Kolejne pytanie stanowi naturalną konsekwencję poprzedniego – czy w przypadku odczucia ściśle związanego z oznaczoną

---

<sup>12</sup>Patrz: David Goleman, *Inteligencja emocjonalna*, tłum. A. Jaworski, Media Rodzina, Warszawa 2007.

<sup>13</sup> <sup>13</sup> F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, G.m.b.h., Berlin 1900, s. 347-372.

<sup>14</sup> Patrz: W. Makowski, *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja prawa karnego*, t. 5 z. 4, Warszawa 1930, s. 144.

<sup>15</sup> Patrz: *ibidem*. Por. S. Glaser, *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja prawa karnego*, t. 2, Wydawnictwo Urzędowe Komisji Kodyfikacyjnej, Lwów 1925, s. 233.

<sup>16</sup> Wydaje się, że doktrynalna interpretacja pojęcia „nierządny” wraz z wejściem w życie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – *Kodeks karny*, Dz. U. 1932 nr 60 poz. 51 ze zm.

[k.k. z 1932 r.] rozwinęła się w kierunku, przemilczenia subiektywnych odczuć (wstydlivość) a nawiązania do życia płciowego i możliwych negatywnych skutków wyznaczonych przez obowiązujące wówczas normy obyczajowo-społeczne; Por. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. 4, Wydawnictwo Zakładu Narodowego imienia Ossolińskich, Lwów 1935, s. 366-379; W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 1937, Księgarnia F. Hoessicka, s. 592-609; M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach*, wyd. 8, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1958, s. 273-284.

osobą jest możliwa pełna obiektywizacja oceny warunków dla jego wystąpienia. Z drugiej strony, skoro ochrona czci, a wcześniej honoru w ramach karnoprawnego porządku ma kilkuset letnią tradycję i nie wzbudza kontrowersji co do słuszności jej istnienia, mimo iż również opiera się na normach obyczajowych uznawanych w danym społeczeństwie oraz subiektywnych odczuciach jednostki, to dlaczego odczucie wstydu miałoby pozostawać poza tego rodzaju ochroną? W dodatku obydwie wymienione dobra prawne odnoszą się do sfery psychicznej człowieka, a dokładniej ich naruszenie powoduje dyskomfort psychiczny. Jednakże mimo podniesionych wątpliwości, należy wyrazić uznanie dla dostrzeżenia problemu, w szczególności mając na względzie ówczesny stan nauki prawa karnego.

### 1.1 Zabór pruski

Rozpoczynając analizę poszczególnych regulacji państw zaborczych, należy podkreślić, że w Kodeksie karnym Rzeszy Niemieckiej z 15 maja 1871 r. (*Gesetz, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*) [k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r.]<sup>17</sup> został zawarty § 184a, którego treść brzmiała następująco:

„(...) Kto osobie nie mającej lat szesnastu za zapłatą oddaje lub zaofiarowuje pisma, wizerunki lub odtworzenia, które nie mając nierządnej treści obrażają silnie poczucie wstydu, ulegnie karze więzienia do sześciu miesięcy lub grzywnie do sześciuset marek (...)”<sup>18</sup>.

Rozpoczynając omawianie znamion przestępstwa, którego dotyczy treść wyżej wymienionego przepisu prawa, należy wyjść od słownikowych definicji. Język jako narzędzie komunikacji międzyludzkiej wyróżnia się szerokim zakresem elastyczności. Innymi słowy, na przestrzeni lat ulega on przekształceniom, podobnie jak normy obyczajowe, obowiązujące w danym społeczeństwie, czy ogólnie przyjęty sposób życia. Dlatego, z uwagi, na znaczący okres, który upłynął od chwili wejścia w życie omawianej ustawy oraz na fakt, wspomnianego przymiotu języka, właściwym jest sięgnięcie do słowników języka polskiego powstałych w okresie obowiązywania analizowanej regulacji.

---

<sup>17</sup> *Gesetz, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*) vom 15 Mai 1871, Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1871, Nr 24, S. 127-205.

<sup>18</sup> *Kodeks karny Rzeszy Niemieckiej z dnia 15 maja 1871 r. z późniejszymi zmianami i uzupełnieniami po rok 1918 wraz z ustawą wprowadczą do kodeksu karnego dla Związku Północno-niemieckiego (Rzeszy Niemieckiej) z dnia 31 maja 1870 r.*, Poznań 1920, Spółka pedagogiczna, s. 6-7.

Posługując się nomenklaturą stosowaną przez W. Makowskiego, działanie uregulowane w § 184a k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. jest czynem<sup>19</sup>. Znamiona czasownikowe, którymi posłużył się ustawodawca to „oddaje” oraz „zaofiarowywa”. Termin „oddawać” według J. Karłowicza, A. Kryńskiego oraz W. Niedźwiedzkiego powinien być rozumiany jako „(...) wrócić, co czyje, zwrócić, uiścić, spłacić dług, należność (...)”<sup>20</sup>. Jednakże w prezentowanej regulacji czasownikowe znamię należy analizować wraz ze sformułowaniem „za zapłatą”. Z kolei słowo „zaofiarowywać” oznacza „(...) wystąpić z gotowością zrobienia ofiary, ofiarować, podarować, zadeklarować (...)”<sup>21</sup>. W charakteryzowanym paragrafie między możliwymi zachowaniami sprawcy został wykorzystany spójnik „lub”, dlatego czyn może przybrać postać zarówno jednej czynności na przykład udostępnienia za zapłatą, jak i obydwu, to znaczy płatnego oddania oraz zaofiarowania. Takie ujęcie znamienia czasownikowego ma na celu uwzględnienie, w ramach przestępstwa z 184a k.k. możliwie najszerszego spektrum „dystrybucji” nośników - treści silnie obrażających poczucie wstydu. W zakres omawianego czynu zabronionego wchodzi zarówno czynności o odpłatnym (zapewne w przeważającej mierze sprzedaż, ale nie tylko), jak i nieodpłatnym charakterze.

Co się tyczy narzędzi, których sprawca ma użyć do popełnienia przestępstwa dla wypełnienia znamion przewidzianych omawianą regulacją, to zostały one skonkretyzowane. Są to pisma, wizerunki, a także odtworzenia. Pojęcie „pismo” jest zdefiniowane w słowniku języka polskiego jako „(...) ogół znaków, sposobów pisania, abecadło, alfabet, głoski, litery (...)”<sup>22</sup>. Z. Wolski podaje definicję analizowanego sformułowania, ukutego przez niemieckie orzecznictwo jako utrwalenie wyrażonych myśli za pomocą znaków, zdatnych, a także przeznaczonych do udostępnienia, przy ich wykorzystaniu, tychże myśli celem zrozumienia ich przez człowieka. Innymi słowy, mają one stać się zmysłowo dostrzegalnymi<sup>23</sup>. Co oczywiste, stworzenie przez ówczesnego

---

<sup>19</sup> Patrz: W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego, i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Gebethner i spółka, Warszawa-Lublin-Łódź-Poznań-Kraków 1920, s. 148; Autor publikacji podnosi, że stan faktyczny, polegający na działaniu może przybrać formę czynu, bądź bezczynności.

<sup>20</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3 N-Ó, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1902, s. 597. Por. E. Rykaczewski, *Słownik języka polskiego podług Lindego i innych nowszych źródeł*, Polskie Wydawnictwo Warszawa 1925, s.472.

<sup>21</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 8 Z-Ż, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1923, s. 217.

<sup>22</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.4 P-Prożyszczce, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1904, s. 224.

<sup>23</sup> Patrz: Z. Wolski, *Przestępcze obrażenie uczuć moralnych przez rozszerzanie i udostępnianie nierządnych utworów w niemieckich ustawach karnych (Dokończenie)*, Gazeta Sądowa Warszawska 1932, Nr 18, s.248.

ustawodawcę zamkniętego katalogu narzędzi, którymi musi posłużyć się sprawca, znacząco ogranicza jego odpowiedzialność karną.

Jednakże warto zauważyć, że zestawienie w powyższym kontekście pism, wizerunków oraz odtworzeń (silnie obrażających poczucie wstydu) sprawia, iż można odnieść wrażenie, że pomimo wspomnianego ograniczenia odpowiedzialności karnej, jej kształt wypada uznać za znacznie bardziej restrykcyjny w porównaniu z obecnym zakresem odpowiedzialności karnej. Trudno z uwagi na przemiany społeczno-obyczajowe uznać, aby pismo „silnie obrażało poczucie wstydu”, czy nawet było potraktowane jako ingerencja w intymność. Jednakże przyjmując nawet, iż ma miejsce tego rodzaju sytuacja, brak takiej regulacji w ustawodawstwie karnym należy pochylić jako emanację rozwoju dogmatyki, a finalnie praktycznych aspektów prawa karnego. Przymiot subsydiarności zapobiega zbędnej penalizacji życia społecznego, co ma szczególne znaczenie z uwagi na kolejną właściwość – jest ono imperatywne, a zatem zawiera normy powinnościowe. Z tego powodu jest ono stosowane w ostateczności, gdy jest to niezbędne dla zapewnienia ochrony poszczególnych dóbr prawnych.

Kontynuując temat narzędzi, którymi posługuje się sprawca w ramach art. 184a k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r., J. Karłowicz, A. Kryński i W. Niedźwiedzki przez słowo „wizerunek” rozumieją: „(...) obraz, wyobrażenie, odbicie, podobizna, podobieństwo, portret, konterfekt, rysy czyje (...)”<sup>24</sup>. Natomiast na kanwie niemieckiego orzecznictwa, to pojęcie zostało zinterpretowane jako obrazowe odtworzenie zdarzeń przy wykorzystaniu, chociażby taśm filmowych, czy rysunków<sup>25</sup>. Odnosząc powyższą definicję do obecnego pojmowania tego terminu wydaje się, iż można stwierdzić, że uległo ono ewolucji w niewielkim stopniu. Oczywiście nie uwzględnia ono ulotnych form wizerunku, co było podyktowane przez ówczesny stan wiedzy technicznej<sup>26</sup>. Z tego też powodu pojęcie „odtworzenie” postrzegano częściowo w odmienny sposób, aniżeli w dzisiejszych czasach. Mianowicie definiowano je jako „(...) stworzenie powtórnie tak samo”<sup>27</sup>. Wedle niemieckiej judykatury, zakres tego pojęcia obejmuje przedstawienie wszelkich form unaocznienia przekazu wyobrażeń przy użyciu pisma, słowa i tym podobnych<sup>28</sup>. Istota tego pojęcia sprowadzała się wówczas do zachowania w postaci

---

<sup>24</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.7 T-Y, K. Król, W. Niedźwiedzki, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1919, s. 224.

<sup>25</sup> Podając za: Z. Wolski, *op. cit.*, s.248.

<sup>26</sup> Więcej na temat pojęcia „wizerunek” na gruncie art. 191a § 1 k.k.: 2.2.2.1 *Pojęcie wizerunku na gruncie art. 191a k.k.*

<sup>27</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3 N-Ó..., *op. cit.*, s. 691.

<sup>28</sup> Podając za: Z. Wolski, *op. cit.*, s.248.



wizualizacji, opisu (słownego, pisemnego itp.) lub powielenia określonych treści. Natomiast obecnie termin ten *prima facie* kojarzy się z możliwością zapoznania się z treścią utrwaloną przez urządzenia służące do rejestracji treści wizualnych<sup>29</sup>. W końcu należy podkreślić, że ze względu na celowość prezentowanej regulacji oraz zastosowanie spójnika „lub” należy przyjąć, że wybór przez sprawcę rodzaju narzędzia ma charakter alternatywny.

Jednak bez względu na to, który z wymienionych przedmiotów zostanie wykorzystany do popełnienia przestępstwa, każdy z nich musi zawierać treść obrażającą silnie uczucie wstydu. Jednakże jednocześnie treść ta nie może wyróżniać się przymiotem nierządności. Podając za definicją słownikową, przymiotnik „nierządny” oznacza „(...) nieporządny, bezładny, chaotyczny, archaiczny”<sup>30</sup>. Z kolei termin „treść” jest pojmowany jako „(...) istotna część w skrócie zebrana”<sup>31</sup>. Natomiast pojęcie „wstyd” to „(...) upokarzające uczucie na myśl o czymś nieprzystojnym, o rzeczy mniej lub więcej hańbiącej (...)”<sup>32</sup>. Przyjęcie słownikowej definicji słowa „nierządny” podczas przeprowadzania analizy art. 184a k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. prowadzi do niezadowolających efektów pod względem celowości tej regulacji. Wniosek ten wynika z faktu, iż kolejnym przymiotem wyznaczającym zakres treści pism, wizerunków lub odtworzeń jest wspomniana powyżej silna obraza poczucia wstydu. Powiązanie chaotycznego czy bezładnego charakteru owych treści z wywołaniem wspomnianego uczucia w przypadku tej regulacji jest nieuzasadnione. Z tej racji wydaje się, że przymiotnik „nierządny” należy interpretować w odniesieniu do sfery intymnej człowieka, w tym również do tej części, która jest związana z jej seksualnym aspektem<sup>33</sup>.

Przechodząc bezpośrednio do analizy znamienia „silna obraza poczucia wstydu”, wypada podkreślić, że jest ono nieostrym pojęciem, gdyż cechuje się ocennym charakterem. Ze względu na kształt analizowanego przepisu prawa oraz cel, który zamierzał zrealizować ustawodawca przez umieszczenie go w k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r., wysuwają się na pierwszy plan problematyczne kwestie. Mianowicie, jaką metodę należy przyjąć, aby prawidłowo ocenić stopień natężenia uczucia wstydu, a w konsekwencji, kiedy można już mówić o wystarczająco „silnym” obrażeniu poczucia

---

<sup>29</sup> Więcej na temat znaczenia odtworzenia w procesie utrwalania treści wizualnych: 2.2.1 *Znamie utrwalanie*.

<sup>30</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3 N-Ó..., *op. cit.*, s. 349.

<sup>31</sup> E. Rykaczewski, *op. cit.*, s. 897.

<sup>32</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.7 T-Y..., *op. cit.*, s. 779.

<sup>33</sup> Więcej na temat rozległego zastosowania pojęcia „nierządny” w k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r.: Z. Wolski, *op. cit.*, s.247-248.

wstydu. Czy lektura artykułu „*Krytyczne uwagi w sprawie uranicznego poczucia płciowego*” autorstwa L. Wachholza może wywołać uczucie założone ustawą<sup>34</sup>? Przykład fachowej publikacji na kontrowersyjny wówczas temat – homoseksualizmu, udowadnia, że granica między „zgoła neutralną” treścią, a taką, która może zostać zaszeregowana jako „wstydliva”, już przeszło sto lat temu była płynna. Należy wziąć pod uwagę, że społeczeństwo z przełomu XIX w. i XX w. cechowało rozwarstwienie. Przynależność do konkretnej grupy społecznej determinowała poglądy ludzi na temat obyczajności, a w konsekwencji natężenie i wrażliwość w kwestii poczucia wstydu<sup>35</sup>. Czynnikiem kształtującymi określone przekonania (jednocześnie powiązane z przynależnością do określonej grupy społecznej) są m. in.: wykształcenie, pochodzenie czy status majątkowy. Wobec kształtu nadanego omawianej regulacji prawnej należy rozważyć, czy o „obrażeniu silnie poczucia wstydu” ma decydować wyłącznie subiektywne odczucie adresata treści, czy powinna być brana pod uwagę zobiektywizowana ocena. W pierwszym przypadku powstaje ryzyko nadużycia analizowanego przepisu prawa przez osobę potencjalnie pokrzywdzoną. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, gdy zakochana młoda dziewczyna otrzymuje listy od wybranka serca o intymnym charakterze, a następnie, po pewnym czasie zostając przez niego porzuconą, oznajmia, iż dostarczona korespondencja wywołała u niej uczucie wstydu. Z kolei przyjmując możliwość dokonania obiektywnej oceny, wątpliwości budzi kwestia, kto i na podstawie jakich przesłanek miałby jej dokonać. Nie wydaje się, biorąc pod uwagę ówczesny stan wiedzy i techniki, w szczególności w dziedzinie psychologii, aby był w stanie we właściwy sposób dokonać tego biegły sądowy (względnie lekarz)<sup>36</sup>.

Ustalenia, czy w konkretnym stanie faktycznym treść wyróżnia nierządnym charakter dokonywał sędzia<sup>37</sup>. Przy ocenie kierował się własnym przekonaniem oraz uwzględnieniem indywidualnych okoliczności, takich jak osób czy miejsca<sup>38</sup>. Jeżeliby

---

<sup>34</sup> Patrz: L. Wachholz, *Krytyczne uwagi w sprawie uranicznego poczucia płciowego*, Krytyka Lekarska 1900, Nr 7, s. 189-196; L. Wachholz, *Krytyczne uwagi w sprawie uranicznego poczucia płciowego (dokończenie)* Krytyka Lekarska 1900, Nr 8, s. 213-219.

<sup>35</sup> Relacje zachodzące na przełomie XIX w. i XX w., w zakresie przynależności do konkretnej grupy społecznej a poglądami na temat zagadnień związanych z płciowością człowieka, intymnością czy obyczajnością, można zaobserwować w pamiętnikach prowadzonych przez osoby, których życie przypadło na wyżej wspomniane czasy. Patrz: np. I. Krzywicka, *Wyznania gorszycielki*, Czytelnik Warszawa 1995; M. Sękowski, *Pamiętnik warszawskiego taksówkarza*, Ludowa Spółdzielnia Wydawnicza, Warszawa 1978.

<sup>36</sup> W trakcie obowiązywania k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r., główną dziedziną, z zakresu prawa, karnego, w której specjalizowali się biegli była medycyna. Patrz: L. Wachholz, *Medycyna sądowa na podstawie ustaw obowiązujących na ziemiach polskich*, wyd. 3, Nakład Gebethnera Wolffa, Warszawa – Kraków – Lublin – Łódź – Poznań – Wilno – Zakopane 1925, s. 469-514.

<sup>37</sup> Patrz: art. 184 k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r.

<sup>38</sup> Z. Wolski, *op. cit.*, s. 248.

potraktować analogicznie kwestię treści z art. 184a k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r., to jest pozostawiając ocenę tychże w gestii sędziego, należy zauważyć, iż on także wywodzi się i przynależy do konkretnej grupy społecznej, której uznawane przez nią normy obyczajowe nie muszą być zbieżne z tymi, z którymi utożsamia się grupa społeczna współtworzona przez pokrzywdzonego. W rezultacie istnieje możliwość, iż o klasyfikacji treści jako wywołującej uczucie wstydu zadecyduje poziom inteligencji emocjonalnej sędziego. Może się zdarzyć, iż nie będzie on w stanie „wypracować” uniwersum niezbędnego dla dokonania prawidłowej oceny. Ponadto takie rozwiązanie problemu z uwagi na charakter znamienia „obrażenia silnie poczucia wstydu” prowadzi do niejednorodności linii orzeczniczej. Warto w tym miejscu dodać, że F. von Liszt stwierdził, że o okoliczności, czy w danym stanie faktycznym zostało naruszone poczucie wstydu i moralności będzie decydował sędzia<sup>39</sup>. Ostatecznie judykatura niemiecka stanęła na stanowisku, iż do wypełnienia znamion uwzględnionych przez analizowaną regulację wystarczy, aby treść zawarta w piśmie, wizerunku lub odtworzeniu była zdolna do obrażenia tego uczucia wedle miary przeciętnie uznanej przez społeczeństwo<sup>40</sup>.

Do penalizacji czynów ujętych w § 184 k.k. i § 184a k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. nie musi istnieć po stronie sprawcy zamiar w postaci obrażenia uczucia wstydlivosti innych osób. Przenosząc na grunt omawianego paragrafu, pogląd E. Krzymuskiego na temat podziału przestępstw na formalne, materialne oraz formalno – materialne<sup>41</sup>, (przestępstwo formalne to „(...) czyn zewnętrzny wytwarza skutek przestępny, przez samo swoje dojście do pewnego oznaczonego punktu (...)”<sup>42</sup>, a także ze względu na strukturę i charakter znamion opisywanej regulacji, należy uznać, iż przestępstwo z § 184a k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r., cechuje formalny charakter. Brak wymogu wystąpienia umyślności po stronie sprawcy w odniesieniu do treści powyższych regulacji sprawia, iż można przypuszczać, iż rozwiązanie to prowadziło do nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności karnej sprawcy.

W tym miejscu wypada odnieść się do celów niniejszych regulacji. Jak zostało zauważone w „*Encyklopedji podręcznej prawa karnego*”, tendencja do poszerzania zakresu karnoprawnej ochrony względem dzieci jest podyktowana troską społeczeństwa o byt kolejnego społeczeństwa, której to należy upatrywać w naturalnych staraniach

---

<sup>39</sup> F. von Liszt, *op. cit.*, s. 347-372.

<sup>40</sup> Podając za: Z. Wolski, *op. cit.* s. 248.

<sup>41</sup> E. Krzymuski, *System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów, obowiązujących w Polsce. Część ogólna*, Krakowska Spółka Wydawnicza, Kraków 1921, s. 46-47.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

o podtrzymanie gatunku. Potrzeba ta jest powiązana ze wzrostem poziomu kultury<sup>43</sup>. Jednakże należy zaznaczyć, iż większość norm zapewniających ochronę odnosi się do przestępstw nastawionych na zamach względem dobra prawnego jednostki (również norma zawarta w § 184a k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r.). Mimo to kształt wspomnianych konstrukcji prawnych wskazuje również na ujęcie przez ustawodawcę interesu społecznego. Chociaż bezpośredni interes małoletniego jest uwzględniony, to ma on charakter czynnika wtórnego. Z kolei element wolicjonalny po stronie dziecka pozostaje irrelevantny z punktu prawnego. W publikacji tej zostało podniesione, iż granica wieku, która określa okres dziecięcy nie podlega konkretyzacji, gdyż z reguły rozróżnia się pojęcie nieletniego do 16-18 lat<sup>44</sup>. Wydaje się, że ustawodawca mógł przyjąć zbieżny wniosek z przedstawionym w poprzednim zdaniu. Przedmiotem czynności sprawczej w analizowanej regulacji prawnej jest osoba, która nie ukończyła szesnastego roku życia. W nawiązaniu do tego faktu, Z. Wolski określa jako indywidualny przedmiot ochrony § 184a k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r., zdrowie moralnie dorastającej młodzieży, mając na względzie, iż rozpowszechnianie wśród młodych osób pewnych pism, wizerunków lub odtworzeń może obrazić ich uczucie wstydlivosti<sup>45</sup>.

Odnosząc powyższe stanowisko do obecnego stanu wiedzy oraz dotychczasowych osiągnięć nauki, można przypuszczać, iż w ramach tejże konstrukcji prawnej wystąpiłby przedmiot ochrony w postaci prawidłowego rozwoju psychofizycznego małoletniego. Podobnie będzie w przypadku, jeżeli zachowanie sprawcy wypełni komplet znamion z art. 191a § 1 k.k., a pokrzywdzonym będzie właśnie małoletni. Wówczas dojdzie do aktualizacji struktury indywidualnego przedmiotu ochrony w postaci pojawienia się dalszego przedmiotu ochrony – wymienionego już prawidłowego rozwoju psychofizycznego małoletniego<sup>46</sup>. Natomiast powracając do zagadnienia kompozycji dobra chronionego, należy nadmienić, iż w związku z usytuowaniem § 184a k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r., rodzajowy przedmiot ochrony sprowadza się do dobra prawnego w postaci obyczajności, na co wskazuje tytuł rozdziału – *Rozdział trzynasty. Zbrodnie i występki przeciw obyczajności*<sup>47</sup>. Z. Wolski oceniając

---

<sup>43</sup> W. Makowski (red.) *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. 1 Aberatio ictus –Ecuador, Biblioteka Polska, Warszawa, s. 434.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Z. Wolski, *op. cit.*, s. 248.

<sup>46</sup> Więcej na temat dalszego przedmiotu ochrony w ramach art. 191a § 1 k.k.: *8.1 Dalszy przedmiot ochrony w aspekcie przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., popełnionego na szkodę małoletniego*.

<sup>47</sup> *Kodeks karny Rzeszy...*, *op. cit.*, s. 76.

zakres ujęcia § 184, § 184a, § 185b k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. uznał, iż niemieckie ustawodawstwo stworzyło dostateczne narzędzia do penalizacji obrazy uczuć moralnych społeczeństwa, która odbywa się za pomocą rozszerzania nierządnych utworów, rozszerzania wśród młodzieży utworów obrażających silnie jej poczucie wstydlivosti oraz podawania zakazanych wiadomości z rozpraw sądowych<sup>48</sup>.

Kształt przedmiotu ochrony był m.in. jednym z czynników determinujących zakres ustawowego zagrożenia określoną karą. Omawiane przestępstwo było zagrożone karą więzienia, której górna granica wynosiła 6 miesięcy lub karą grzywny w wysokości do 600 marek. Zakreślona granica zagrożenia karą oznacza, iż zachowanie sprawy opisane w § 184a k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. było kwalifikowane jako występki – ust. 2 tegoż k.k. Wyznaczony zakres kary wypada określić jako o relatywnie niskiej dolegliwości. Oczywiście nie sposób jednoznacznie wskazać, która z postaci kary jest bardziej dotkliwa, bowiem stopień jej dolegliwości jest w przeważającej mierze uzależniony od indywidualnych właściwości sprawcy. Można przypuszczać, iż kara grzywny nie wywrze wrażenia na majątnym przemysłowcu. Natomiast kara więzienia orzeczona na 6 miesięcy może w tym przypadku wpłynąć negatywnie na funkcjonowanie przedsiębiorstwa, które jest własnością sprawcy. Z kolei możliwa była także sytuacja, gdy sprawca należał do niższej warstwy społecznej i wykonanie kary grzywny ze względu na jego stan majątkowy było niemożliwe.

Założenie, iż przestępstwo to zagrożone było karą o relatywnie niskiej dolegliwości wynika z porównania do innego przestępstwa umiejscowionego w tym samym rozdziale k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. – § 184 ust. 2 tegoż k.k. (przestępstwo oddania lub zaofiarowania pism, wizerunków oraz odtworzeń o nierządnym charakterze osobie, która nie ukończyła 16 lat). Górna granica ustawowego zagrożenia została w przypadku tego przestępstwa ustanowiona wyżej (kara do roku więzienia lub do 1000 marek). Jednak zawsze należy mieć w tego rodzaju przypadkach na względzie charakter indywidualnego przedmiotu ochrony. Przenosząc przykład na obecnie obowiązujący k.k., granica ustawowego zagrożenia za przestępstwo z art. 202 k.k. została zakreślona wyżej aniżeli dla art. 191a k.k. Oczywiście należy mieć na względzie, iż jest to skrajne uproszczenie. Na ocenę, czy określony zakres kar jest surowy dla sprawcy, składa się wiele czynników. Poza odmiennością dóbr chronionych, a tym samym celowością danej

---

<sup>48</sup> Z. Wolski, *Przestępcze obrażenie uczuć moralnych przez rozszerzanie i udostępnianie nierządnych utworów w niemieckich ustawach karnych. (Dokończenie)*, *Gazeta Sądowa Warszawska* 1932, Nr 19, s. 262.

regulacji, w tym przypadku znaczenie ma wspomniany wcześniej stan wiedzy oraz kontekst obyczajowy. Nie można bowiem pominąć faktu, iż każdy zbiór przepisów, a w szczególności w ramach ustawodawstwa karnego w pewnym stopniu odzwierciedla normy obyczajowe obowiązujące w społeczeństwie. Analizując przepisy pochodzące sprzed ponad stu lat wydaje się, iż tego rodzaju ocena będzie niepełna, gdyż będzie ona „obarczona” podejściem do wielu kwestii osoby żyjącej współcześnie. Od czasu powstania k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. w znaczącym stopniu wzrosła świadomość dotycząca podstawowych praw człowieka. Poza tym w różnych dziedzinach nauki oraz w rozmaitych kontekstach występuje obecnie zagadnienie prawa do prywatności oraz sfery intymnej człowieka. Również przesunęły się granice zachowań uznawanych powszechnie za należące do sfery intymnej. Zmiany te znajdują odzwierciedlenie np. w wyglądzie stroju plażowego. W ciągu dziesiątek lat wzrosło znaczenie autonomicznego decydowania jednostki w przedmiocie kształtowania granic intymności, co znajduje potwierdzenie w objęciu przez ustawodawcę ochroną dóbr prawnych, które są immanentnie związane ze swobodą dookreślania granic tego rodzaju sfery (np. art. 191a k.k.). Jednak dokonując tego rodzaju oceny, pomimo jej niedostatków, wypada stwierdzić, że górna granica ustawowego zagrożenia wydaje się relatywnie nisko ustanowiona. Tego rodzaju rozwiązanie wynikało z obowiązującego ustroju politycznego Rzeszy Niemieckiej oraz szczególnego nacisku ówczesnego ustawodawcy na kryminalizację przestępstw politycznych, których granice ustawowego zagrożenia karą można określić jako rozległe.

## 1.2 Zabór austriacki

Oczywiście nie tylko ustawodawstwo pruskie zawierało regulację, którą w sposób fragmentaryczny można odnieść do konstrukcji art. 191a § 1 k.k. Mianowicie, w ustawie karnej o zbrodniach, występkach i przekroczeniach z dnia 27 maja 1852 r. [u.k.a.] (*Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen*)<sup>49</sup> znalazł się § 516, który stanowił:

*„(...) Kto obrazowemi przedstawieniami albo sprośnemi czynnościami narusza obyczajność i wstydlivość w sposób prostacki i publicznie zgorszenie wywołujący, staje się winnym przekroczenia i ma być zasądzony na ścisły areszt od ośmiu dni do*

---

<sup>49</sup> *Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen* vom 27 Mai. 1852, R. G. B. Nr 117.

sześciu miesięcy. Jeżeli jednak takiego naruszenia dopuszczono się drukiem, wówczas należy je jako występki ukarać ścisłym aresztem od sześciu miesięcy do roku”<sup>50</sup>.

Punktem wyjścia dla omówienia § 516 u.k.a. jest omówienie poszczególnych znamion składających się na niniejszą konstrukcję prawną, czemu służy przedstawienie poszczególnych definicji słownikowych. Pojęcie „obrazowy” zostało objaśnione jako: „(...) pełen obrazów, malowniczy (...)”<sup>51</sup>. Z kolei wedle K. Króla oraz W. Niedźwiedzkiego, pojęcie „przedstawienie” to „(...) widowisko spektakl, przedstawienie teatralne, magiczne, akrobatyczne, w cyrku (...)”<sup>52</sup>. Natomiast A. Kryński wraz z W. Niedźwiedzkiem ujęli termin „sprośny” jako „(...) nieczysty, rozwiązły, rozpasany wyuzdany, nierządny, bezwstydnny, lubieżny (...)”<sup>53</sup>. Dalej, pojęcie „czynność” można definiować jako „(...) aktywność, działanie, sprawa, robota, praca, zatrudnienie (...)”<sup>54</sup>. Wypada ocenić, iż przywołane definicje zawierają zakresy desygnatów zbliżone do tych, które są nadane tym terminom obecnie. Co zrozumiałe, nie pokrywają się one w pełni, co wynika ze zmian społecznych, kulturowych, rozwoju technologicznego, obecnego stanu nauki, itd. Np. dziś w języku potocznym przedstawienie jest zrównywane z wizerunkiem. Warto jednak zauważyć, iż w ramach definicji przymiotu „sprośny”, jako desygnat pojęcia został wskazany termin „bezwstydnny”, co pozwala na odniesienie się, chociaż oczywiście jedynie w sposób pośredni do indywidualnego przedmiotu ochrony, a zatem i motywów wprowadzenia przepisu art. 191a § 1 k.k. Ustawodawca z zaboru austriackiego dostrzegł możliwość naruszenia sfery intymnej poprzez odbiór treści, które dla indywidualnego adresata mogą godzić w jego poczucie wstydu. Można przypuszczać, iż zbliżone powody towarzyszyły obecnemu ustawodawcy wprowadzając analizowaną regulację<sup>55</sup>. Jednak należy zaznaczyć, iż przedmiot ochrony z § 516 u.k.a. w przeciwieństwie do dobra chronionego z art. 191a § 1 k.k. odnosi się w pierwszej kolejności do moralności (choć z uwagi na obecny stan nauki wydaje się, że istota tego przepisu sprowadza się do zapewnienia porządku publicznego). Natomiast w przypadku przepisu stanowiącego przedmiot

---

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3 N-Ó..., *op. cit.*, s. 502.

<sup>52</sup> K. Król, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.5 Próba-R, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1909, s. 74. Por. E. Rykaczewski, *op. cit.*, s. 653.

<sup>53</sup> A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.6 S-Ś, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1909, s. 354. Por. E. Rykaczewski, *op. cit.*, s. 830.

<sup>54</sup> J. Karłowicz (red.), A. Kryński(red.), W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik j języka polskiego*, t.1 A-G, Drukarnia E. Lubowski i S-ki, Warszawa 1908, s. 412.

<sup>55</sup> Patrz: *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Sejm VI kadencji, Druk Nr 1394, s. 18.

niniejszego opracowania, na pierwszy plan została wysunięta potrzeba ochrony dobra, które immamentnie związane jest z oznaczoną osobą.

Pogląd ten (w przedmiocie § 516 u.k.a) podziela również E. Krzymuski zaznaczając, iż nie ma potrzeby, by każdy czyn, który jest przeciwny moralności, ustawodawca klasyfikował jako karygodny. Jednak po przekroczeniu pewnej granicy oraz przy wystąpieniu konkretnych okoliczności (takich jak miejsce publiczne), zachowania te pozostają w sprzeczności z chronionymi prawem interesami społecznymi. Ponadto charakter wspomnianego działania musi wyróżniać się zdolnością do wywołania publicznego zgorszenia<sup>56</sup>. Pomimo oceny niniejszej regulacji, w głównej mierze z uwagi na kontekst historyczny, należy poprzeć J. Sułkowskiego, iż istnieje zjawisko częstego „podciągania” pod omawianą regulację czynów, które nie powinny zostać objęte ustawą karną lub takich, które przedmiotowo dotyczą jedynie obrazy czci<sup>57</sup>.

Powracając do analizy wyżej wskazanych pojęć - „obrazowe przedstawienia” oraz „sprośne czynności” nie sposób nie zauważyć, iż cechuje je szeroki zakres desygnatów. O ile pierwszy termin mógł przybrać postać np. spektaklu, co również wynika z literalnego brzmienia przepisu, o tyle powstawać może wątpliwość co do charakteru form utrwałych wizualnych, takich jak np. rysunek, rzeźba, dagerotyp, czy późniejsza fotografia. Ocena, czy ówczesne rozumienie pojęcia „przedstawienie” obejmuje zakresem również tego rodzaju utrwalenia, jest zdeterminowana przez proces przemian obyczajowo-społecznych, rozwoju nauki, dlatego zawsze będzie ona niekompletna, będzie zawierała pewne niedostatki. Trudno bowiem wymagać pełnego rozeznania, co do sposobu pojmowania całokształtu zagadnień prawnych oraz obyczajowych w odniesieniu do stanu społeczeństwa sprzed ponad 150 lat. Oczywiście wszelkiego rodzaju źródła historyczne stanowią istotny wkład dla przybliżenia dawnej struktury społecznej oraz problemów z tym związanych, aczkolwiek im bardziej odległego okresu badania dotyczą, tym bardziej prawdopodobnym staje się wystąpienie znaczących zniekształceń w odbiorze zachowań, czy przekonań cechujących społeczeństwo z minionych lat. Z tej racji, można jedynie przypuszczać, iż w zakresie pojęcia „przedstawienie” mieściły się

---

<sup>56</sup> Patrz: E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego*, t. 2, wyd. 2 przerobione, Księgarnia Leona Frommera, Kraków 1902, s. 517. Por. M. Richter, *Podręcznik prawa karnego obowiązującego na terenie b. zaboru austriackiego. Dla użytku władz bezpieczeństwa*, Polska księgarnia naukowa w Przemyślu, Przemyśl brak daty wydania, s.148.

<sup>57</sup> Patrz: J. Sułkowski, *Ustawa karna z dnia 27. maja 1852 nr. 117 Dz. U.P. Cz. 2, O występkach i przekroczeniach: z polskim i niemieckim tekstem ustawy, objaśnieniami, judykaturą C. K. Trybunału Kasacyjnego i wzorami wyroków w sprawach o przekroczenia*, Księgarnia Leona Frommera, Kraków 1906.



różne formy utrważeń wizualnych, gdyż jest to zgodne z celem regulacji, który wynika pośrednio z jej treści. Jednak należy jeszcze raz podkreślić, iż są to jedynie przypuszczenia. Ponadto można wywnioskować, iż podobne zapatrywanie w tej kwestii prezentował W. Makowski uważając, że czyn z § 516 u.k.a może wyrażać się albo w zachowaniu, używaniu słów lub gestów, „(...) publicznie wykonywalnych, a mogących wywołać zgorszenie, albo w rozpowszechnianiu utworów lub wizerunków, mających te same cechy (...)”<sup>58</sup>. Poza tym pewną wskazówką może stanowić fakt, iż w ramach równolegle obowiązującego k.k. Rzeszy Niemieckiej z 1871 r. Trybunał Kasacyjny w wyroku 14 listopada 1885 r. orzekł, iż do „obrazowych przedstawień” należy zaliczyć zdjęcia fotograficzne z natury<sup>59</sup>. Niniejsze rozstrzygnięcie z pewnością nie przesądza o wykładni tego terminu na gruncie § 516 u.k.a. Jednakże należy podkreślić jego znaczenie, gdyż przybliża ono w pewien sposób pojmowanie tego sformułowania przez ówczesnie żyjących, co pozwala na przypuszczenia, iż powyższa interpretacja mogła być stosowana również w na terenach znajdujących się pod kontrolą austriackiego zaborcy.

Jak zostało wcześniej wspomniane, drugie z możliwych zachowań sprawcy w ramach analizowanej regulacji przybiera formę „sprośnych czynności”. Jednakże z powodów wskazanych w uprzednich ustępach pojęcie to wydaje się jeszcze bardziej problematycznym z punktu oceny zakresu desygnatów, aniżeli „obrazowe przedstawienia”. Zdaniem M. Richtera, cechy nośników objętych omawianą regulacją mogą spełniać „żarty”, których źródeł lub przedmiotów należy upatrywać w objawach i zboczeniach popędu płciowego, czyli chociażby ordynarnych tańcach oraz grach<sup>60</sup>. Warto w tym miejscu także wspomnieć o kwestii ustnego rozgłaszania treści stanowiących przedmiot przestępstwa, czyli „pornologii”<sup>61</sup>. W dzisiejszych czasach trudno sobie wyobrazić kryminalizację zachowania w postaci „pornologii” (należy przy tym zaznaczyć, iż art. 200b k.k. wyróżnia odmienny cel regulacji oraz różny przedmiot ochrony). Z tej racji biorąc pod uwagę stan obecnej nauki, należy podkreślić, iż w tym

---

<sup>58</sup> W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego, obowiązującego w Polsce*, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1924, s. 352. Również M. Richter wspomina w ramach zachowań egzemplifikujących znamiona z § 516 u.k.a, o wizerunkach chociaż nie przyporządkowuje ich do określonej postaci zachowania, to ze względów funkcjonalnych należy uznać, iż stanowią one przejaw „obrazowych przedstawień”. Patrz: M. Richter, *op. cit.*, s.7

<sup>59</sup> Patrz: wyrok Trybunału Kasacyjnego z 14.11.1885 r., L. 4351 Nr 845.

<sup>60</sup> Patrz: M. Richter, *op. cit.*, s.7. Por. J. Sułkowski, *op. cit.*, s. 309.

<sup>61</sup> Więcej na ten temat: J. Makarewicz, *Pornografia a prawo*, Przegląd Prawa i Administracji 1910, z. 1, s. 2.

przypadku bowiem dla właściwej oceny istotne są normy obyczajowe obowiązujące w określonym społeczeństwie. Co więcej, nie można pominąć subiektywnych odczuć jednostki. Każda osoba, niezależnie od czasów, w których żyje może za przejawy sprośnych czynności uznawać odmienne formy zachowań, W związku z tym znamię „sprośne czynności” mogło powodować niepewność u sprawcy, czy jego zachowanie stanowiło w istocie przestępstwo z § 516 u.k.a.

Omówione powyżej znamiona zostały rozdzielone przez ustawodawcę spójnikiem „albo”. Wskazuje on, że sposób zachowania sprawcy może przybrać wyłącznie jedną z wymienionych postaci. Jednakże z uwagi na względy funkcjonalne, cel analizowanej regulacji, a także w związku z treścią słownikowej definicji pojęć „obrazowy” oraz „przedstawienie” należy uznać, że istnieje możliwość, jednoczesnego wystąpienia obydwu zachowań, np. podczas „obrazowej” deklamacji wiersza (którego treść wywołuje zgorszenie), osoba znajdująca się na scenie, opatruje występ „sprośnymi” czynnościami. Odmienne rozwiązanie nie zabezpieczałoby w efektywny sposób przedmiotu ochrony.

Scharakteryzowane wyżej zachowania w postaci „obrazowych przedstawień” oraz „sprośnych czynności” w kontekście realizacji znamion § 516 u.k.a stanowią narzędzia służące naruszeniu obyczajności oraz wstydlivosti w sposób prostacki i publicznie zgorszenie wywołujący. Punktem wyjścia dla analizy niniejszego stwierdzenia jest odwołanie się do poszczególnych definicji słownikowych. Sformułowanie „obyczajność” obejmuje uważanie, co czynić i mówić przystoi<sup>62</sup>. Natomiast pojęcie „wstydlivość” oznacza „(...) skłonność do wstydzienia (...)”<sup>63</sup>. Wedle J. Karłowicza, A. Kryńskiego i W. Niedźwiedzkiego wyrażenie „prostacki” należy pojmować w kategorii „(...) ordynarny, gminny, rubaszny, grubiański (...)”<sup>64</sup>. Definicja wyrażenia „publiczny” brzmi: „(...) tyczący publiki, dziejący się w miejscu publicznym, poza domem, jawny, ogólny, powszechny, ściągający się do wszystkich albo do wielu, dla każdego przeznaczony, nie prywatny, nie domowy (...)”<sup>65</sup>. Termin „zgorszenie” winno się poczytać jako „(...) zepsucie, zły przykład (...)”<sup>66</sup>. Na podstawie

---

<sup>62</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3 N-Ó..., *op. cit.*, s. 537.

<sup>63</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.7 T-Y..., *op. cit.*, s. 763.

<sup>64</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.4 P-Prożyszcz..., *op. cit.*, s. 1022. Por. E. Rykaczewski, *op. cit.*, s.642.

<sup>65</sup> K. Król, W. Niedźwiedzki, (red.), *op. cit.*, s. 424.

<sup>66</sup>J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 8 Z-Ż, *op. cit.*, s. 479.

przytoczonych definicji można wywnioskować, że literalne znaczenie poszczególnych pojęć nie różni się znacząco względem dzisiejszego znaczenia tychże.

Skoro ówczesne zakresy desygnatów powyższych pojęć nie odbiegają znacznie od obecnych ich odpowiedników, to naturalną konsekwencją tego faktu, jest przejście do zagadnienia przedmiotu ochrony, w przypadku § 516 u.k.a jego rodzajową odmianę stanowi moralność publiczna, na co wskazuje tytuł XXIII rozdziału u.k.a. – „*O występkach i przekroczeniach przeciw moralności publicznej*”. Należy poprzeć obiekcje B. Wróblewskiego co do tej nomenklatury. Jeżeli przyjąć, iż poszczególne regulacje dotyczące przestępstw zostały umieszczone w tej jednostce systematycznej u.k.a. ze względu na silnie podkreślony przedmiot ochrony, to powstają wątpliwości, czy „czyny lubieżne” z osobą poniżej 16 lat zasługują na surowszą ocenę z uwagi na stopień moralności, aniżeli przestępstwo podrzucenia dziecka (za popełnienie omawianego czynu zabronionego w typie podstawowym była przewidziana kara ścisłego aresztu w wysokości od ośmiu dni do sześciu miesięcy)<sup>67</sup>. Natomiast, wedle J. Makarewicza zastosowanie wyrażenia „publiczne zgorszenie” determinuje wymóg pojawienia się pobudzenia wywołanego za pomocą zachowania sprawcy (jednego z zachowań przewidzianych § 516 u.k.a)<sup>68</sup>. Jednakże w austriackiej judykaturze pojawiła się teza, iż wywołanie zgorszenia nie musi nastąpić w momencie czynu sprawcy. Może być ono również konsekwencją rozgłoszenia faktu dokonania czynu przez pokrzywdzonego<sup>69</sup>.

Struktura niniejszego przestępstwa determinuje wywołanie uczuć u odbiorcy „obrazowego przedstawienia” lub wizualizacji w postaci „sprośnych czynności”. Jednakże powstaje pytanie, czy skoro zachowanie sprawcy nastąpiło w publicznym miejscu, np. w parku, ale jego adresatem była jedna osoba lub oznaczony krąg osób to czy nadal można mówić o możliwości wywołania publicznego zgorszenia. Można przypuszczać, że odpowiedź będzie przecząca, gdyż przemawiają za tym względy funkcjonalne oraz literalne brzmienie przepisu. Pomimo potencjalnej ogólnej dostępności miejsca popełnienia czynu, w chwili dokonania jego odbiór był ograniczony do określonego grona adresatów, aczkolwiek wypada powtórnie podkreślić, iż ze względu

---

<sup>67</sup> Więcej na ten temat: B. Wróblewski, *Prawo karne (część szczegółowa). Stenogram z wykładów B. Wróblewskiego w roku akademickim 1927/1928 r.*, Koło Prawników Studentów U.S.B., brak miejsca wydania 1928, s. 106-107.

<sup>68</sup> Patrz: J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 2.

<sup>69</sup> Orzeczenie Trybunału Kasacyjnego z 13.03. 1886 r., Nr 88.

na odległy odstęp czasowy, trudno o w pełni miarodajną i kompletną ocenę zagadnienia<sup>70</sup>. Biorąc pod uwagę obecny dorobek doktryny i orzecznictwa, utożsamianie rozgłoszenia informacji przez pokrzywdzonego o określonym zachowaniu sprawcy (z uwagi na treść § 516 u.k.a) najpewniej zostałyby zakwalifikowane jako przejaw nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności karnej. Niemniej należy zgodzić się z opinią, iż aby czyn z analizowanej regulacji mógł zostać zaklasyfikowany jako karygodny, po stronie sprawcy musi wystąpić świadomość, o „jakości” jego działania, a także wiedza, iż jego zachowanie może wywołać zgorszenie<sup>71</sup>.

Powracając do omawianego zagadnienia, należy wskazać, iż jako przedmiot zamachów, przewidziany przez § 516 u.k.a., E. Krzymuski wymienia dobre obyczaje lub wstydlivość publiczną. Ponadto przedstawiciel doktryny uważa, że przestępstwo w tym przypadku będzie popełnione wówczas, gdy sprawca obraża wstydlivość lub obyczajność w „wyższym stopniu niż przyzwoity”<sup>72</sup>. Na kanwie tego wyrażenia powstaje wątplivość, kiedy obraża przybiera stopień jedynie „pryzwoity”, a kiedy go już przewyższa. Innymi słowy, można zadać pytanie np., czy zachowanie mężczyzny w postaci ukazania pośladeków kobiecie jako „kpiąca odpowiedź” na odrzucenie jego awansów obrażało wstydlivość w przyzwoitym stopniu, czy już przekraczało tę granicę. Orzeczenie o interesującej treści, z punktu omawianego zagadnienia wydał Najwyższy Trybunał Sądowy. Otóż przymiot nierządności można przypisać jedynie tym działaniom, które obrażają moralność oraz przyzwoitość i jednocześnie odnoszą się do stosunków płciowych<sup>73</sup>. W rezultacie brak przypisania przez ustawodawcę zachowaniu sprawcy cechy „nierządne” dla wypełnienia znamion przestępstwa z § 516 u.k.a sugeruje, że wspomniane aktywności nie będą bezpośrednio dotyczyły pożycia seksualnego.

Analizowane pojęcia w ramach regulacji zostały połączone spójnikiem „i”. Odnosi się on do relacji pojęć: „obyczajność” – „wstydlivość”, a także „prostactki” – „publicznie zgorszenie wywołujący”. Taki zabieg austriackiego ustawodawcy sprawia, iż zachowanie sprawcy, dla wypełnienia znamion uwzględnionych przez charakteryzowaną regulację, musi być skierowane jednocześnie przeciwko obydwu dobrom prawnym oraz

---

<sup>70</sup> Więcej na temat okoliczności, które podlegają zbadaniu w dochodzeniu w kontekście § 516 u.k.a.: J. Kurkowski, *Zarys praktyczny prawa i postępowania karnego do użytku policji państwowej*, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1930, s. 50.

<sup>71</sup> Patrz: J. Rosenblatt, *Ustawa karna o zbrodniach, występkach i przekroczeniach z dnia 27 go maja 1852 r., wraz z późniejszymi ustawami i rozporządzeniami*, cz. 1, Księgarnia Leona Frommera, Kraków 1887.

<sup>72</sup> E. Krzymuski, *Wykład...*, *op. cit.*, s. 517.

<sup>73</sup> Wyrok NTS z 21.05.1886 r., L3668, Nr 924.

musi ono przybrać taką postać, aby istniała możliwość przypisania przymiotów prostackiego i publicznie wywołującego zgorszenie.

Oceniając charakter przestępstwa podług przedstawionej przez E. Krzymuskiego klasyfikacji jako formalne, formalno – materialne oraz materialne, czyn zabroniony z § 516 u.k.a należy zaklasyfikować jako formalny<sup>74</sup>. Ten rodzaj zaszeregowania zdaje się potwierdzać również, teza orzeczenia Trybunału Kasacyjnego, gdzie zostało stwierdzone, że dla wypełnienia znamion analizowanego przestępstwa jest wystarczające, aby działanie sprawcy cechowała zdolność *in concreto* do wywołania zgorszenia<sup>75</sup>. Jednakże rzeczywisty rezultat zachowania (w postaci wywołania zgorszenia) nie stanowi warunku dokonania czynu zabronionego z § 516 u.k.a.<sup>76</sup>.

Austriacki ustawodawca w § 516 u.k.a. oprócz podstawowego typu przestępstwa, przewidział również jego kwalifikowaną odmianę. Okolicznością, która wpływa na wymiar kary jest w tym przypadku użycie druku jako nośnika do rozpowszechniania treści o wyżej scharakteryzowanych cechach. W przypadku wypełnienia przez sprawcę wcześniej wspomnianych znamion oraz zastosowania przez niego druku do dokonania tego przestępstwa górna i dolna granica możliwej do orzeczenia przez sąd kary wzrasta odpowiednio od sześciu miesięcy do roku ścisłego aresztu. Zdaniem J. Makarewicza możliwy zasięg rozpowszechniania druku wyróżnia się zdecydowanie szerszym charakterem, aniżeli w przypadku „żywego” słowa<sup>77</sup>. Biorąc pod uwagę ówczesny stan techniki oraz wiedzy, a także znaczenie w kontekście rozpowszechniania informacji, druku jako nośnika informacji, wydaje się, iż wspomniany środek przekazu wyróżniał się najrozleglejszym zasięgiem rozpowszechniania treści aniżeli pozostałe<sup>78</sup>. Powyższy typ przestępstwa oraz przestępstwo z art. 191a § 1 k.k. mają pewne elementy zbieżne. Otóż w obydwu regulacjach pojawia się znamię czynnościowe w postaci rozpowszechniania treści (§ 516 - obrazowe przedstawienia albo sprośne czynności naruszające obyczajność i wstydlwość w sposób prostacki i publicznie zgorszenie wywołujący, art. 191a k.k. – wizerunek nagiej osoby lub wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej). Co więcej, obydwa przedmioty ochrony odwołują się do poczucia wstydu, a co z tym związane

---

<sup>74</sup>E. Krzymuski, *op. cit.*, s. 46-47.

<sup>75</sup> Orzeczenie NTS z 09.07.18, Nr 1470.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 2.

<sup>78</sup> W dzisiejszych czasach można zaobserwować odwrotne tendencje, co do znaczenia druku w kontekście rozpowszechniania. Nadal pozostaje on ważnym medium, aczkolwiek wraz z rozwojem narzędzi związanych z Internetem, można zaobserwować wzrost wpływu przekazu obrazkowego w kontekście szerzenia informacji. Patrz: Wyrok SN z 13.04.2016 r., II KK 3014/15, LEX, Nr 2019608.

dotyczą one wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymnej. Niewątpliwie sformułowany w ten sposób zakres dobra prawnego będzie wysunięty na pierwszy plan w konstrukcji art. 191a § 1 k.k. jako bliższy przedmiot ochrony. Jednak nie można wykluczyć wystąpienia pokrewnego dobra w ramach § 516 u.k.a, chociaż jedynie w dalszej postaci jako wolność od narzucenia odbioru treści osobie, która sobie tego nie życzy (ze względu na towarzyszące jej uczucie wstydu).

### 1.3 Zabór rosyjski

Dla dopełnienia całokształtu regulacji państw zaborczych, które co prawda wycinkowo, aczkolwiek można odnieść do poszczególnych elementów struktury przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., nie sposób pominąć przepisów obowiązujących na terenie zaboru rosyjskiego. W Kodeksie Karnym z 23 marca 1903 r. (*Ugolovnoe ulhozenie, Vyschaishe utverzhdennoe*) [k.k. z 1903 r.]<sup>79</sup> zostały umieszczone dwie konstrukcje prawne (art. 280 k.k. z 1903 r. i art. 281 k.k. z 1903 r.), które zawierają wspólne lub zbliżone elementy do regulacji z art. 191a k.k. Art. 280 k.k. z 1903 r. stanowił:

*„(...) Winny publicznego pogwałcenia przystojności przez wypowiedzenie słów bezwstydnym lub przez postępek bezwstydnym, będzie karany: aresztem na czas do 1 miesiąca lub grzywną do rubli stu. (...)”<sup>80</sup>.*

Zanim nastąpi przedstawienie znaczenia poszczególnych terminów<sup>81</sup>, należy zaznaczyć, iż ze względu na przedmiot tej pracy, zakres omówienia art. 280 k.k. z 1903 r. zostanie zawężony do jego pierwszego zdania (opisującego podstawowy typ przestępstwa). Wynika to z faktu, iż przedmiot karnoprawnej ochrony przepisu art. 191a § 1 k.k. jest ściśle związany ze sferą intymności, której przejawem bez wątpienia jest również odczuwanie wstydu. Oczywiście może być ono spowodowane wieloma okolicznościami. Innymi słowy, wywołanie tego rodzaju uczucia jest spowodowane naruszeniem granic sfery intymnej wyznaczonych przez osobę, której zawstydzienie dotyczy. Z tej racji analiza art. 280 zd. 2 k.k. z 1903 r. zostanie pominięta,

---

<sup>79</sup> Ugolovnoe ulhozenie, Vyschaishe utverzhdennoe 23 marta goda 1903, Sobrnaje zakonieniu i Rasporiazenij pravitelstva, poz. 416.

<sup>80</sup> *Kodeks karny z r. 1903 (przekład z rosyjskiego) z uwzględnieniem zmian i uzupełnień obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 1 maja 1921 r.*, Wydanie Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1922, s. 100-101.

<sup>81</sup> Więcej na temat pojęcia „publiczny”. Patrz: 1.2 *Zabór austriacki*.

gdyż jedynie zd. 1 wymienionego przepisu k.k. zawiera wymóg odczucia wstydu przez pokrzywdzonego.

Dla zachowania struktury niniejszego opracowania, podobnie jak w przypadku wcześniej charakteryzowanych regulacji należy rozpocząć od przytoczenia słownikowych definicji poszczególnych terminów. Pojęcie „pogwałcić” zostało zdefiniowane jako „(...) zgwałcić, naruszyć, złamać co, nie zachować, nie uszanować czego (...)”<sup>82</sup>. Wedle E. Rykaczewskiego przez „przystojność” należy rozumieć „(...) przymiot tego co przystoi stanowi wiekowi, płci, co jest przyzwoite, przyzwoitość (...)”<sup>83</sup>. Sformułowanie „wypowiedzieć” oznacza „(...) wymówić, wyrazić ustnie, wygłosić, wysłować (...)”<sup>84</sup>. Termin „słowo” należy poczytać jako „(...) wyraz, cząsteczka mowy z liter, czyli głosek złożona, z jednej zgłoski lub też więcej (...)”<sup>85</sup>. Natomiast definicja pojęcia „bezwstydnny” wraz z uwagami odnoszącymi się do niego została przywołana we wcześniejszych fragmentach niniejszego opracowania<sup>86</sup>. Wyrażenie „postępek” to „(...) stopniowe posuwanie się coraz wyżej i coraz dalej, wzrost, wzmaganie się w doskonałości, rozwój, udoskonalanie, ulepszanie, awans, progres (...)”<sup>87</sup>.

Przywołanie powyższych definicji skłania do stwierdzenia, że większość z poszczególnych pojęć na przestrzeni lat nie zmieniło zakresów w znaczący sposób. Jednakże pojęcie „postępek” obecnie charakteryzuje zachowanie oceniane negatywnie. Co interesujące, powyższy termin został wykorzystany w art. 280 k.k. z 1903 r. w kontekście, który znaczeniem bliższy jest jego dzisiejszemu rozumieniu. Ponadto z uwagi na kontekst, w wyższym stopniu, aniżeli ówczesna definicja słownikowa koreluje z drugim członem sformułowania, tj. pojęciem „bezwstydnny”. Z racji tego warto poczynić uwagę, iż termin ten odnosi się do przejawów ludzkiej aktywności, a zatem chociaż wydaje się, iż w przeważającej ilości przypadków charakteryzowałby się on tożsamym zakresem desygnatów, to nie można wykluczyć sytuacji, gdy określone zachowanie zostałoby zakwalifikowane jako bezwstydnne np. w ramach regulacji rosyjskiego zaborcy, natomiast w ramach przepisów u.k.a byłoby ono pozbawione tego

---

<sup>82</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.4 P-Prożyszcze..., *op. cit.*, s. 474.

<sup>83</sup> E. Rykaczewski, *op. cit.*, s. 706.

<sup>84</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.7 T-Y..., *op. cit.*, s. 981.

<sup>85</sup> A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.6 S-Ś..., *op. cit.*, s. 219.

<sup>86</sup> Więcej na temat pojęcia „bezwstydnny”: 1.2 *Zabór austriacki*, s. 21.

<sup>87</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.4 P-Prożyszcze..., *op. cit.*, s. 764.

rodzaju przymiotu. Wynika to przede wszystkim z historycznego, a zatem i kulturowego oraz społeczno-obyczajowego kontekstu.

Wyżej wymieniony postępek bezwstydnym stanowi jedno ze sposobów działania, za pomocą których sprawca dopuszcza się publicznego pogwałcenia przystojności. W omawianej konstrukcji prawnej ustawodawca przewidział również drugą postać działania, którą jest wypowiedzenie słów o bezwstydnym charakterze. Zastosowanie w ustawie między wymienionymi formami aktywności spójnika „lub” pozwala na uznanie, iż zarówno zachowanie sprawcy, które ma jedną z przytoczonych form, jak i to o „podwójnej” postaci, stanowi znaną omawianego przestępstwa.

Co oczywiste, zakres wskazanych zachowań podlegających penalizacji wynika z kształtu przedmiotu ochrony. W tym miejscu należy nadmienić, że analizowana regulacja została umieszczona w jednostce systematycznej pt. „*O pogwałceniu przepisów o nadzorze nad moralnością publiczną*”. Z racji tego jako rodzajowy przedmiot karnoprawnej ochrony należy wskazać moralność publiczną. W związku z tym W.M. Borowski uważa, że na podstawie k.k. z 1903 r. do działań skierowanych przeciwko moralności publicznej zalicza się przede wszystkim postępkę, mogącą przyczynić się do obniżenia poziomu etycznego w społeczeństwie<sup>88</sup>. Ponadto wspomniane dobro oddziałuje na uczucie wstydlivosti mimo woli potencjalnego adresata działań i zwykle oddziaływanie tego rodzaju odbywa się sposób nieoczekiwany<sup>89</sup>. Pogląd na ten temat rozwija W. Makowski. W jego opinii użycie nieprzystojnych oraz jednocześnie skierowanych przeciwko wstydlivosti i moralności wyrażen w przemówieniu publicznym, przedstawieniu teatralnym, a także prezentacja w takich warunkach gestów charakteryzujących się powyższymi cechami, odpowiada stanowi faktycznemu zawartemu w art. 280 zd. 1 k.k. z 1903 r.<sup>90</sup>. Przytoczone wypowiedzi wskazują, że pojęcie moralności publicznej w pierwszym rzędzie skupiało się na ocenie określonego czynu przez pryzmat społeczny. Jednakże uwadze nie powinien umykać również wymiar tego dobra, który jest związany z indywidualnymi odczuciami osoby. Świadczy o tym założenie, aby określone zachowanie miało dla odbiorcy niespodziewany charakter, a jego odbiór – niechciany. Określone zachowanie wzbudza

---

<sup>88</sup> W.M. Borowski, *Przestępstwa przeciwko moralności publicznej*, Głos Sądownictwa 1929, Nr 2, s. 47.

<sup>89</sup> W.M. Borowski, *Zasady prawa karnego. Tom II. Część specjalna. Przestępstwa przeciwko religii, władzy państwowej i porządkowi publiczno- społecznemu*, Arcta, Warszawa 1924, s. 320- 321.

<sup>90</sup> W. Makowski, *Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego*, t. 2 – Część II, Biblioteka Polska, Warszawa 1921, s. 339. Por. N.S. Tagancew, *Kodeks karny (22 marca 1903 r.)*, t. L. Konic, t. 3, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1922, s. 266.



u jego adresata odczucie dyskomfortu, co ze względu na „gorszący” charakter czynu narusza również granice sfery intymnej osoby. Jednak wspomniany fakt, pozostaje w relacji z kolejnym problemem, którym jest ocena, czy określone zachowanie spełnia kryteria, by uznać je za „bezwstydne”<sup>91</sup>. Z tej racji zdaniem W. Makowskiego przeciętna moralność społeczna (zakładając, iż można ją ustalić „mocą przekonania sędziowskiego”) powinna stanowić wyznacznik z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności środowiska, wypadku, widowni, a także charakteru i celu działania. Innymi słowy, obnażenie ciała lub jedynie jego konkretnych części należy zaszeregować jako czyn o bezwstydnym charakterze, jeżeli wskazują na to warunki i cel, w którym podjęto działanie<sup>92</sup>. Z tej przyczyny należy zauważyć, iż ocena dokonana przez sędziego w przedmiocie charakteru konkretnego zachowania lub wypowiedzianych słów nie będzie pozbawiona subiektywizmu, gdyż sędzia należy do określonego środowiska społecznego, w którym mogą obowiązywać odmienne normy obyczajowe, aniżeli np. wśród środowiska związanego z sutenerstwem. Na taki stan rzeczy wpływa oczywiście wiele czynników, np. środowisko, w którym człowiek się wychował lub przebywał, wykształcenie czy doświadczenie życiowe. Z tego powodu ocena sędziego nigdy nie będzie pozbawiona pewnej dozy subiektywizmu. W podobny sposób kształtuje się sytuacja, jeżeli tego rodzaju oceny dokonywałyby jedynie pokrzywdzony, gdyż odczuwanie, iż czyn „pogwałcił przystojność”, jak zostało powyżej zaznaczone, jest złożonym zagadnieniem. W rezultacie wydaje się, że właściwym rozwiązaniem byłaby wpierw ocena odbiorcy „bezwstydnych” słów lub czynu, czy uważa, iż określona aktywność obraża przystojność publiczną, a następnie sędzia dokonałby takiej oceny na podstawie całokształtu okoliczności. Jednakże należy mieć na względzie fakt, że analizowane przestępstwo miało charakter formalny. Ponadto pewne zachowania, czy nawet postawy życiowe mogły być inaczej oceniane ponad 100 lat temu, a stan nauki prawa karnego nie był zaawansowany w takim stopniu jak ma to obecnie miejsce. Zatem trudno jest wysnuć jednoznaczne wnioski, czy biorąc pod uwagę wymienione kryteria, było możliwe wprowadzenie efektywniejszego rozwiązania w ramach art. 280 k.k. z 1903 r.

Powracając do tematyki moralności publicznej jako dobra chronionego prawem, ze względu na jego istotę publiczność działania powinno się poczytać za jedno ze

---

<sup>91</sup> Tak też: W. Makowski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 339. Więcej na temat „bezwstydneho” charakteru poszczególnych zachowań, również w kontekście u.k.a: 1.2 *Zabór austriacki*.

<sup>92</sup> W. Makowski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 339.

znamion omawianego przestępstwa. Należy je rozumieć jako dopuszczenie się go w warunkach, gdy zachowanie mogło zostać zobaczone przez mniejszą, bądź większą grupę osób. W kolejnym orzeczeniu SN orzekł, że art. 280 k.k. z 1903 r. ma zastosowanie do publicznego pogwałcenia przystojności, w konsekwencji nie dotyczy on okoliczności, gdy czyn został dokonany w zamkniętym mieszkaniu względem skonkretyzowanej (niewielkiej) liczby osób<sup>93</sup>.

Przechodząc do klasyfikacji przestępstw w relacji przestępstwo formalne, formalno-materialne oraz materialne, należy stwierdzić, iż z uwagi na abstrakcyjny charakter dobra, jakim jest przystojność publiczna, czyn z art. 280 zd. 1 k.k. z 1903 r. należy zaklasyfikować jako formalny<sup>94</sup>.

W razie wypełnienia przez sprawcę znamion podstawowego typu charakteryzowanego przestępstwa, sąd mógł orzec karę w postaci grzywny w wysokości do stu rubli lub karę aresztu na czas nie dłuższy niż miesiąc. Podobnie jak i w przypadku poprzednio analizowanych przestępstw, również dla tego czynu nie zostały ustalone wysokie granice zagrożenia ustawowego. Wyższa górna granica w tym przypadku dotyczyła np. przestępstwa zniewagi (areszt lub grzywna do rubli pięciuset). Oczywiście należy nadmienić, iż sam akt zniewagi w mentalności ówczesnych Rosjan uważany był za szczególnie dotkliwy ze względu na ważne miejsce honoru w hierarchii wartości, aczkolwiek przestępstwo to, podobnie jak to z art. 280 k.k. z 1903 r. (w przypadku tego przestępstwa to jedyne przewidziane formy) będzie przejawiało się wykonanymi gestami lub wypowiedzianymi słowami w stronę odbiorcy.

Przestępstwo z art. 280 z k.k. z 1903 r. to nie jedyne, którego określone elementy można odnaleźć w art. 191 a k.k. Również są one zauważalne w art. 281 k.k. z 1903 r.:

*„(...) Winny przechowywania na sprzedaż, sprzedaży, publicznego wystawienia lub innego rozpowszechniania świadomie bezwstydnich utworów lub wizerunków będzie karany:*

*aresztem na czas do miesięcy 3 lub grzywną do rubli trzystu*

---

<sup>93</sup> *Ibidem*. Tak też: N.S. Tagancew, *op. cit.*, s. 266. Więcej na temat publicznego charakteru działania sprawcy (także w kontekście u.k.a): s.15.

<sup>94</sup> Patrz: E. Krzymuski, *System...*, *op. cit.*, s. 46.

*Nadto, jeśli winowajca jest handlującym, albo redaktorem wydawnictwa perjodycznego, sąd mocen jest pozbawić go prawa handlu lub prawa bycia redaktorem na czas od roku 1 do lat 5*<sup>95</sup>.

Przyjmując za punkt wyjścia prezentację definicji słownikowych<sup>96</sup>, należy stwierdzić, iż pojęcie „przechować” oznacza „(...) zachować, utrzymać przez pewien czas w całości, w świeżości, w stanie pożądanym, zakonserwować na pewien czas (...)”<sup>97</sup>. Termin sprzedaż to „(...) przedanie, przedawanie, handel (...)”<sup>98</sup>. Natomiast wyrażenie „wystawić” zostało zdefiniowane jako „(...) stawiać, postawić na widoku (...)”<sup>99</sup>. Z kolei wyraz „rozpowszechnić” ujęto „(...) upowszechnić, rozszerzyć, rozprzestrzenić, rozkrzewić, puścić w kurs (...)”<sup>100</sup>. Przez przymiot „świadomy” należy rozumieć: „(...) wiadomy, znany, rozmyślny, wtajemniczony, obeznany, dobrze wiedzący, biegły, doświadczony, światły, przeświadczony, przekonany (...)”<sup>101</sup>. Słowo „utwór” to „(...) utworzenie, rzecz utworzona, twór, dzieło, płód, kreacja, kompozycja, budowa ciała, kompleksja, temperament, matematyczna forma utworzona z pewnych elementów (...)”<sup>102</sup>. Pojęcie „handel” zostało zdefiniowane jako „(...) wymiana dóbr ekonomicznych w celu osiągnięcia z niej zysku, pośrednictwo w wymianie towarów i usług pomiędzy ich wytwórcami a posiadaczami i spożywcami a nabywcami, uprawianie, jako stałe zajęcie, handlowanie (...)”<sup>103</sup>. Termin „redaktor” oznacza „(...) ten, co redaguje, kierownik czasopisma lub dzieła zbiorowego (...)”<sup>104</sup>. Słowo „wydawnictwo” zostało wyjaśnione jako „(...) ogólna nazwa wszystkich czynności, mających na celu wydawanie książek z druku (...)”<sup>105</sup>. Natomiast przez przymiot „perjodyczny” należy rozumieć „(...) okresowy, składający się z periodów, ciągły,

---

<sup>95</sup> *Kodeks karny z r. 1903 (przekład z rosyjskiego) z uwzględnieniem zmian i uzupełnień obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 1 maja 1921 r.*, Wydanie Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1922, s. 101.

<sup>96</sup> Niektóre z pojęć z art. 281 k.k. z 1903 r. zostało wyjaśnione przy omawianiu poprzednich regulacji państw zaborczych. Patrz pojęcia „publiczny”, „wizerunek”, „bezwstydy”: *1.2 Zabór austriacki*.

<sup>97</sup> K. Król, W. Niedźwiedzki, (red.), *op. cit.*, s. 31.

<sup>98</sup> A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.6 S-Ś..., *op. cit.*, s. 360.

<sup>99</sup> E. Rykaczewski, *op. cit.*, s. 1056.

<sup>100</sup> K. Król, W. Niedźwiedzki, (red.), *Słownik języka polskiego*, t.5 Próba-R..., *op. cit.*, s. 676.

<sup>101</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.7 T-Y..., *op. cit.*, s. 767.

<sup>102</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.7 T-Y..., *op. cit.*, s. 406-407.

<sup>103</sup> J. Karłowicz (red.), A. Kryński (red.), W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik j języka polskiego*, t.2 H-M, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1902, s. 12.

<sup>104</sup> K. Król, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.5 Próba-R..., *op. cit.*, s. 498.

<sup>105</sup> J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.7 T-Y..., *op. cit.*, s. 839.

powtarzający się, ukazujący się co pewien czas (...)”<sup>106</sup>. Definicje przedstawionych pojęć odpowiadają zbliżeniowo znaczeniu, którym posługujemy się obecnie.

Przechodząc do analizy przestępstwa z art. 281 k.k. z 1903 r., warto podkreślić, iż w literaturze przedmiotu zostało ujęte jako rozpowszechnianie pornografii<sup>107</sup>. Jednakże można odnieść wrażenie, że posłużenie się tym pojęciem znacząco zawęży zakres zastosowania konstrukcji prawnej. Wydaje się, że jeżeli celem ustawodawcy byłaby jedynie karnoprawna ochrona dobra prawnego względem rozpowszechniania treści pornograficznych, zawarłby to *expressis verbis*. Ponadto uczucie wstydu w kontekście nagości (aczkolwiek nie tylko) nie sprowadza się wyłącznie do zagadnień około pornograficznych, czego dowodem obecnie jest konstrukcja zawarta w 191a k.k.<sup>108</sup>.

Co do treści art. 281 k.k. z 1903 r., znamię czasownikowe przybiera postać rozpowszechniania, sprzedaży lub przechowywania w celu sprzedaży świadomie bezwstydnym utworów lub wizerunków. Dotyczy to drukowanych utworów lub rozpowszechnianych w inny mechaniczny sposób. W literaturze przedmiotu pojawił się pogląd, iż istnieje możliwość dodania dowolnego tekstu do odbitki, która była odtworzeniem klasycznego dzieła sztuki, neutralnego w odbiorze z uwagi na kontekst bezwstydnosci. Jednakże wraz z dodaniem komentarza zmienia ono charakter na gorszący. Tym przymiotem będzie również „obarczony” pamiętnik historyczny opatrzony odpowiednimi ilustracjami<sup>109</sup>. Oczywiście należy mieć na uwadze, iż ówczesne zapatrywania na niektóre kwestie ewoluowały. Obecnie trudno sobie wyobrazić sytuację, np. gdy komentarz pod zdjęciem determinuje pornograficzny charakter treści lub taki też komentarz mógł być kryterium decydującym o naruszeniu wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności. Niemniej, prześmiewczy charakter komentarza mógłby zostać uwzględniony przy ocenie karygodności czynu.

Powyższe rozwiązania pozostają w powiązaniu z pojęciem „bezwstydnosc” w kontekście art. 281 k.k. z 1903 r. Wedle N. S. Tagancewa, terminu tego nie można określić *a priori*. W konkretnym przypadku ocena pozostaje w gestii sądu. W trakcie tej czynności bierze on pod uwagę okoliczności sprawy oraz rozstrzyga o charakterze

---

<sup>106</sup> Idem, Słownik języka polskiego, t.4 P-Prożyszcz... , *op. cit.*, s. 115.

<sup>107</sup> Patrz: W.M. Borowski, *Zasady prawa karnego. Tom II. Część specjalna. Przestępstwa przeciwko religii, władzy państwowej i porządkowi publiczno- społecznemu*, Arcta, Warszawa 1924, s. 320.

<sup>108</sup> Zasygnalizowany problem w kontekście relacji poczucie wstydu – prawo do intymności zostanie obszerniej scharakteryzowany w dalszej części pracy.

<sup>109</sup> Więcej na ten temat: W.M. Borowski, *op. cit.*, s. 320-322, N.S. Tagancew, *Kodeks karny (22 marca 1903 r.)*, tł. L. Konic, t. 3, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1922, s. 267.

danego utworu bądź wizerunku. Do przypisania cechy bezwstydnosci, na podstawie omawianej regulacji wystarczy by przymiotem tym wyróżniała się jedynie część wizerunku lub utworu – stanowiącego przedmiot karnoprawnej oceny<sup>110</sup>.

Przedmiot ochrony z art. 281 k.k. z 1903 r. stanowi moralność publiczna, dotknięta poczuciem wstydu. Jako istotną okoliczność w określonym stanie faktycznym należy wskazać gorszący charakter rozpowszechnianego utworu lub wizerunku<sup>111</sup>.

W kwestii wypełnienia znamion czynu zabronionego przewidzianego art. 281 k.k. z 1903 r. musi wystąpić działanie po stronie sprawcy w postaci sprzedaży, publicznego wystawienia lub rozpowszechnienia. W opinii N.S. Tagancewa, do przypisania odpowiedzialności za omawiane przestępstwo wystarczy, aby do obiegu trafił jeden egzemplarz utworu lub wizerunku lub aby miało miejsce samo ich przechowywanie celem sprzedaży<sup>112</sup>. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, iż w praktyce udowodnienie celu przechowania może nastręczyć trudności. Wydaje się, iż dowodem w tej sytuacji może być ogłoszenie o treści dotyczącej sprzedaży danego utworu lub wizerunku autorstwa sprawcy<sup>113</sup>. Jednak należy podkreślić, iż w wielu przypadkach dopiero sposób oraz warunki rozpowszechniania determinują gorszący charakter przedmiotu<sup>114</sup>.

Przechodząc do zagadnień związanych z podmiotem przestępstwa, należy stwierdzić, iż po stronie sprawcy musi wystąpić zamierzenie lub czynność przekazania przedmiotu osobom trzecim. Motywacji w dokonaniu przestępstwa przewidzianego w art.281 k.k. z 1903 r., należy przede wszystkim upatrywać w chęci zysku, a także chciwości<sup>115</sup>. Co więcej, w literaturze podnosi się, że pokrzywdzony omawianym przestępstwem musi podjąć wysiłek umysłowy, chociażby przeczytać utwór<sup>116</sup>. Innymi słowy, do popełnienia tego przestępstwa wymagany jest odbiór określonych treści przez pokrzywdzonego, a zatem muszą również istnieć warunki, które umożliwiają odbiór. W przypadku „bezwstydnego” utworu odbiorca musi być w stanie odczytać tekst, czyli czytać w danym języku, tekst musi być czytelny (w aspekcie sprawnego narządu wzroku) dla osoby, która go odczytuje oraz zrozumiała. Natomiast wydaje się, iż wizerunek w kontekście brzmienia niniejszej regulacji powinna cechować rozpoznawalność co

---

<sup>110</sup> Patrz: N.S. Tagancew, *op. cit.*, s.267. Tak też W. Makowski, *Kodeks..., op. cit.*, s. 34, W.M. Borowski, *Zasady..., op. cit.*, s. 322. Więcej uwag na temat pojęcia „bezwstydnosc”: 1.2 *Zabór austriacki*.

<sup>111</sup> Patrz: W. Makowski, *Kodeks..., op. cit.*, s. 340. Por. W. Makowski, *Kodeks..., op. cit.*, s. 340. Więcej na temat pojęcia „moralność publiczna”, s. 25 i n.

<sup>112</sup> N.S. Tagancew, *op. cit.*, s.267. Por. W. Makowski, *Kodeks..., op. cit.*, s. 340.

<sup>113</sup> Patrz: *Ibidem*, s.267-268.

<sup>114</sup> Tak też: W. Makowski, *Kodeks..., op. cit.*, s. 341.

<sup>115</sup> W.M. Borowski, *op. cit.*, s. 321.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

najmniej co do faktu, iż należy on do człowieka. Zatem odbiorca jest w stanie stwierdzić, że patrzy na wizerunek osoby. Z kolei odmiennie niż w art. 281 zd. 1 k.k. z 1903 r. k.k. kształtuje się podmiot przestępstwa w zd. 2 tego artykułu – jest nim osoba handlująca wspomnianymi w art. 281 k.k. z 1903 r. utworami lub wizerunkami lub redaktorem periodycznych wydawnictw. Rozróżnienie to sprowadza się do odmiennego oznaczenia granic ustawowego zagrożenia dla obydwóch typów przestępstw. Art. 281 zd. 2 k.k. z 1903 r. stanowi kwalifikowany typ przestępstwa względem przestępstwa zawartego w zd. 1 tego artykułu.

Dokonując oceny na podstawie podziału przestępstw wydaje się, iż charakter czynu podlegającego penalizacji z omawianej konstrukcji prawnej należy określić jako formalny<sup>117</sup>.

Co do zakresu ustawowego zagrożenia karą, warto nadmienić, że popełnienie przez sprawcę przestępstwa z art. 281 k.k. z 1903 r. było zagrożone aresztem, gdzie maksymalna długość odbywania kary wynosiła trzy miesiące lub grzywną w wysokości do trzystu rubli. Oprócz kary głównej, wobec redaktorów periodycznych wydawnictw, a także względem osób handlujących wspomnianymi w art. 281 k.k. z 1903 r. utworami lub wizerunkami, sąd ma możliwość orzeczenia dodatkowej kary w postaci pozbawienia prawa do bycia redaktorem lub pozbawienia prawa prowadzenia handlu na czas od roku do pięciu lat<sup>118</sup>. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że prawdopodobnie ustawodawca dostrzegając naganność motywu działania w postaci chęci zysku towarzyszącemu dokonaniu analizowanego czynu zabronionego. Ponadto można zastanowić się, czy możliwość orzeczenia dodatkowej kary nie jest podyktowana faktem, iż wymienione podmioty wyróżnia „profesjonalny” charakter, a zatem ustawodawca wymaga od nich wyższego standardu w kontekście etyki wykonywanej działalności.

---

<sup>117</sup> Patrz: E. Krzymuski, *op. cit.*, s. 46-47.

<sup>118</sup> Patrz: W.M. Borowski, *Zasady...*, *op. cit.*, s. 323. Por. A. Mogilnicki, E.S. Rappaport, *Kodeks karny z ustawami dodatkowymi wydanymi do dnia 1 września 1927 r., tezami orzeczeń Sądu Najwyższego*, F. Hoesick, Warszawa 1928, *op. cit.*, s. 59.

## Rozdział II

### **Utrwalanie albo rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej. Strona przedmiotowa przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.**

#### **2.1. Przedmiot ochrony przestępstwa z art. 191a § 1 k.**

##### **2.1.1 Wolność jako rodzajowy przedmiot ochrony**

Nie ulega wątpliwości, że wolność jako dobro chronione zajmuje szczególne miejsce w polskim systemie prawnym. Prawo do wolności jest przyrodzonym, a także niezbywalnym prawem człowieka, które czerpie źródło z godności ludzkiej. Przejaw jej pozycji jako wartości stanowi art. 31 Konstytucji RP. Ustawodawca zdecydował także o włączeniu wolności jako rodzajowego przedmiotu karnoprawnej ochrony w treść k.k. Odpowiednie rozwiązania prawne dotyczące ochrony wolności zostały usytuowane w *Rozdziale XXIII k.k.*

Co do nadania zakresu znaczeniowego niniejszego terminu, należy przychylić się do zdania wyrażonego przez J. Giezka, iż wolność z różnych powodów stanowi trudno definiowalne pojęcie<sup>119</sup>. Autor zwraca uwagę przede wszystkim na wieloaspektowość przejawów ludzkiej egzystencji, które są zwykle kojarzone ze sferami wolności. Niezwykle istotnym zagadnieniem jest poszukiwanie jej granic, aczkolwiek w trakcie ich wyznaczania należy zadbać, aby wartość ta nie doznała uszczerbku<sup>120</sup>.

Wspomniana wielorakość aspektów wolności jest zauważalna również w systematyce k.k. Wyodrębnienie przez ustawodawcę jej poszczególnych rodzajów jako przedmiotów karnoprawnej ochrony (w *Rozdziale XXIV k.k.* – wolności sumienia i wyznania, a w *Rozdziale XXV k.k.* – wolności seksualnej) sprawia, iż wolność stanowiąca punkt odniesienia dla regulacji ujętych w *Rozdziale XXIII k.k.* powinna być domyślnie rozumiana jako wolność osobista. Z tego powodu należy w pełni poprzeć pojawiające się głosy, iż wolność jako dobro rodzajowe w ramach *Rozdziału XXIII k.k.* charakteryzuje wyjątkowo szeroki zakres desygnatów tego pojęcia<sup>121</sup>. W rezultacie, w pierwszej chwili można odnieść mylne wrażenie, że regulacje dotyczące przestępstw tam umiejscowionych są pozbawione faktycznego wspólnego mianownika. Niewątpliwie

---

<sup>119</sup> J. Giezek, *Kolizja dóbr a prawno-karna ochrona wolności* [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawno-karne aspekty wolności*, Wolters Kluwer, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Warszawa 2006, s. 71.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> Więcej na ten temat np. A. Marek, *Wolność jako przedmiot ochrony prawa karnego* [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawno-karne aspekty wolności*, Wolters Kluwer, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Warszawa 2006, s. 25-26.

przestępstwo handlu ludźmi (art. 189a k.k.) biorąc pod uwagę doraźne skutki będzie w wyższym stopniu dolegliwe dla pokrzywdzonego, aniżeli analizowane w ramach niniejszego opracowania przestępstwo utrwalania albo rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej (art. 191a k.k.). Ponadto można uznać, iż ustawodawca w założeniu przyjął różny stopień gradacji karygodności dla powyższych czynów zabronionych. Wskazuje na to konstrukcja obydwu regulacji. W przypadku przestępstwa handlu ludźmi penalizacji podlega stadium przygotowania (art. 189a § 2 k.k.), podczas gdy do przestępstwa utrwalania albo rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej znajdą jedynie zastosowanie przepisy odnoszące się do odpowiedzialności za usiłowanie (art. 13 k.k.). Co więcej w ramach art. 189a k.k. wolność można określić jako wolność od nacisków w zakresie przemieszczania się, a także wolność od działań godzących w poszanowanie człowieka w sensie podmiotu praw, jego godności ludzkiej (nadwyrężonej przez traktowanie osoby jako obiektu wprowadzanego do obrotu gospodarczego). Natomiast w przypadku przestępstwa ujętego w art. 191a k.k., wolność jako dobro chronione będzie kształtowała się w odmienny sposób. Z pewnością istoty nie będzie tutaj stanowiła wolność lokomocyjna, a ewentualny zamach na ludzką godność nie przybierze postaci potraktowania człowieka jako przedmiotu potencjalnego handlu<sup>122</sup>.

W związku z różnorodnością przestępstw umieszczonych w *Rozdziale XXIII k.k.* wydaje się, iż wspomnianego już wspólnego im mianownika należy upatrywać w treści bliższego przedmiotu karnoprawnej ochrony każdego z nich. Otóż we wszystkich regulacjach ujętych w niniejszym rozdziale k.k. wolność (niezależnie od późniejszej konkretyzacji, z uwagi na poszczególne zespoły znamion czynów zabronionych) występuje zawsze w roli bliższego, pierwszoplanowego przedmiotu ochrony prawa karnego. Innymi słowy, nie można wolności jako rodzajowego przedmiotu karnoprawnej ochrony przypisać czynowi, gdy ta pojawia się jedynie w ramach dalszego przedmiotu ochrony.

Oczywiste jest, że problem bliższego oraz dalszego przedmiotu ochrony wynika właśnie z kształtu konkretnego zespołu znamion przestępstwa, a to z kolei wpływa pośrednio na zawartość *Rozdziału XXIII k.k.* Problem nadmiernej kazuistyki k.k. (nie tylko w odniesieniu do *Rozdziału XXIII k.k.*) jest stale podnoszony w ramach dyskursu

---

<sup>122</sup> Więcej na ten temat: 2.1.2 *Wolność z uwagi na art. 191a § 1 k.k.*



prawniczego<sup>123</sup>. Został on również dostrzeżony przez J. Giezka k.k. który twierdzi, że „(...) im bardziej rozbudowany kodeks, im liczniejsze normy sankcjonujące, tym mniejszy staje się zakres wolności, jakim możemy się jeszcze cieszyć. Rzecz jednak w tym, aby ustawodawca – skądinąd słusznie dostrzegając potrzebę prawnokarnej ochrony wartości kolidujących ze znacznie niekiedy wyżej cenioną od nich swobodą jednostki – nie doprowadził do sytuacji, w której obywatele niepostrzeżenie staną się ofiarami swoistego >>jurydycznego zniewolenia<<”<sup>124</sup>. Wydaje się, iż przedstawiony pogląd zasługuje na aprobatę. Jednakże nie można pomijać kwestii subsydiarnego charakteru prawa karnego. Regulacje zawarte w k.k. znajdują zastosowanie, dopiero gdy w ramach stosunków społecznych nie można ochronić określonego dobra za pomocą innych instytucji aniżeli tych uwzględnionych w karnoprawnym porządku. Przymiot ten sprawia, iż prawo karne powinno być stosowane w ostateczności w przypadku, gdy nie uda się w ramach pozostałych systemów prawa wyeliminować zachowań wycelowanych w określone dobro. W dodatku w tej kwestii znaczenie ma również funkcja ochronna prawa karnego, której istota sprowadza się do ochrony dóbr przed naruszeniami, dlatego wypada stwierdzić, że celem regulacji zawartych w *Rozdziale XXIII k.k.* jest przede wszystkim ochrona wolności osobistej, natomiast choć niewątpliwie dostrzegalne są przejawy jej ograniczenia, stanowią one efekt uboczny wyodrębnienia zakresu wolności, zasługującego na ochronę prawną. Ustawodawca tym samym dokonał hierarchizacji poszczególnych przejawów wolności. Z kolei w przypadku regulacji zawartej w art. 191a k.k. wydaje się, iż można mówić o dwuetapowej gradacji wolności osobistej. W pierwszej kolejności ramy prawnie chronionej wolności są zakreślone przez ustawodawcę poprzez nadanie treści art. 191a § 1 k.k. Natomiast art. 191a § 2 k.k. determinujący wnioskowy tryb ścigania przestępstwa pozostawia w gestii pokrzywdzonego decyzję, czy w kontekście całokształtu okoliczności określonego czynu zakres jego wolności osobistej powinien podlegać karnoprawnej ochronie.

Wypada dodatkowo nadmienić, iż wszystkie przestępstwa przeciwko wolności osobistej w ramach *Rozdziału XXIII k.k.* odnoszą się do zachowań mających na celu wywarcie wpływu na procesy decyzyjne pokrzywdzonego, gdyż omawiana wartość jest

---

<sup>123</sup> Zjawisko nadmiernej kazuistyki na gruncie karnoprawnego porządku cechuje różnorodność czynników etiologicznych, np. brak spójnej polityki kryminalnej, problem dostosowania języka prawnego do ewoluującego otoczenia społecznego, aż wreszcie najbardziej zauważalna kwestia – populizmu penalnego. Zagadnienie to zostało w interesujący sposób poruszone przez M. Filara. Patrz: M. Filar, *Kiedy ofiarą zgwałcenia pada zdrowy rozsądek* [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwo zgwałcenia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 61-72.

<sup>124</sup> J. Giezek, *op. cit.*, s. 88.

zaliczana w poczet dóbr indywidualnych. Dlatego słuszność ma A. Zoll stwierdzając, że przestępstwa przeciwko wolności „(...) naruszają wolność w podejmowaniu decyzji, która może być naruszona przez pozbawienie drugiej osoby w ogóle zdolności do podjęcia decyzji (np. pozbawienie wolności poruszania się) albo pokrzywdzony przemocą lub groźbą bezprawną zostaje doprowadzony do podjęcia określonej decyzji odpowiadającej woli osoby stosującej przemoc lub groźbę”<sup>125</sup>.

Dla stwierdzenia czy dane zachowanie w istocie stanowiło zamach na wolność osobistą niezbędne jest wyznaczenie granic jej obowiązywania. Warto przy tym zaznaczyć, iż ze względu na wspomnianą we wcześniejszych fragmentach niniejszej pracy trudność związaną ze zdefiniowaniem pojęcia wolności, w literaturze przedmiotu pojawiły się różne koncepcje, czy na gruncie k.k. powinna być ona ujmowana albo w aspekcie negatywnym<sup>126</sup>, albo równoległe pozytywnym i negatywnym<sup>127</sup>. Wydaje się, że biorąc pod uwagę, iż zadaniem prawa karnego, które wysuwa się na pierwszy plan jest ochrona społeczeństwa oraz zapobieganie przed przestępstwami, można mówić o wolności osobistej na gruncie k.k. w negatywnym aspekcie. Ponadto sens ochrony dobra sprowadza się do zachowania zapobiegającego jego naruszeniu poprzez ograniczenie występowania czynów bezprawnych. Poza tym warto zauważyć, iż prawo karne z założenia cechuje *ultima ratio* względem działań państwa. Z tego powodu również wydaje się, iż służy ono przede wszystkim wskazaniu ram bezprawności określonego zachowania, a nie definiowaniu lub nadawaniu treści (w pozytywnym aspekcie) prawom lub wolnościom. Wymienione argumenty przemawiają za przyjęciem, iż w ramach karnoprawnego porządku wolność powinna być ujmowana od negatywnej strony.

Skonkretyzowanie dobra w ten sposób nie stoi na przeszkodzie, aby w ramach karnoprawnego porządku wyodrębnić wolność w kontekście dobra osobistego, zarówno

---

<sup>125</sup> A. Zoll, *Uwagi wprowadzające. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-211a*, t. 2, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 566.

<sup>126</sup> Patrz: M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2016, Wolters Kluwer, s. 1160, A. Marek, *Wolność jako przedmiot ochrony prawa karnego* [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Wolters Kluwer, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Warszawa 2006, s. 25, S. Hypś, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 1000.

<sup>127</sup> Patrz: N. Kłaczyńska, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 449. Z kolei M. Surkont podnosi, że wolność „od czegoś” warunkuje wolność do czegoś. Więcej na ten temat: M. Surkont, *Wolność jako przedmiot ochrony z rozdz. XXII kodeksu karnego*, NP 1990, Nr 7-9, s. 104.

w sensie fizycznym – czyli możliwość poruszania się i swobodnego decydowania o miejscu przebywania, jak i w sensie psychicznym – jako wolność od wszelkich, niedozwolonych nacisków na ludzką wolę lub świadomość (psychikę). Jednakże należy zastrzec, iż te ostatnie podlegają ochronie, jedynie w przypadku, gdy realizowane są one zgodnie z porządkiem prawnym i odnoszą się do dóbr, które w powszechnym postrzeganiu stanowią sferę w przedmiocie samodzielnego podejmowania decyzji, zwłaszcza dotyczących życia prywatnego i rodzinnego<sup>128</sup>. Przenosząc powyższy podział na płaszczyznę treści art. 191a § 1 k.k., wypada stwierdzić, że nie ma wątpliwości, iż w tym przypadku na pierwszym planie znajduje się niebezpieczeństwo zagrożenia lub naruszenia wolności w sferze odnoszącej się do ludzkiej psychiki, gdyż sprawca w zależności od wariantu przestępstwa posługuje się przemocą, groźbą bezprawną, podstępem lub dokonuje czynu bez zgody dysponenta dobrem, a więc środków stosowanych celem wywarcia wpływu na procesy decyzyjne lub na zachowanie zachodzące u pokrzywdzonego. Co więcej, niniejsza regulacja została ukształtowana w taki sposób, aby zapewnić ochronę dobru (stanowiącemu indywidualny przedmiot ochrony)<sup>129</sup>, ściśle powiązanego z aspektem intymności, która to przecież stanowi wycinek sfery prywatności. Jednakże warto zwrócić uwagę, że naruszenie wolności w sensie psychicznym na gruncie art. 191a k.k. może prowadzić do naruszenia wolności w sensie fizycznym. Taka sytuacja nastąpi np., gdy sprawca chcąc utrwalić nagi wizerunek osoby pokrzywdzonej, uprzednio przełamuje jej wolę przez związanie, a w rezultacie ograniczając jej swobodę przemieszczania się.

### **2.1.2 Wolność z uwagi na art. 191a § 1 k.k.**

O ile w kwestii wolności osobistej jako rodzajowego przedmiotu ochrony w dyskursie przeważa pogląd o potrzebie sformułowania definicji od negatywnej strony, o tyle problem konkretyzacji indywidualnego przedmiotu ochrony w kontekście art. 191a § 1 k.k. jest ujmowany również w mieszanym oraz pozytywnym aspekcie.

Definicje wolności na gruncie omawianej regulacji sformułowane od pozytywnej strony<sup>130</sup> wydają się nie oddawać w pełni istoty czynu zabronionego. Np. dobro

---

<sup>128</sup> S. Hyps, *op. cit.*, s. 999.

<sup>129</sup> Więcej na ten temat: 2.1.2 *Wolność z uwagi na art. 191a § 1 k.k.*

<sup>130</sup> Więcej na ten temat.: T. Bojarski, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzupełn., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 547, S. Hyps, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 922, M. Filar, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko*

ujmowane jako: „wolność jednostki w zakresie życia seksualnego z wyłączeniem dostępności do faktu ich przeżywania przez niepożądane osoby”<sup>131</sup> nie uwzględnia okoliczności, gdy określone utrwalenie nie może zostać objęte sferą życia seksualnego, gdyż ma ono *stricte* deprymujący charakter dla pokrzywdzonego np. rozpowszechnione utrwalenie wizerunku nagiego człowieka zostało wykonane podczas badań lekarskich. Taki przypadek można rozważać jako naruszający sferę intymną jednostki, natomiast trudno uznać, że doszło do ingerencji w jej życie seksualne. Co więcej, wydaje się, że niniejsza propozycja zakreśla w zbyt rozległy sposób granice chronionego dobra. W sytuacji, gdy sprawca utrwali wizerunek osoby w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej, mimo jej sprzeciwu, acz nie posługuje się w tym celu przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem, nadal można określić go mianem „niepożądanego osoby” w niniejszym kontekście, aczkolwiek jego czyn nie wypełni zespołu znamion ujętych w art. 191a § 1 k.k. W podobny sposób należy odnieść się do propozycji konkretyzacji niniejszej wolności jako „wolności decyzyjnej o utrwalaniu i rozpowszechnianiu własnego wizerunku w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnych”<sup>132</sup>. Trudno mówić o wolności decyzyjnej we wariacie utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, skoro sprzeciw osoby, której wizerunek jest utrwalany nie powoduje wyczerpania znamienia omawianego przestępstwa.

W literaturze prawa karnego indywidualny przedmiot ochrony w negatywnym aspekcie na gruncie 191a § 1 k.k. został zdefiniowany jako wolność od ingerencji w intymność i prywatność człowieka<sup>133</sup>. Słuszne jest określenie ram indywidualnego przedmiotu ochrony od negatywnej strony. Skoro przyjąć negatywny kontekst wolności osobistej na gruncie k.k., z kolei między nią a wolnością od ingerencji w powyższe przymioty człowieka niewątpliwie zachodzi relacja zawierania, to ujęcie indywidualnego przedmiotu ochrony jako wolność „od” stanowi następstwo kształtu rodzajowego przedmiotu ochrony zawartego w *Rozdziale XXIII k.k.* Dlatego zabieg ten należy ocenić jako konsekwentny, a także sprzyjający systematyzacji dorobku wiedzy prawniczej.

---

wolności. *Art. 191a* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 1115, Wyrok SR w Świdnicy z 14.04.2015 r., II K 497/13, LEX nr 1863435.

<sup>131</sup> Por. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 547.

<sup>132</sup> Por. S. Hypś, *op. cit.*, s. 922.

<sup>133</sup> Patrz: M. Mozgawa, K-Nazar-Gutowska, *Przestępstwa przeciwko wolności w polskich kodeksach karnych – ewolucja ujmowania i proponowane zmiany* [w:] M. Lubelski (red.), R. Pawlik (red.), A. Strzelec (red.), *Idee nowelizacji kodeksu karnego*, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Warszawa 2014, s. 225.

Jednakże należy rozważyć trafność wskazania jako indywidualny przedmiot ochrony regulacji z art. 191a § 1 k.k. „wolność od ingerencji w intymność i prywatność”. W polskim systemie prawnym jest powszechnie aprobowany pogląd, iż sfera intymności stanowi w istocie wycinek sfery prywatności<sup>134</sup>. W następstwie w przypadku wskazania wolności od ingerencji w intymność jako dobra zasługującego na ochronę, zupełnie zbędne jest wyodrębnienie wolności od ingerencji w prywatność.

Z powyższego względu można założyć, iż analizowane dobro przyjmie odmienną formę aniżeli wskazana powyżej. Ujęcie indywidualnego przedmiotu ochrony z art. 191a § 1 k.k. jako „wolność od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności” koreluje w stopniu zapewniającym efektywność zarówno dla funkcji gwarancyjnej, jak i na etapie subsumpcji prawa. Po pierwsze propozycja ta nawiązuje w bezpośredni sposób do zabezpieczenia możliwości dysponowania własną sferą intymną, co jak można wywnioskować było intencją ustawodawcy<sup>135</sup> wprowadzającego niniejszą regulację do karnoprawnego porządku. Poza tym sformułowanie „bezprawna ingerencja” w odniesieniu do brzmienia art. 191a k.k. ujednolica chronione dobro, niezależnie od popełnionego wariantu przestępstwa. Co więcej, umożliwia włączenie lub wykluczenie kolejnych wariantów czynu zabronionego w zakresie niniejszej regulacji bez konieczności wprowadzania zmian do kształtu indywidualnego przedmiotu ochrony, a to z kolei sprzyja stabilności prawa oraz czyni zadość zasadom celowości. W rezultacie zaproponowane rozwiązanie sprawia, iż należy uznać za bezprzedmiotowe wyznaczenie dwóch, odrębnych dóbr ze względu na kryterium znamienia czynnościowego w obrębie 191a § 1 k.k.

Kontynuując temat nomenklatury indywidualnego przedmiotu ochrony, warto zaznaczyć, iż powyżej wspomniany, a proponowany w literaturze przymiot „niepożądany”<sup>136</sup> nie oddaje istoty znaczenia przestępstwa w wariacie utrwalania, gdyż

---

<sup>134</sup> Więcej na ten temat: np. A. Kopff, *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, Studia Cywilistyczne, t. 20, Kraków 1972, s. 3 i n., P. Sut, *Ochrona sfery intymności w prawie polskim – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, RPEiS 1994, z. 4, s. 102-105, M. Wild, *Ochrona prywatności w prawie cywilnym (Koncepcja sfer a prawo podmiotowe)*, PiP 2001, Nr 4, s. 54 i n. Prawo do intymności zostało wywiedzione w ramach cywilnoprawnego porządku. Jednakże wydaje się, iż ten fakt nie stoi na przeszkodzie, aby uznać istnienie sfery intymnej w zakresie płaszczyzny prawa prywatnego również na gruncie prawa karnego. Tego rodzaju rozwiązanie sprzyja zabezpieczeniu praw i wolności związanych z integralnością człowieka.

<sup>135</sup> Więcej na temat motywów wprowadzenia art. 191a k.k. do k.k.: *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Sejm VI kadencji, Druk Nr 1394, s.18.

<sup>136</sup> Por. T. Bojarski, *op. cit.* s. 547.

w obecnym stanie sprawca może utrwalić wizerunek człowieka, nawet pomimo jego sprzeciwu, nie wypełniając zachowaniem znamion ujętych w art. 191a § 1 k.k. Dlatego, wydaje się, że posłużenie się zwrotem „bezprawny” będzie właściwszym rozwiązaniem, gdyż przemawiają za nim przede wszystkim względy funkcjonalne. Co się zaś tyczy sformułowania „kształtowanie”, to należy uznać, iż służy ono skierowaniu uwagi na znaczenie procesu wolicjonalnego w kontekście wyznaczenia granic intymności. Zaproponowany kształt dobra chronionego kładzie nacisk na samodzielność dysponenta niniejszym dobrem w dookreśleniu zakresu własnej sfery intymnej. Ponadto propozycja ta wydaje się również pozostawać w zgodzie z założeniami ustawodawcy co do płaszczyzny obowiązywania niniejszej regulacji. Jako czytelną egzemplifikację tego faktu można poczytać możliwość wyrażenia lub niewyrażenia zgody przez wspomnianego dysponenta.

Trzecie podejście jak już wcześniej zostało nadmienione, w aspekcie wolności jako treści przedmiotu ochrony wywodzącego się z analizowanej regulacji, ma charakter „mieszany”<sup>137</sup>. Ujmuje ono, elementy, które odnoszą się, zarówno do pozytywnej, jak i negatywnej definicji wskazanego dobra. Tego rodzaju pogląd niewątpliwie prezentuje J. Kosonoga uważając, iż przedmiot ochrony z art. 191a § 1 k.k. sprowadza się do swobody jednostki w zakresie dysponowania własnym, intymnym wizerunkiem, tj. przedstawiającą osobę w stanie nagości lub podczas czynności seksualnej. Poza tym w ramach analizowanego przedmiotu mieści się wolność od zastraszania lub stosowania podstępów w celu utrwalania wizerunku oraz wolność do decydowania o jego rozpowszechnianiu<sup>138</sup>. Wydaje się, iż przedstawiony pogląd całkiem trafnie ujmowałby istotę problemu indywidualnego przedmiotu ochrony w kontekście art. 191a § 1 k.k., aczkolwiek nie można jednoznacznie stwierdzić, czy przedstawiciel doktryny jako zastraszanie poczytuje również zachowanie sprawcy posługującego się przemocą, czy jedynie kierowane groźby bezprawne. Ponadto argumenty za wyłącznie negatywnym ujęciem wolności jako dobra chronionego za pomocą analizowanej regulacji znalazły się we wcześniejszych ustępach niniejszego opracowania<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Patrz: J. Kosonoga, *Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby* [w:] K. Ślebzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 217, J. Lachowski, *Rozdział XXIII. Przepięstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 872.

<sup>138</sup> J. Kosonoga, *Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby* [w:] K. Ślebzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 217.

<sup>139</sup> Więcej na ten temat: 2.1.2 *Wolność z uwagi na art. 191a § 1 k.k.*

Przedstawiony powyżej podział w zakresie konkretyzacji pojęcia wolność na gruncie art. 191a § 1 k.k. odnosi się do dobra rozumianego w sposób homogeniczny. Natomiast w literaturze istnieje także pogląd, w ramach którego powyższe dobro nie cechuje jednolita struktura. W pierwszym z podejść jego finalny kształt jest zdeterminowany przez treść konkretnego znamienia czynnościowego<sup>140</sup>. W przypadku czynności utrwalania, indywidualne dobro chronione sprowadza się do emanacji wolności osobistej w kontekście pozostawania wolnym od groźby, przymusu lub wykorzystania w związku z użyciem podstępem dla uzyskania intymnego obrazu pokrzywdzonego wbrew jego zgodzie. Jeżeli, czyn sprawcy przybiera postać rozpowszechniania, wówczas przedmiotem ochrony jest wolność, która stanowi przejaw dysponowania własnym intymnym obrazem i wyznaczenia zgodą granic jego rozpowszechniania. Z kolei drugie z podejść sprowadza się do podziału, który bazuje na znamieniu wywodzącym się ze strony przedmiotowej, a dokładniej na rozróżnieniu wariantów wizerunku na kanwie art. 191a § 1 k.k. (wizerunek nagiej osoby lub wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej)<sup>141</sup>. W obrębie każdej z propozycji należy się zastanowić nad celowością wydzielenia odrębnych dóbr, gdyż wydaje się, że rozwiązanie, by dobro z art. 191a § 1 k.k. przyjęło postać „wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymnej” obejmuje obydwa warianty przestępstwa, nie wprowadzając odrębnych granic dla tego samego dobra, tym samym pomijając jego sztucznie nadbudowaną warstwę konstrukcyjną. Natomiast względem drugiego z podejść, trudno uznać, iż czyn sprawcy stanowi zamach na „(...) wolność jako taką, nie zaś wolność seksualną (...)”<sup>142</sup> w przypadku, gdy przedmiotem przestępstwa jest wizerunek nagiej osoby. Oczywiście, należy poprzeć powyższy pogląd w kwestii, iż wolność seksualna nie stanowi indywidualnego przedmiotu ochrony analizowanej regulacji (może ona wystąpić wyłącznie w charakterze dalszego przedmiotu karnoprawnej ochrony). Jednakże nie sposób zgodzić się z określaniem tego rodzaju wolności mianem „jako takiej”. Wątpliwości budzi niski stopień konkretyzacji charakteryzowanego dobra. Nie jest do końca jasne, co właściwie należy rozumieć pod

---

<sup>140</sup> Patrz: M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 608, A. Zoll, *Art. 191a k.k. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-211a*, t. 2, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 607.

<sup>141</sup> Patrz: R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, Prok. i Pr. 2012, Nr 5, s. 24.

<sup>142</sup> R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, Prok. i Pr. 2012, Nr 5, s. 24.

zastosowaną nomenklaturą Posłużenie się którymkolwiek z typów wykładni nie spowoduje uzyskania satysfakcjonującego i użytecznego rezultatu. Ponadto biorąc pod uwagę, że ustawodawca w k.k. uwzględnił kilka rodzajów wolności (np. wolność sumienia), należy zadać pytanie, czy „wolność jako taka” wykazuje na tyle ścisły związek z treścią wolności osobistej na gruncie k.k., aby uznać, że druga z nich stanowi w takim przypadku rodzajowy przedmiot ochrony dla regulacji z art. 191a k.k., a tym samym jak należy potraktować kwestię wystąpienia podobieństwa przestępstw (przesłanka do wymierzenia kary w warunkach recydywy szczególnej podstawowej – art. 64 § 1 k.k.). Drugie z dóbr będących indywidualnym przedmiotem ochrony w ramach analizowanej regulacji wiąże się z bezprawnym utrwalaniem lub rozpowszechnianiem wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej. Wskazany w tym wariantcie przedmiot ochrony – „wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej”<sup>143</sup> stanowi w istocie znamię przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. W konsekwencji nie jest możliwym zrównanie dobra stanowiącego przedmiot ochrony i znamiona przestępstwa, gdyż przedmiot ochrony nie stanowi składnika zespołu znamion. Co więcej, znamienia przestępstwa nie sposób poddać hierarchizacji w kontekście systemu wartości. Odmienne założenie prowadzi do niewłaściwych rezultatów, gdyż wynika z nich, że sprawca naruszyłby wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej, nie zaś np. wolność od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności<sup>144</sup>.

### **2.1.3 Relacja wolności w ujęciu przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. do wolności seksualnej**

Oprócz bliższego przedmiotu karnoprawnej ochrony w ramach 191a § 1 k.k. można wyznaczyć także dalszy. Z tego też powodu warto przeanalizować możliwość wystąpienia w tej roli wolności seksualnej, gdyż niektóre z jej przejawów mogą pozostawać w korelacji do wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności.

Wolność seksualna występuje jako rodzajowy przedmiot ochrony w *Rozdziale XXV k.k.* Zanim zostanie podjęta próba wyznaczenia relacji zachodzącej między dobrem stanowiącym przedmiot ochrony w ramach regulacji z art. 191a § 1 k.k. a wolnością seksualną, warto nakreślić sposób definiowania tej ostatniej w płaszczyźnie

---

<sup>143</sup> *Ibidem.*

<sup>144</sup> Problematyka konkretyzacji indywidualnego przedmiotu ochrony na gruncie art. 191a § 1 k.k. została zaprezentowana w ramach niniejszego opracowania. Więcej na ten temat 2.1.2 *Wolność z uwagi na art. 191a § 1 k.k.*



karnoprawnego porządku. Służy to przede wszystkim sformułowaniu istoty tego dobra, a także uwypukleniu różnic między wymienionymi wartościami.

W kwestii wyznaczenia definicji wolności seksualnej V. Konarska-Wrzosek analizując rodzajowy przedmiot ochrony, wynikający z *Rozdziału XXV k.k.* nie dokonuje rozróżnienia poszczególnych dóbr. Autorka poglądu uważa, że „Wolność seksualna i obyczajność panująca w danym społeczeństwie w zakresie współżycia seksualnego i innych zachowań dotyczących sfery intymnej człowieka stanowi rodzajowy przedmiot ochrony wszystkich typów przestępstw zgrupowanych w tym rozdziale”<sup>145</sup>. Chociaż A. Kopff<sup>146</sup> sprecyzował znaczenie tego terminu celem efektywnego zabezpieczenia praw wynikających z dóbr osobistych w ramach cywilnoprawnego porządku, to wydaje się, iż na potrzeby odniesienia się do poglądu V. Konarskiej-Wrzosek, zgodnie z wykładnią systemową, można posłużyć się przedstawionym znaczeniem pojęcia „sfera intymna”. W rezultacie można przypuszczać, że przywołana przedstawicielka doktryny przyjmuje, iż pojęcie „wolność seksualna” oraz „obyczajność” mieszczą się w zespole desygnatów wskazanego terminu. Natomiast większość autorów w ramach dyskursu karnoprawnego podnosi, że regulacja z art. 191a § 1 k.k. została prawidłowo ujęta w *Rozdziale XXIII k.k.*, zamiast w *Rozdziale XXV k.k.*, gdyż zakresy zbiorów „wolność seksualna” oraz „wolność od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności” nie pokrywają się<sup>147</sup>. Z kolei z wypowiedzi V. Konarskiej-Wrzosek można wywnioskować, że autorka zaszeregowała bezprawne działania związane ze sferą intymną do czynów zabronionych, gdzie występuje przedmiot ochrony w postaci wolności seksualnej oraz obyczajności. Takie ujęcie problemu prowadzi do zrównania przestępstw, bezpośrednio odnoszących się do seksualności człowieka z tymi, które zagrażają lub naruszają intymność. Można się zastanowić, czy zarysowane podejście do tematu pozwala uczynić zadość celowi regulacji z art. 191a § 1 k.k. Należy mieć tu na uwadze przede wszystkim wspomnianą we wcześniejszym fragmencie pracy instytucję recydywy szczególnej podstawowej (przesłankę podobieństwa przestępstw), a tym samym funkcję gwarancyjną prawa karnego.

---

<sup>145</sup> Patrz: V. Konarska-Wrzosek, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 939. Wydaje się, iż podobny kierunek definicja S. Hypia, aczkolwiek inaczej rozkładają się akcenty w jej elementach. Por. S. Hypś, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 1033.

<sup>146</sup> Więcej na ten temat: A. Kopff, *op. cit.*, s. 3 i n.

<sup>147</sup> Szersze omówienie poglądów na temat wolności jako przedmiotu ochrony, Więcej na temat: 2.1.2 *Wolność z uwagi na art. 191a § 1 k.k.*

W płaszczyźnie nauki teoretycznej zostało przedstawione stanowisko, wedle którego termin „wolność seksualna” powinno zostać ujęte od strony negatywnej, rozumianej jako zabezpieczenie przed niepożądaną ingerencją w sferę życia seksualnego<sup>148</sup>. Z pewnością zaprezentowana definicja przyczynia się do prostszego wyznaczenia granic dobra chronionego, co mając na względzie jego charakter stanowi zauważalny atut niniejszego ujęcia. Ponadto podkreśla ono gwarancyjny charakter prawa karnego. Jednakże wydaje się, iż drugi z nurtów pełniej oddaje faktyczną istotę analizowanego zagadnienia.

W ramach dyskursu karnoprawnego pojawia się również odmienny aniżeli powyżej zaprezentowany pogląd w przedmiocie struktury wolności seksualnej jako rodzajowego przedmiotu ochrony. Wedle niego za wolność seksualną poczytać można wolność do swobodnego dysponowania własnym życiem seksualnym. Jednakże należy mieć na uwadze ograniczenia typowe dla wszystkich wolności o charakterze osobistym – tj. bez naruszenia praw osób trzecich, przepisów prawa oraz dobrych obyczajów. Sposób zakreślenia charakteryzowanego dobra prawnego sugeruje, iż zawiera ono zarówno aspekt pozytywny („wolność do”), jak i negatywny („wolność od”)<sup>149</sup>.

Wydaje się, iż można ocenić powyższe podejście w odniesieniu do wyznaczenia zakresu rodzajowego przedmiotu ochrony w ramach *Rozdziału XXV k.k.* za słuszne. Niewątpliwie wolność seksualna jest wartością szczególną, zwłaszcza z uwagi na rodzaj sfery życia, której bezpośrednio dotyczy, dlatego jak wszystkie tego dobra typu zasługuje na ochronę. Należy również poprzeć w stosunku do niego dwuaspektowe podejście (aspekt pozytywny – „wolność do” i aspekt negatywny – „wolność od”). Wynika to przede wszystkim z faktu, że źródła jej można się doszukiwać w art. 17 *Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych*<sup>150</sup> oraz art. 8 *Konwencji*

---

<sup>148</sup> Patrz: M. Bielski, *Uwagi wprowadzające. Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 567, M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXIII. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Uwagi wstępne* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1210, M. Filar, *Ochrona jednostki w nowym kodeksie karnym*, PiP 1998, z. 9-10, s. 68-69.

<sup>149</sup> Patrz: M. Budyn-Kulik, *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Przed art. 197* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 661, A. Wądołowska, *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, Prok. i Pr. 2007, Nr 4, s. 146, J. Warylewski, § 22. *Wprowadzenie* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przepisy przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 639.

<sup>150</sup> *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych* z 19.12.1966 r., Dz.U. 29.12.1977, Nr 38, poz. 167.

*praw człowieka i podstawowych wolności*<sup>151</sup>. Ponadto w art. 31 Konstytucji RP został zawarty obowiązek poszanowania wolności i praw innych osób, a ewentualne ograniczenia muszą przyjąć postać ustawy i mogą mieć miejsce jedynie w ściśle określonych przypadkach. Co ważne, wspomniane ograniczenia nie mogą naruszać istoty tychże wolności i praw. Prawo do prywatności zostało potraktowane jako o szczególnym znaczeniu, gdyż znalazło ono wyraz w art. 47 Konstytucji RP. Wynika z niego m.in., iż każdy ma prawo do ochrony życia prywatnego oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Sposób sformułowania dwóch ostatnio wymienionych przepisów pozwala na wywiedzenie wolności seksualnej jednostki, zarówno od strony pozytywnej, jak i negatywnej (możliwe są jej ograniczenia np. w przypadku przestępstw seksualnych). Jednak brzmienie tychże przepisów podkreśla istnienie prawa podmiotowego do swobodnego kształtowania sfery prywatnej oraz materii z nią związanej. Innymi słowy, podkreślony został pozytywny aspekt rozumienia wolności. Natomiast, treść poszczególnych regulacji z *Rozdziału XXV k.k.* wskazuje, że intencją ustawodawcy było ujęcie wolności seksualnej w sensie negatywnym<sup>152</sup>. Przede wszystkim normy tam zawarte nie przewidują instrumentów służących podejmowaniu aktywności celem kształtowania sfery życia seksualnego. Co więcej, istota funkcji prawa karnego – gwarancyjna oraz ochronna sprowadza się do zabezpieczenia jednostki wobec nadmiernej ingerencji w jej prawa przez organy władzy państwa, a także do ochrony dóbr o istotnym znaczeniu dla rozwoju jednostki, funkcjonowania społeczeństwa przed atakami osób, których zachowanie jest wymierzone w normy prawne. Podsumowując, jednym z naczelnych zadań prawa karnego jest ochrona dobra prawnego przed bezprawnym zamachem (zagrożeniem bezprawnym zamachem). Dlatego nie należy upatrywać jako głównej funkcji prawa karnego zapewnienia narzędzi służących kształtowaniu określonej wolności czy prawa. Chociaż niewątpliwie, tego rodzaju zadanie występuje, jednak w mojej ocenie ma ono charakter wyłącznie uboczny i subsydiarny w stosunku do efektywnego zabezpieczenia dobra wobec bezprawnych działań. Wydaje się, iż te argumenty przesądzają o słuszności przyjęcia jako głównego negatywnego aspektu wolności seksualnej w ramach karnoprawnego porządku. Z kolei pozytywne ujęcie wolności seksualnej będzie stanowiło niejako pochodną negatywnego podejścia, gdyż będzie ona obowiązywała jedynie w zakresie określonym przez ramy

---

<sup>151</sup> *Konwencja praw człowieka i podstawowych wolności* z 4.11.1950 r., Dz.U. 1993 Nr 61 poz. 284.

<sup>152</sup> Tak też: K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, CZPKiNP 2011, z. 1, s. 50-51.

wolności w sensie negatywnym. Wolność seksualna jako dobro prawne w ujęciu pozytywnym jest w szczególności zabezpieczana przez inne dziedziny prawa, np. dzięki przepisom prawa cywilnego, a zwłaszcza przy pomocy postępowania w przedmiocie naruszenia dóbr osobistych.

Zagadnienie granic pojęcia „wolność seksualna” nie tylko stanowiło przedmiot teoretycznych rozważań, ale także było podejmowane w judykaturze. W wyroku SN z 14 marca 1972 r. (V KRN 33/72), wymieniono naruszenie sfery wolności seksualnej jako dobra, wobec którego musi być skierowane działanie sprawcy przestępstwa zgwałcenia<sup>153</sup>. Z kolei w tezie orzeczenia SN zapadłego 8 listopada 1972 r. (Rw 1111/72) znalazło się twierdzenie, iż przepis 168 k.k. z 1969 r.<sup>154</sup> zapewnia karnoprawną ochronę w sferze wolności seksualnej każdej osobie, niezależnie od jej sposobu prowadzenia się – przed targnięciem się sprawcy na wolność tej osoby w zakresie jej życia seksualnego<sup>155</sup>. Natomiast, treść wyroku SN z 3 lipca 1975 r. (II KR 66/75) uściśliła, że przestępstwo zgwałcenia wiąże się z naruszeniem prawa jednostki do swobodnego dysponowania swoim życiem seksualnym<sup>156</sup>. Orzeczenie SN z 10 marca 1976 r. (IV KR 3/76) zawierało konstatację: „(...) przepis art. 168 k.k. chroni wolność dysponowania własną osobą w sferze życia seksualnego (...)”<sup>157</sup>. Warty podkreślenia jest fakt, że wolność seksualna jako jeden z przedmiotów karnoprawnej ochrony został uwzględniony *expressis verbis* dopiero w ramach obowiązywania obecnego k.k. Jednak biorąc pod uwagę treść przywołanych orzeczeń wydanych pod rządami poprzednich ustaw, należy stwierdzić, iż niejednokrotnie występowały zagadnienia związane z tym dobrem. Niekiedy nawet były podejmowane próby jego definicji. Wydaje się, iż ta tendencja świadczy o ówczesnym dostrzeżeniu problemu w płaszczyźnie wyodrębnienia wartości, która by właściwie odzwierciedliła prawa i wolności człowieka powiązane ze sferą jego seksualności. Szczególnie ten trend jest widoczny podczas analizy orzeczeń pochodzących z lat 70. ubiegłego wieku. Warto zauważyć, że co prawda na gruncie cywilnoprawnego porządku, ale wówczas po raz pierwszy została sformułowana koncepcja prawa do prywatności i intymności (1972 r.)<sup>158</sup>. Należy to uznać za przejaw wzrostu stopnia świadomości prawnej w zakresie znaczenia i ochrony dóbr indywidualnych. Poza tym życie seksualne

---

<sup>153</sup> Wyrok SN z 14.03.1972 r., V KRN 33/72, OSNKW 1972, Nr 9, poz. 136.

<sup>154</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – *Kodeks karny*, Dz. U. 1969 Nr 13 poz.94 ze zm.

<sup>155</sup> Wyrok SN z 08.11.1972 r., Rw 1111/72, LEX nr 21527.

<sup>156</sup> Wyrok SN z 03.07.1975 r., II KR 66/75, OSNKW 1975, Nr 10-11, poz. 141.

<sup>157</sup> Wyrok SN z 10.03.1976 r., IV KR 3/76, OSNKW 1976, Nr 9, poz. 113.

<sup>158</sup> Patrz: A. Kopff, *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, Studia Cywilistyczne, t. 20, Kraków 1972, s. 3 i n.

mieści się w sferze życia prywatnego. Co więcej, wyodrębnienie analizowanego dobra w ramach karnoprawnego porządku służy zapewnieniu efektywności funkcji gwarancyjnej prawa karnego poprzez zabezpieczenie sfery wolności seksualnej jednostki przed bezprawnymi zamachami.

Dookreślenie zakresu pojęcia „wolność seksualna” z uwagi na treść *Rozdziału XXV k.k.* umożliwia wyznaczenie wertykalnej relacji między wolnością seksualną a wolnością osobistą, w tym również wolnością od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności. W kwestii rozróżnienia wyżej wspomnianych dóbr rodzajowych w literaturze przedmiotu został wyrażony pogląd, wedle którego różnica zachodząca między oboma rodzajami dóbr polega na odmiennym charakterze przedmiotu ataku. Zamach na wolność seksualną dotyczy naruszenia integralności cielesnej ofiary w sferze seksualnej. Czyn ten „(...) stanowi obiektywnie dostrzegalny dla otoczenia przejaw naruszenia tego dobra i nie musi łączyć się z subiektywnym odczuwaniem przez ofiarę takiego naruszenia w czasie czynu. Atak na wolność osobistą lub wolność sumienia i wyznania godzi w sferę wyobrażeń ofiary o samym sobie (np. co do tego, że chce przebywać w danym miejscu czy też, że chce podjąć dany zespół ruchów), co wymaga uświadamiania sobie tego stanu przez ofiarę. Przykładowo nie można mówić o realizacji znamion art. 189 wobec osoby nieprzytomnej czy niemowlaka, gdyż nie są one w stanie uświadomić sobie zamachu na dobro prawne w postaci wolności osobistej”<sup>159</sup>. Przytoczony przykład należałoby rozważyć na kilku płaszczyznach. Świadomość ofiary w kwestii skierowania wobec niej czynu zabronionego ma znaczenie o tyle, o ile sama miałaby przekazać wiadomość o zaistniałym stanie. Natomiast, fakt pozostawania nieświadomym przez pokrzywdzonego znaczenia czynu pozostaje irrelevantny w odniesieniu do oceny poszczególnych znamion przestępstwa, gdyż nie powoduje ich dekompletacji. Stosownie do art. 304 § 1 ustawy z dnia 7 czerwca 1997 r. – *Kodeks postępowania karnego* [k.p.k.]<sup>160</sup> na każdym człowieku ciąży społeczny obowiązek zawiadomienia prokuratora lub Policji o popełnionym przestępstwie (jeżeli jest ono ścigane z urzędu). Innymi słowy, gdy ktoś poweźmie wiadomość, iż doszło do pozbawienia wolności człowieka w ramach przesłanek ujętych w art. 189 k.k., każdy nie tylko może, ale jest zobowiązany do powiadomienia jednego z wyżej wskazanych organów. Dlatego, pod tym względem trudno mówić o subiektywnym charakterze przestępstwa. Poza tym nawet przyjmując prawidłowość przekonania M. Bielskiego, że

---

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> Ustawa z dnia 7 czerwca 1997 r. – *Kodeks postępowania karnego*, Dz. U. 1997 Nr 89 poz. 555 ze zm.

w przypadku przestępstwa z art. 189 k.k. powinno się uwzględnić element subiektywizmu w związku z odczuciami ofiary, to należy mieć na uwadze, zwłaszcza jeżeli pozbawienie wolności nosi cechę długotrwałego, że w psychice ofiar niejednokrotnie wytwarza się mechanizm obronny w postaci zaprzeczenia lub wyparcia. Ostatni z nich jest przejawem dojrzałego procesu obronnego, który ewaluował w wyniku ścieżki rozwojowej z formy zaprzeczenia. Warto, przy tym zaznaczyć, że mechanizmy bardziej dojrzałe (w tym przypadku wyparcie) wykazują mniejszy związek z zaburzeniami psychicznymi, aniżeli mechanizmy mniej dojrzałe (tutaj – zaprzeczenie)<sup>161</sup>. Mając na uwadze możliwość powstania w psychice ofiary mechanizmów obronnych, które wpływają na odbiór oraz analizę otaczającej jej rzeczywistości, należy rozważyć, czy zastosowanie subiektywnego czynnika w ramach oceny stanu faktycznego służy w tym przypadku celowi regulacji oraz zapewnieniu prawidłowej i efektywnej ochrony osobie pokrzywdzonej. Wreszcie wydaje się, iż słusznie postąpił ustawodawca, gdy na etapie tworzenia powyższego przepisu prawa w sposób szczególny uwzględnił znaczenie społecznej szkodliwości tego typu zachowań (typy kwalifikowane przestępstwa 189 § 2-3 k.k.).

Natomiast, odnosząc pogląd zaprezentowany uprzednio do regulacji zawartej w art. 191a k.k., wydaje się, iż można się do niego częściowo przychylić. Otóż treść § 1 tego przepisu zawiera opis znamion, które pomimo przymiotów ocenności oraz nieostrości (np. wizerunek nagiej osoby) charakteryzuje w dużej mierze obiektywizm. Jednakże § 2 tegoż przepisu bez wątpienia przesądza o uwzględnieniu odczuć ofiary w zakresie wszczęcia postępowania, gdyż ściganie sprawcy następuje na wniosek pokrzywdzonego. Podsumowując rozróżnienie zaproponowane przez M. Bielskiego w przedmiocie wolności osobistej oraz wolności seksualnej jako dóbr stanowiących przedmioty karnoprawnej ochrony, można przypuszczać, iż kryterium w nim przyjęte (czy czyn jest „obiektywnie dostrzegalny dla otoczenia przejaw naruszenia dobra”) nie zawsze prawidłowo wypełni zakładany cel - tj. wyodrębnienie wskazanych wartości.

Przechodząc do głównego zagadnienia – czyli relacji wolności w ujęciu przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. do wolności seksualnej, należy nadmienić, iż pierwotna wersja nowelizacji k.k. zakładała włączenie regulacji ujętej w art. 202b k.k.<sup>162</sup>. Jej kształt można uznać za zbliżony obecnemu brzmieniu art. 191a k.k. Funkcja tego unormowania sprowadzała się do ochrony pokrzywdzonego przed rozpowszechnianiem obrazu nagiej

---

<sup>161</sup> Więcej na temat funkcjonowania mechanizmów obronnych: P. Marchwicki, *Mechanizmy obronne w ujęciu psychodynamicznym*, *Seminare. Poszukiwania naukowe* 2005, t. 21 s. 491-503.

<sup>162</sup> *Uzasadnienie...*, *op. cit.*, s. 17-18.

osoby bez jej zgody. Jednakże musiał on zostać utrwalony z użyciem przemocy, nadużycia zaufania lub podstępem. Projektodawca uzasadniał ulokowanie tego przepisu, w rozdziale poświęconemu przestępstwom przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, potrzebą przeciwdziałania nowym, nagannym zachowaniom, które godzą w powyższe dobra. Za zawarciem tej konstrukcji prawnej w wymienionym rozdziale k.k. miał przemawiać fakt, że znamiona sprawcze – czyli „użycie przemocy”, „podstęp” oraz „nadużycie zaufania” wyróżnia ugruntowana wykładnia, która funkcjonuje w opisach czynów uwzględnionych np. w art. 197 § 1 k.k. oraz art. 199 § 3 k.k.<sup>163</sup>. Oczywiście, pomimo początkowych zamierzeń projektodawcy, skład znamion wyczerpujących charakteryzowane przestępstwo został uwzględniony w art. 191a k.k. w *Rozdziale XXIII k.k. – Przepięstwa przeciwko wolności*.

Trudno się zgodzić z konstatacjami, iż ze względu na brzmienie art. 191a k.k. powinien zostać on umiejscowiony w *Rozdziale XXV k.k.*<sup>164</sup>. Przede wszystkim zarzut, iż usytuowanie analizowanego przepisu doprowadziło do zaburzenia wewnętrznej spójności *XXIII Rozdziału k.k.* może budzić wątpliwości<sup>165</sup>. Wspomniana jednostka k.k. została poświęcona przestępstwom przeciwko wolności osobistej, która koreluje z wolnością od bezprawnego kształtowania granic sfery intymności. W dodatku genezy obydwu dóbr należy upatrywać w tej samej wartości – godności ludzkiej. Ponadto za prawidłowością wyboru ustawodawcy w kwestii ulokowania niniejszej regulacji w *Rozdziale XXIII k.k.* może przemawiać treść art. 191a § 2 k.k. Wnioskowy tryb ścigania jest rozwiązaniem przyjętym w kilku przepisach (np. art. 190 § 2 k.k., art. 190a § 4 k.k.) we wspomnianym rozdziale. Z kolei w *Rozdziale XXV k.k.* wszystkie przestępstwa ścigane są z urzędu. W następstwie należy rozważyć, czy ustawodawca wprowadzając instytucję wnioskowego trybu ścigania niektórych przestępstw przeciwko wolności osobistej zakłada, iż specyfika tego dobra wymaga i jednocześnie umożliwia indywidualne kształtowanie granic przez jednostkę ze względu na całokształt okoliczności faktycznych towarzyszących popełnieniu określonego czynu. Innymi słowy,

---

<sup>163</sup> Patrz: *Uzasadnienie...*, *op. cit.*, Druk Nr 1394, s. 19.

<sup>164</sup> Por. Kosonoga, *op. cit.*, s. 218, M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXIII... op. cit.*, s. 1187, M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 225, J. Warylewski, *Nowelizacje Kodeksu karnego służące wzmocnieniu ochrony małoletnich przed wykorzystaniem seksualnym* [w:] A. Marek (red.), T. Oczkowski (red.), *Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 151-152, M. Budyn-Kulik, *Rozdział XXV. Przepięstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Przed art. 197* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczegółowa. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 661.

<sup>165</sup> Patrz: 2.1.2 *Wolność z uwagi na art. 191a § 1 k.k.*, 2.1.3 *Relacja wolności w ujęciu przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. do wolności seksualnej*.

ustawodawca niejako pozostawił wstępną ocenę charakteru zachowania sprawcy potencjalnemu pokrzywdzonemu, a dokładniej jego subiektywnym odczuciom. W kwestii ochrony wolności seksualnej ustawa apriorycznie pomija wspomniane odczucia, uznając, że pozostają one bez znaczenia w kontekście rozpatrywanego czynu, gdyż potencjalny stopień naganności zachowania sprawcy jest na tyle wysoki, że należy przeanalizować go z urzędu. Biorąc pod uwagę, iż w *Rozdziale XXIII k.k.* występuje rodzaj przestępstw ściganych w trybie wnioskowym, warto zastanowić się, czy właśnie przeniesienie konstrukcji z art. 191a k.k. do *Rozdziału XXV k.k.* nie doprowadziłoby do zaburzenia spójności jednostki systematyzującej.

Również nie sposób przyznać racji twierdzeniu, wedle którego zastosowanie w treści przepisu art. 191a § 1 k.k. pojęcia „czynność seksualna” przesądza o bezzasadności umieszczenia niniejszej regulacji w *Rozdziale XXIII k.k.*<sup>166</sup>. Dlatego nawiązując do powyższego poglądu, w temacie relacji między znamieniem „czynność seksualna” a przedmiotem ochrony w postaci wolności seksualnej, warto przytoczyć zdanie M. Bielskiego: „Błędne są te poglądy, które starają się tłumaczyć seksualny charakter czynności przez wskazanie, że zachowanie takie po stronie sprawcy jest podjęte w celu zaspokojenia popędu płciowego. Dążenie sprawcy do zaspokojenia popędu płciowego nie należy do znamion przestępstw związanych z wymuszeniami seksualnymi. Istotne jest to, czy sprawca swoim zachowaniem, zgodnym z ustawowym opisem typu dopuścił się zamachu na wolność seksualną ofiary. Do naruszenia wolności seksualnej może dojść również z motywów pozaseksualnych”<sup>167</sup>. Chociaż regulacja zawarta w art. 191a § 1 k.k. nie odnosi się bezpośrednio do tzw. wymuszeń seksualnych, to ze względu na specyfikę przestępstwa, występuje tam zarówno znamię „czynność seksualna”, jak i tzw. znamiona rozbójnicze. Z zaprezentowanego poglądu wynika, że z czynnością seksualną mamy do czynienia, wyłącznie, gdy czyn sprawcy godzi w wolność seksualną. Przenosząc ten wniosek na grunt analizowanego przestępstwa, zachowanie sprawcy nosiłoby cechy przestępczego, wyłącznie, gdy doszłoby do czynności seksualnej w warunkach godzących w wolność seksualną. W rezultacie w przypadku utrwalenia lub rozpowszechnienia przez sprawcę wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej każdorazowo zostałaby naruszona wolność seksualna.

---

<sup>166</sup> Patrz: J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 218. Por.: S. Hypś, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 923.

<sup>167</sup> M. Bielski, *Wykładnia znamion obcowanie płciowe i inna czynność seksualna w doktrynie i orzecznictwie*, CZPKiNP 2008, z. 1, s. 214-215; Więcej na ten temat: 2.2.2.4 *Pojęcie czynność seksualna*.



Założenie to z kolei prowadzi do absurdalnych rezultatów, gdyż kwestia dobrowolności lub niedobrowolności wykonania lub uczestniczenia w czynności seksualnej pozostaje irrelevantna w kontekście oceny znamion ujętych w art. 191a § 1 k.k.<sup>168</sup>. Należy zastanowić się również, czy w przypadku utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku osoby w trakcie czynności zawsze można mówić o naruszeniu wolności seksualnej, bowiem warto mieć na uwadze, że podjęte przez sprawcę działanie może nosić cechy wyłącznie infamującego dla pokrzywdzonego. Wystąpienie w zespole znamion przestępstwa elementu czynności seksualnej nie przesądza o zamachu na cudzą wolność seksualną. By dokonać właściwej oceny, które z dóbr zostały zagrożone lub naruszone w konkretnym przypadku, należy rozważyć całokształt okoliczności towarzyszących popełnionemu czynowi. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy pracownik posiadając utrwalenia, kompromitujące przełożonego (utrwalenie zawierające wizerunek przełożonego w trakcie czynności seksualnej z inną pracownicą) rozpowszechnia je, celem zemsty i skompromitowania go w oczach współpracowników. Tego rodzaju zachowanie niewątpliwie stanowi wtargnięcie w sferę intymną jednostki, a także narusza jej godność, z której to wywodzi się wolność osobista. Jest to jeszcze jeden argument przemawiający za słusznością umieszczenia regulacji z art. 191a § 1 k.k. w *Rozdziale XXIII k.k.*

Pomimo trafności szeregowania analizowanej regulacji w jednostce k.k. poświęconej przestępstwom przeciwko wolności, można przyznać rację tym przedstawicielom doktryny, którzy dostrzegają przejawy wolności seksualnej w zakresie (dalszego) przedmiotu ochrony wynikającego z regulacji ujętej w art. 191a § 1 k.k.<sup>169</sup>. Jednakże należy mieć na uwadze, iż zarówno utrwalanie lub rozpowszechnianie obrazu ludzkiej nagości, jak i przebiegu czynności seksualnej nie musi stanowić przejawu naruszenia wolności seksualnej. Niewątpliwie nagość nierozłącznie towarzyszy czynnościom związanym z życiem codziennym, aczkolwiek nie sposób wykluczyć możliwości, że utrwalenie przedstawiające wizerunek nagiej osoby – niespełniające założeń ukutych w wyniku licznych prób czy to stworzenia definicji pornografii, czy wyróżnienia jej cech na potrzeby prawnego porządku – może działać stymulująco na sprawcę. Na przykład w sytuacji, gdy pokrzywdzoną jest kobieta o typie budowy ciała,

---

<sup>168</sup> Tak też: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 872, R. Krajewski, *op. cit.*, s. 24.

<sup>169</sup> Więcej na ten temat: R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, Prok. i Pr. 2012, Nr 5, s. 24, M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 608.

który pozostaje w kręgu zainteresowań sprawcy. Poza tym pozostaje kwestia oceny przypadku, gdy konkretne utrwalenie wizerunku nagiej osoby nie stanowi pornografii, aczkolwiek ma cechy, które wskazują na próbę seksualizacji określonej treści. Jednak, po pierwsze można przypuszczać, że takie przypadki pozostają marginalne. Po drugie, przedmiot ochrony w odniesieniu do każdego przestępstwa, które wiąże się bezpośrednio z możliwością wpływu sprawcy na sferę psychiczną osoby pokrzywdzonej, zwykle jest dookreślany z jej uwzględnieniem.

W końcu o charakterze utrwalenia (czy ma ono charakter pornograficzny, czy nie) decyduje sąd w związku z określonym stanem faktycznym na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, które są oceniane swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Zgodnie z treścią wyroku SN z 23 listopada 2010 r. (IV KK 173/10), termin „treści pornograficzne” należą do kategorii pojęć prawnych<sup>170</sup>. Z tego względu biegły z zakresu seksuologii posiada wiadomości specjalne wyłącznie w kwestii ustalenia hipotetycznego wpływu określonej prezentacji na potencjalnego odbiorcę w kontekście reakcji emocjonalnych w tym seksualnych. Zdaniem Sądu: „Żaden biegły, w tym i biegły seksuolog nie jest w stanie zastąpić Sądu w ocenie istnienia tego znamienia w danej prezentacji”<sup>171</sup>. W rezultacie, jeżeli sędzia nie stwierdzi pornograficznego charakteru dzieła, to nie będzie ono w pierwszym rzędzie godziło w wolność seksualną. Z tej racji, umiejscowienie analizowanej konstrukcji prawnej w *Rozdziale XXIII k.k.* należy ocenić jako przemyślane i właściwe rozwiązanie. Jednak wydaje się, że jedno z kryteriów określających czy dana treść ma charakter pornograficzny, zaproponowane przez M. Berenta oraz M. Filara<sup>172</sup> może okazać się przydatne dla kwalifikacji czynu (na podstawie art. 191a § 1 k.k., 202 § 3 – 202 § 4b k.k.). Mianowicie, chodzi o potencjalną zdolność wywołania podniecenia przez konkretne materiały u przeciętnego odbiorcy. Zarysowana w ten sposób przesłanka może służyć przede wszystkim odróżnieniu pornografii od przestępstwa uwzględnionego w art. 191a § 1 k.k. w typie, gdzie czyn sprawcy odnosi się do wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej. Z kolei jak zostało zauważone w przytoczonym rozstrzygnięciu, biegły z zakresu seksuologii posiada wiadomości na temat reakcji seksualnych hipotetycznego adresata prezentacji. Dlatego,

---

<sup>170</sup> Wyrok SN z 23.11.2010 r., IV KK 173/10, LEX Nr 667510.

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> Patrz: M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 1183-1184.

warto mieć na uwadze możliwość skorzystania z dorobku seksuologii jako źródła informacji o charakterze subsydiarnym dla karnoprawnego porządku. Nie ulega wątpliwości, że termin „treści pornograficzne” jest pojęciem prawnym, aczkolwiek nieostrym, jak i ocennym. W rezultacie wydaje się, iż nie należy kategorycznie odrzucać wiedzy biegłych seksuologów, jeżeli jest ona w stanie na etapie subsumpcji prawa, posłużyć dla prawidłowego wyznaczenia desygnatów znamienia.

Przedstawiony problem ma także pośrednio wpływ na oznaczenie indywidualnego przedmiotu ochrony w przypadku popełnienia czynu zabronionego. Można spotkać się z przypadkami, gdy określony czyn sprawcy będzie sytuował się na „styku” dwóch przestępstw. W następstwie jest możliwa sytuacja, gdy w ramach regulacji ujętej w art. 191a § 1 k.k. jako indywidualny przedmiot ochrony należy wskazać wolność od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności, jednak wystąpi również w charakterze dalszego przedmiotu ochrony – wolność seksualna. Jako przykład może służyć twórczość cenionego na całym świecie malarza i fotografa G. Ovenden’a, Temat jego prac sprowadza się najczęściej do wizerunków dzieci, zarówno ubranych, jak i nagich. Wątpliwości co do charakteru jego prac pojawiły się już na początku lat 90. Zostały postawione zarzuty, iż zawierają one pornografię dziecięcą. Ostatecznie artysta został uniewinniony, aczkolwiek problem, co do wydźwięku jego prac był podniesiony ponownie. W 2013 r. po przeprowadzonym dochodzeniu skazano G. Ovenden’a za popełnienie sześciu przestępstw przeciwko nieobyczajności względem dziecka („*indecentcy with a child*”) oraz za dokonanie napaści połączonej z czynem seksualnym („*indecent assault against a child*”) <sup>173</sup>. Natomiast w 2015 r., sąd nakazał zniszczenie prywatnej kolekcji zdjęć i obrazów artysty <sup>174</sup>. Decyzja ta została poparta argumentem, że nie ulega wątpliwości, iż przynajmniej w części motywacja sprawcy, co do tworzenia dzieł o tej tematyce była podyktowana chęcią wywołania podniecenia autora. Ciąg postępowań prowadzonych (mimo, iż zaistniałych w systemie *common law*) wobec G. Ovenden’a uwidacznia kwestię niejednoznaczności charakteru niektórych utrważeń. Oczywiście w ramach polskiego porządku prawnego funkcjonuje zasada *res iudicata* oraz instytucja przedawnienia wobec popełnionych

---

<sup>173</sup> Patrz: *Artist Graham Ovenden accused of being paedophile*, BBC NEWS (tłum. wł.), <https://www.bbc.com/news/uk-england-cornwall-21745915>, [dostęp: 18.08.2019], *Graham Ovenden convicted of child sex offences*, The Guardian (tłum. wł.), <https://theguardian.com/uk/2013/apr/02/graham-ovenden-convicted-child-sex-offences>, [dostęp: 18.08.2019].

<sup>174</sup> Patrz: *From Caravaggio to Graham Ovenden: do artists' crimes taint their art.?*, The Guardian (tłum. wł.) <https://www.theguardian.com/artanddesign/2015/oct/17/from-caravaggio-to-graham-ovenden-do-artists-crimes-taint-their-art>, [dostęp: 18.08.2019].

czynów zabronionych. W konsekwencji najczęściej charakter rozpatrywanych materiałów będzie oceniany jednorazowo, aczkolwiek nie można wykluczyć przypadku, gdy w ramach przestępstwa zakwalifikowanego na podstawie art. 191a § 1 k.k. jako bliższy przedmiot ochrony wystąpi wolność od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności ofiary, natomiast pojawi się również dalszy przedmiot w postaci wolności seksualnej. Chociaż nie ulega wątpliwości, iż będzie ona występowała zdecydowanie rzadziej, aniżeli wolność od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności ofiary jako „samodzielny” przedmiot karnoprawnej ochrony, gdyż czyny cechujące się wielowymiarowością występują rzadko w praktyce, to jednak nie wydaje się, aby ten fakt stanowił dostateczny powód dla pozostawienia tego rodzaju przypadków poza marginesem rozważań.

#### **2.1.4 Znaczenie godności w kontekście art. 191a § 1 k.k.**

Rozpoczynając analizę relacji zachodzącej pomiędzy godnością oraz indywidualnym przedmiotem ochrony zawartym w art. 191a § 1 k.k., warto przypomnieć, iż stanowi ona jedną z podstawowych wartości konstytucyjnych, co znajduje odzwierciedlenie w treści art. 30 Konstytucji RP. Należy w niej upatrywać źródła praw i wolności człowieka i obywatela. Ze względu na istotę oraz przymioty, które cechują tę wartość – tj. przyrodzoność i niezbywalność oraz nienaruszalność, niewątpliwie zasługuje ona na ochronę na gruncie różnych dziedzin prawa. Jednakże w ramach karnoprawnego porządku przyjmuje się, iż regulacje służące ochronie godności jako zbiorczemu pojęciu, znajdują się w *Rozdziale XXVII k.k. – Przesłępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej*.

Przechodząc do głównego wątku rozważań, należy zauważyć, iż w opinii prawnej do rządowego projektu ustawy wprowadzającego kryminalizację bezprawnego utrwalania albo rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej została wyrażona wątpliwość w odniesieniu do umieszczenia tej regulacji w *Rozdziale XXIII k.k.* Podniesiono, iż skoro przepis został stworzony dla ochrony prywatności innych osób, to powinien zostać ulokowany w jednostce regulującej przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej<sup>175</sup>. Odmienne zdanie prezentuje J. Kosonoga, który uważa, że indywidualny przedmiot ochrony w tym przypadku nie

---

<sup>175</sup> W. Wróbel, *Opinia prawna o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw* (Druk sejmowy nr 1394).

przyjmie postaci czci<sup>176</sup>. T. Bojarski, chociaż jako indywidualny przedmiot ochrony w ramach art. 191a § 1 k.k., ujmuje skonkretyzowany rodzaj wolności, to łączy go z godnością człowieka oraz obowiązkiem poszanowania jego osobowości, bez względu na płeć<sup>177</sup>. Natomiast w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy wprowadzającego analizowaną regulację projektodawca zauważa, iż wprowadzany przepis ma na celu ochronę uczestników kontaktów seksualnych przed nadużyciem ich zaufania<sup>178</sup>.

Nie sposób nie przyznać racji stanowisku, iż bliższy przedmiot ochrony w przypadku charakteryzowanej regulacji nie przyjmie postaci czci, które to pojęcie w ramach definicji słownika języka polskiego zostało wyjaśnione jako „(...) szacunek, poważanie, poszanowanie, uznanie (...)”<sup>179</sup>. Z literalnego brzmienia niniejszego terminu wynika, że w przypadku dobra odnoszącego się do czci, jego ochrona została ukierunkowana na zapewnienie jednostce poważania (zarówno w społeczeństwie, jak i w lokalnej społeczności), które to jest immanentnie związane ze społecznymi interakcjami. Wydaje się, że wymaganie szacunku w zupełnym oderwaniu od relacji międzyludzkich sprawia, iż w ten sposób dochodzi do pominięcia istoty zachowania. Innymi słowy, akt dochowania, jak i niedochowania czci jest obligatoryjnie uwarunkowany funkcjonowaniem człowieka w społeczeństwie.

Natomiast przyjęty w niniejszym opracowaniu przedmiot karnoprawnej ochrony w ramach regulacji zawartej w art. 191a § 1 k.k. – wolność od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności nie narzuca konieczności wejścia w interakcję społeczną, gdyż dysponent tym dobrem nie jest obowiązany do dzielenia się<sup>180</sup> faktami, czy zachowaniami ze sfery intymnej z kimkolwiek (np. informacją o akcie masturbacji). Z tej racji umieszczenie analizowanej regulacji w *XXIII Rozdziale k.k. – Przepisy przeciwko wolności* należy uznać za właściwe rozwiązanie. Tytuł niniejszego rozdziału odnosi się do przestępstw, w których przedmiotem zamachu jest dobro związane ze zdolnością człowieka w przedmiocie samostanowienia o sobie w różnych dziedzinach życia, w tym także poprzez kształtowanie własnej sfery intymności. W związku z tym

---

<sup>176</sup> Patrz: J. Kosonoga, *op. cit.* s. 220-222, M. Jachimowicz, *Przestępstwo utrwalania wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, KKSSiP 2012, z. 2, s.219.

<sup>177</sup> Patrz: T. Bojarski, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 547.

<sup>178</sup> *Uzasadnienie...*, *op. cit.* s.17.

<sup>179</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. A-J, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 520.

<sup>180</sup> Należy podkreślić, iż sferę intymności cechuje węższy zakres dostępności do informacji o jednostce w stosunku do osób postronnych, aniżeli ma to miejsce w przypadku sfery prywatności. W zakresie tej ostatniej człowiek stale podejmuje decyzje w przedmiocie relacji między zachowaniem tajemnicy własnego życia prywatnego a udostępnieniem tego rodzaju informacji w przestrzeni publicznej.

mając na względzie treść dobra ujętego w ramach wspomnianego przepisu prawa, należy przychylić się do pozostawienia regulacji w odpowiedniej jednostce systematycznej k.k. (tj. *XXIII Rozdział k.k. – Przepięstwa przeciwko wolności*).

Pomimo iż ulokowanie regulacji w wyżej wspomnianym rozdziale k.k. należy ocenić pozytywnie<sup>181</sup>, to powiązanie jej z czią oraz godnością człowieka jako wartościami zasługującymi na ochronę nie jest pozbawione podstaw na gruncie normatywnego porządku. Nie powinno się bowiem pomijać istotnego faktu, iż w określonych okolicznościach popełnienia czynu zabronionego może nastąpić aktualizacja dalszego przedmiotu ochrony w postaci czci. Taki przypadek może mieć miejsce, gdy np. sprawca rozpowszechnia wizerunek nagiego pokrzywdzonego celem ośmieszenia go. Jednakże należy podkreślić, że ludzka godność jako indywidualny, wyłączny przedmiot ochrony wydaje się nie oddawać w dostateczny sposób istoty dobra chronionego prawem w ramach analizowanej regulacji, a tym samym nie spełniać warunku celowości ukształtowania w taki właśnie sposób jego zakresu.

Z kolei uznanie, iż cześć jest indywidualnym przedmiotem ochrony w zakresie art. 191a § 1 k.k., pozostałoby w sprzeczności z funkcją ochronną prawa karnego, gdyż cel charakteryzowanej regulacji jest skierowany na zapewnienie bezpieczeństwa odmiennego dobra prawnego (wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności).

Ponadto przesunięcie konstrukcji prawnej ujętej w art. 191a k.k. do *XXVII Rozdziału k.k.* skutkowałoby również konsekwencjami natury praktycznej. Mianowicie, obecnie sąd ma możliwość orzeczenia wobec skazanego środka karnego w postaci zakazu przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu, jak również nakazu okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 41a § 1 k.k.)<sup>182</sup>. Wprowadzenie tego rodzaju rozwiązania należy ocenić pozytywnie. Ze względu na specyfikę indywidualnego

---

<sup>181</sup> Więcej na ten temat: 2.1.1 *Wolność jako rodzajowy przedmiot ochrony*.

<sup>182</sup> Więcej na temat tego środka karnego: K. Lipiński, *Art. 41a k.k. Rozdział V. Środki karne* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część ogólna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 373-381, A. Ziółkowska, *Rozdział V. Środki karne. Art. 41a* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 285-298, M. Szewczyk, W. Górowski, *Rozdział V. Środki karne* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 797-801, T. Bojarski, *Rozdział V. Środki karne* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 176-178, R.A. Stefański, *Rozdział V. Środki karne. Art. 41a* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 246-252.

przedmiotu ochrony oraz fakt, że w przypadku wariantu przestępstwa w postaci utrwalania wizerunku, sprawca używa środka (środków) charakterystycznych dla znamion rozbójniczych, orzeczenie wskazanego środka karnego w niektórych stanach faktycznych może okazać się niezbędne z uwagi na prawidłowe wypełnienie funkcji ochronnej prawa karnego. W końcu nie można pominąć okoliczności, iż w przypadku tego typu czynu zabronionego pokrzywdzonego oraz sprawcę często łączą relacje o charakterze emocjonalnym. Z tego powodu orzeczenie wymienionego zakazu lub nakazu może przyczynić się do zapewnienia komfortu psychicznego ofiary. W sytuacji przeniesienia regulacji zawartej w art. 191a k.k. z *XXIII Rozdziału k.k.* zastosowanie środka karnego z art. 41a § 1 k.k. bez ingerencji ustawodawcy w treść tego przepisu nie byłoby możliwe.

We wspomnianej powyżej kwestii - godności człowieka i jej potencjalnego miejsca w kontekście przedmiotu ochrony, należy nadmienić, iż ustawodawca dotychczas nie zdecydował się na wprowadzenie *expressis verbis* tak ukształtowanego przedmiotu ochrony do k.k.<sup>183</sup>. W literaturze przedmiotu jako rodzajowy przedmiot ochrony w ramach *XXVII Rozdziału k.k.* zostało wskazane dobro w postaci szacunku wymaganego wobec każdej jednostki ludzkiej, który wynika z godności człowieka<sup>184</sup>. Skoro uznaje się ją za źródło praw i wolności człowieka, to powinno uznać się ją również za źródło wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności. Wiele dóbr osobistych podlegających prawnej ochronie będzie tworzyć z godnością relację zawierania się (aczkolwiek niewzajemnego). Wynika to z charakteru tego dobra. Mianowicie, jest ono pierwotną wartością zarówno względem czci, jak i dobra wynikającego z treści regulacji art. 191a § 1 k.k. Jednakże, dopóki ustawodawca nie zdecyduje się na wyodrębnienie osobnej grupy przestępstw przeciwko ludzkiej godności, wartość ta na gruncie prawa karnego może odgrywać rolę nośnika dla innych dóbr prawnych, których osobisty charakter sprawia, że są przypisane do określonego człowieka.

---

<sup>183</sup> Oczywiście ustawodawca dostrzeże istnienie wartości w postaci godności człowieka, czego przejawem jest m.in. treść art. 3 k.k.

<sup>184</sup> Patrz: Janusz Raglewski, *Uwagi wprowadzające. Rozdział XXVII. Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności osobistej* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277d*, t. 2, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 23. Więcej na temat rodzajowego przedmiotu ochrony w kontekście *XXVII Rozdziału k.k.*: A. Muszyńska, *Rozdział XXVII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 745.746.

## 2.2 Znamiona przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.

### 2.2.1 Znamię „utrwalanie”

Rozpoczynając omawianie istoty znamienia czasownikowego utrwalanie, należy wpierv sięgnąć do definicji słownikowej tego terminu. Otóż przez pojęcie „utrwalac” należy rozumieć „(...) rejestrowac na taśmie, płycie, w pamięci komputera dźwięki i obrazy, aby je później otworzyć; także: zapisywać tekst (...)”<sup>185</sup>.

W tym miejscu wypada zaznaczyć, iż znamię utrwalania występuje również w przestępstwach uregulowanych w art. 200a k.k., art. 202 § 3 i 4 k.k. oraz art. 256 § 2 k.k. Jednak ze względu na charakter przestępstwa, najbliższymi zakresowi desygnatów terminu „utrwalanie” z art. 191a k.k., należy uznać ten, który występuje w ramach art. 202 § 3 i 4 k.k. Dlatego niektóre z przywołanych poglądów doktryny i dorobku judykatury w tej części opracowania zostały ukształtowane w ramach analizy wymienionych przepisów prawa (art. 202 § 3 i 4 k.k.).

W literaturze przedmiotu zostały wysunięte liczne próby definicji niniejszego znamienia czasownikowego. Niektóre z nich akcentują znaczenie odtworzenia wizerunku. Warto zauważyć, że zdaniem S. Hysia utrwalenie cechuje trwałość, jeżeli istnieje wielokrotna możliwość odtworzenia określonego materiału<sup>186</sup>. Z kolei z ujęcia przedstawionego przez M. Mozgawę oraz K. Nazar-Gutowską wynika, że wymogowi utrwalenia uczyni zadość również czynność jednorazowego odtworzenia<sup>187</sup>. Wydaje się, że dla właściwego zabezpieczenia przedmiotu ochrony z art. 191a k.k. zasadny jest drugi pogląd, gdyż nawet pojedyncze odtworzenie umożliwia zapoznanie się z treścią przez sprawcę lub udostępnienie jej innym osobom do wglądu. Dlatego należy uznać, że nawet jednorazowa zdadność odtworzenia sprawia, iż zostanie wypełnione znamię utrwalenia. Również wydaje się, iż propozycja przedstawiona przez M. Berenta oraz M. Filara zawiera element odnoszący się do powyższego problemu, aczkolwiek ujmują go jako wykorzystanie dowolnej techniki, która umożliwia konfrontację z tym wizerunkiem w przyszłości, nawet jeżeli, do tej czynności niezbędne jest zastosowanie sprzętu technicznego<sup>188</sup>. Dodanie wyrażenia „zastosowanie sprzętu technicznego” uwzględnia

---

<sup>185</sup> B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Wilga, Warszawa 1996, s. 1195.

<sup>186</sup> Więcej na ten temat: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)*, Prawo w Działaniu 2014, Nr 19, s. 14.

<sup>187</sup> Więcej na ten temat: S. Hys, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 923.

<sup>188</sup> Więcej na ten temat: M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1188.



zachodzący postęp technizacyjny. Jednocześnie wskazana fraza wyróżnia się „pojemnym” zakresem i ogólnikowością, co umożliwia zaliczenie do tej grupy wielu sposobów „konfrontacji”. Kolejną, godną uwagi kwestią jest fakt, że M. Filar i M. Berent zamiast pojęcia „odtworzenie” używają terminu „konfrontacja”<sup>189</sup>. Obydwie nazwy chociaż zostały wykorzystane dla opisanego tożsamego rezultatu (utrwalania), to jednak z uwagi na ich konotacje, wydaje się, że nie mogą zostać potraktowane synonimicznie. Otóż wedle słownika języka polskiego słowo „odtworzenie” oznacza „(...) dokonać reprodukcji dźwięku lub obrazu zapisanego na odpowiedniej taśmie (...)”<sup>190</sup>. Z kolei „konfrontacja” należy poczytać jako „(...) porównanie, zestawienie (...)”<sup>191</sup>.

Jednakże warto się zastanowić, czy czynność odtworzenia wizerunku statuuje jego utrwalenie. Problem szczególnie dotyczy werystycznego utrwalenia wizerunku. W razie „sztywnego” przyjęcia zdatności odtworzenia jako obligatoryjnej cechy dla wypełnienia znamienia z art. 191a k.k., tego rodzaju warunku nie spełniłby np. namalowany portret (nawet, jeżeli wiernie oddawałby cechy morfologiczne modelu). Ponadto wydaje się, że jeżeli zachowanie sprawcy miałoby sprowadzać się do odtwarzania wizerunku, ustawodawca zastąpiłby termin „utrwała”, wyrażeniem albo „odtwarza” albo „utrwała, a następnie odtwarza”. Wynika to przede wszystkim z celowościowej wykładni prawa karnego. Należy podkreślić, że obecny kształt regulacji prawnej służy zapewnieniu rozleglejszej ochrony pokrzywdzonemu czynem z art. 191a k.k., niż wynikałoby to z istoty pojęcia „odtworzenie”<sup>192</sup>. W następstwie należy przyznać rację stwierdzeniu, iż sposób utrwalenia pozostaje bez znaczenia dla oceny odpowiedzialności karnej sprawcy<sup>193</sup>, aczkolwiek należy przy tym zastrzec, że czynność ta musi być efektywna, tzn. w jej wyniku musi powstać utrwalenie wizerunku nagiej osoby lub utrwalenie wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej (jeżeli formę stadialną stanowi dokonanie czynu zabronionego). Jako przykład sytuacji, podczas której sprawca dokonał utrwalenia w warunkach uwzględnionych art. 191a k.k., można wskazać stan faktyczny, którego dotyczył wyrok SR w Świdnicy z 14 kwietnia 2015 r.

---

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego PWN. L-P*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 460.

<sup>191</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego PWN. A-K*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 341.

<sup>192</sup> Patrz: K. Witczak, *Komparatystyczne ujęcie pojęć „wizerunek”, „utrwalenie” i „rozpowszechnianie” w ujęciu art. 23 k.c., art. 81 ust. 1 pr. aut. oraz art. 191a k.k.*, FPIED 2017, Nr 2, s. 81-108.

<sup>193</sup> J. Lachowski, *Rozdział XXIII. Przepisy przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 874.

(II K 497/13)<sup>194</sup>. Sprawca umieścił zamaskowaną kamerę internetową w toalecie pracowniczej i za jej pomocą utrwalił wizerunek kilku pokrzywdzonych<sup>195</sup>. Z kolei w orzeczeniu SO w Częstochowie z 9 listopada 2016 r. (II K 104/16), opisane zachowanie sprawcy przybrało postać utrwalenia treści za pomocą telefonu komórkowego<sup>196</sup>.

Z problemem sposobów utrwalenia wizerunku ściśle jest związana kwestia jego form, a zatem i jego trwałości. Na to zagadnienie zwrócili uwagę M. Królikowski wraz z A. Sakowiczem, którzy określają utrwalaniem każdą czynność prowadzącą do uzyskania trwałego lub przejściowego obrazu, oderwanego od bieżącego wyglądu lub zachowania się osoby<sup>197</sup>. W zakres prezentowanego znamienia wchodzi zarówno czynności nadania trwałości, jak i inne, które wyróżniają się ulotnością w kontekście zachowania określonych treści w pamięci nośników. Ponadto przedstawiciele doktryny prawa karnego dopuszczają wykładnię terminu „utrwalanie”, które zrelatywizuje to pojęcie do wizerunku w ujęciu dynamicznym<sup>198</sup>. Sprowadza się to również do objęcia zakazem transmisji wizerunku osoby nagiej lub w trakcie czynności seksualnej jako formy przedłużenia dostępności konkretnej treści. Takie założenie odnosi się przede wszystkim do tzw. usług streamingowych. Ich istota zawiera się w umożliwieniu odbioru obrazu i dźwięku przez użytkowników sieci, w których dochodzi do czasowego zachowania kopii celem udostępnienia odbioru z uwzględnieniem przesunięcia czasowego wobec czasu realnego<sup>199</sup>. Uznanie dynamicznego ujęcia wizerunku w ramach znamienia utrwalanie, przede wszystkim jest zgodne z wykładnią celowościową oraz funkcjonalną, a w związku z tym ma na celu pełniejsze, a przede wszystkim rzeczywiste zabezpieczenie przedmiotu ochrony wynikającego z regulacji przewidzianej art. 191a k.k. Należy bowiem zdawać sobie sprawę, iż w dzisiejszych czasach standardowy smartphone jest wyposażony w urządzenie audiowizualne (aparat lub kamerę), dlatego jego przeciętny użytkownik może swoim działaniem utrwalać to, co go otacza w bieżącym życiu. Ponadto coraz więcej osób prowadzi działalność sprawozdawczą na temat ich sposobu na życie, często w celach zarobkowych. Przykładem tego typu aktywności

---

<sup>194</sup> Wyrok SR w Świdnicy z 14.04.2015 r., II K 497/13, LEX Nr 186435.

<sup>195</sup> *Ibidem*.

<sup>196</sup> Wyrok SO w Częstochowie z 09.11.2016 r., II K 104/16, [www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/I/151510000001006\\_II\\_K\\_000104\\_2016\\_Uz\\_2016-11-09\\_002](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/I/151510000001006_II_K_000104_2016_Uz_2016-11-09_002), [dostęp: 25.09.2018].

<sup>197</sup> M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przepięstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 609.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 609. Tak też: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 874.

będzie ujawnianie faktów ze sfery prywatności za pomocą aplikacji stworzonych w celu podzielenia się określonym „obrazem” w czasie rzeczywistym z potencjalnymi odbiorcami (np. „Snapchat”)<sup>200</sup>. Wraz ze wzrostem liczby osób zapoznających się z treściami tam umieszczonymi, wzrasta ilość propozycji od sponsorów zainteresowanych czynnością lokowania określonych produktów. Z kolei tego rodzaju transmisja (celem podniesienia zainteresowania widzów) może dotyczyć również ewentualnej nagości lub czynności seksualnej utrwalanej przy wykorzystaniu usługi streamingowej, przy jednoczesnym wypełnieniu znamion uwzględnionych w art. 191a k.k. Dlatego trudno wyobrazić sobie sytuację, aby ulotne postacie wizerunku pozostawały poza zakresem desygnatów pojęcia „utrwalanie”.

Wspomniana już wielorakość form utrwalenia wizerunku w ramach analizowanej regulacji skłania do rozważenia, czy za jedną z nich należy uznać rejestrację wizerunku audialnego. W doktrynie prawa karnego podzielana jest opinia, iż tego rodzaju zachowanie nie stanowi utrwalania wizerunku na gruncie art. 191a § 1 k.k.<sup>201</sup>. Wydaje się, że w prezentowanym poglądzie został nieprawidłowo rozłożony akcent, gdyż w samym pojęciu utrwalania mieści się zachowanie w postaci zarejestrowania zapisu audialnego, wynika to z definicji językowej tego terminu. Dopiero biorąc przede wszystkim pod uwagę wykładnię celowościową, a także konotację pojęć „utrwalanie” i „wizerunek” można podjąć próbę przeprowadzenia analizy czy nagranie audialne w kontekście znamienia przestępstwa z art. 191a k.k. może być wizerunkiem. Jednakże właśnie ze względu na wskazany rodzaj wykładni, potencjalne włączenie fonicznego wizerunku do zespołu desygnatów pojęcia „wizerunek nagiej osoby” nie byłoby właściwym rozwiązaniem. Skutkowałoby ono bowiem nadmiernym rozszerzeniem odpowiedzialności karnej względem celu, który w założeniu ma spełniać niniejsza regulacja.

Pozostając w kręgu zainteresowania formą utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, warto rozważyć kwestię czy czynność utrwalenia odnosi się wyłącznie do realistycznych odtworzeń wizerunku, czy dotyczy ona również werystycznych. W literaturze przedmiotu zdania na ten temat są podzielone<sup>202</sup>. Nie można przecież pomijać znaczenia wykładni funkcjonalnej dlatego też, jeżeli powstałe w ten

---

<sup>200</sup> Aplikacja Snapchat, <https://www.snapchat.com> [dostęp: 22.03.2019].

<sup>201</sup> Więcej na ten temat: J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 229, S. Hypś, *op. cit.* s. 923.

<sup>202</sup> Por. J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 229, S. Hypś, *op. cit.* s. 923, M. Mozgawa, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzupełn., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 584.

sposób ustalenie cechuje przymiot rozpoznawalności, a przy tym zostały wypełnione pozostałe znamiona przestępstwa przewidziane w art. 191a k.k., to nie ma powodu, dla którego nie należy przyznać ochrony dla osoby pokrzywdzonej tego rodzaju działaniem. Niemniej wymienione techniki utrwalenia, często będą odgrywały marginalną rolę. Jednak postęp technologiczny i technizacyjny nie sprawia, że można je zupełnie pomijać. Ze względu na obecnie wysoki stopień dostępności do informacji, a także szybkie tempo i łatwość ich rozpowszechniania, nie trudno wyobrazić sobie publikację rysunku o realistycznych cechach, np. na portalu społecznościowym. Gdyby nie został on w ten sposób utrwalony, nie byłby następnie udostępniony, gdyż rozpowszechnienie w tym przypadku stanowi czynność wtórną względem utrwalenia. Inaczej rzecz ujmując, umieszczenie werystycznego utrwalenia w ramach zespołu desygnatów pojęcia „utrwalanie” zapewnia efektywne zabezpieczenie przedmiotu ochrony. W dodatku należy zastanowić się nad sytuacją, gdy pokrzywdzonym jest małoletni i udostępnienie tego typu twórczości, której on jest „bohaterem” może zakłócić jego prawidłowy rozwój psychofizyczny, zwłaszcza w wieku nastoletnim, gdzie szczególne znaczenie dla młodego człowieka ma akceptacja grupy rówieśniczej. Podsumowując, w zależności od okoliczności stanu faktycznego (techniki za pomocą, której powstało utrwalenie wizerunku) możliwość odtworzenia materiału może przesądzić o utrwaleniu wizerunku z art. 191a § 1 k.k.

Czynność utrwalania z uwagi na art. 191a § 1 k.k. nieodzownie łączy się z treścią utrwalenia. Dlatego, należy uznać słuszność poglądu, iż warunkiem jest, aby utrwalenie przedstawiało rzeczywistą osobę<sup>203</sup>. Do tego M. Mozgawa oraz K. Nazar-Gutowska dodają, że nie może być to zatem postać wygenerowana komputerowo<sup>204</sup>. Podobna ocena kształtuje się w stosunku do wygenerowanych elektronicznie fantomów<sup>205</sup>. Ma to istotne znaczenie w przypadku gier komputerowych typu Massively Multiplayer Online Roleplaying Game. Ich istota sprowadza się do wykreowania wirtualnych postaci, którymi może kierować gracz, jeżeli posiada on dostęp do Internetu. Jednakże coraz częściej dla wielu użytkowników tego typu programów granica między fikcyjnym światem a rzeczywistością staje się płynna, a nawet w niektórych elementach ulega zatarciu<sup>206</sup>. Dlatego można przypuszczać, iż pozostaje kwestią czasu, kiedy znajdzie się

---

<sup>203</sup> Patrz: R. Krajewski, *op. cit.*, s. 27.

<sup>204</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.* s. 14.

<sup>205</sup> M. Berent, M. Filar, *op. cit.*, s. 1188.

<sup>206</sup> Więcej na ten temat: J.Z. Szeja, *Życie w grze, seks w grze, Homo Ludens* 2009, Nr 1, s. 257-267.

osoba, która będzie próbowała udowodnić w postępowaniu sądowym, że stworzona przez nią komputerowa postać stanowi wycinek jej wizerunku lub nawet, że jest ona jego emanacją.

Kolejny problem, który został podniesiony w literaturze przedmiotu, odnosi się do kwestii technicznych związanych z utrwalaniem<sup>207</sup>. Mianowicie, jak powinna zostać oceniona okoliczność, gdy ktoś utrwał wizerunek nagiej osoby (z wykorzystaniem działania przestępnego charakterystycznego dla przestępstw rozbójniczych), który jest np. w tym momencie odtwarzany. Innymi słowy, następuje utrwalenie następcze wizerunku względem pierwotnego. Zdaniem przedstawicieli doktryny bez znaczenia pozostaje fakt, czy mamy do czynienia z utrwaleniem pierwotnym, czy wtórnym<sup>208</sup>. Z uwagi na charakter znamienia czasownikowego – rozpowszechnienie, pozostaje irrelewantne czy sprawca sam utrwał wizerunek w sposób pierwotny, wtórny, czy nabył jego nośnik od innej osoby. Istotne jest, aby rozpowszechnianie odbyło się pomimo braku zgody. Jednakże może zaistnieć przypadek na gruncie relacji utrwalenie pierwotne – utrwalenie następcze, gdy jedna z osób utrwała wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej wypełniając przy tym znamiona przewidziane w art. 191a k.k., następnie udostępnia (znamię rozpowszechnia) utrwalenie, osobie, która utrwała wizerunek z nośnika. Oczywiście odpowiedzialność pierwszego sprawcy nie powinna budzić wątpliwości. Należy się zgodzić z M. Mozgawą oraz K. Nazar-Gutowską, że w tym przypadku znamię czasownikowe „rozpowszechnia” przesądza o popełnieniu czynu zabronionego. Natomiast, ktoś, kto utrwał wtórnie wizerunek lub czynność seksualną, po pierwsze nie posługuje się podstępem, nie stosuje groźby bezprawnej, czy nie ucieka się do przemocy. Po drugie, zachowanie osoby wtórnie utrwalającej ze względu na konstrukcję przepisu art. 191a § 1 k.k. prawdopodobnie nie będzie wypełniać wszystkich znamion czynu zabronionego, gdyż podstęp, przemoc lub groźba muszą być skierowane wobec osoby, której wizerunek lub czynność seksualna z jej udziałem zostały utrwalone. Osoba utrwalająca, może przeprowadzić tę czynność z pełną świadomością pokrzywdzonego, nawet pomimo jego wyraźnego zastrzeżenia. Dlatego warto się zastanowić, czy celem zapobieżenia uchylenia się od odpowiedzialności karnej rzeczywistego sprawcy czynu nie należy wprowadzić znamienia o charakterze alternatywnym względem środków działania przestępnego

---

<sup>207</sup> Patrz: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)*, Prawo w Działaniu 2014, Nr 19, s. 14.

<sup>208</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 14.

typowych dla przestępstw rozbójniczych, w postaci obowiązku uzyskania zgody osoby, której wizerunek zostanie utrwalony

Zachowanie sprawcy również nie zrealizuje znamienia utrwalenia wizerunku, jeżeli wykorzysta on fakt monitorowania określonej przestrzeni przez postronny podmiot, z którym nie jest w porozumieniu, przy zastosowaniu kamer oraz także posłuży się względem ofiary, środkami przewidzianymi w art. 191a k.k. zmuszając ją w ten sposób do utrwalenia wizerunku. W takim przypadku utrwalenia dokona podmiot trzeci, natomiast domniemany sprawca doprowadzi do utrwalenia wizerunku, aczkolwiek go nie utrwali<sup>209</sup>. Powyższą sytuację również należy zakwalifikować jako jeden z typów eksploatacji wizerunku. Natomiast tego rodzaju działanie nie wypełni znamienia utrwalania wizerunku w kontekście treści niniejszej regulacji.

Kwestia czy określone zachowanie sprawcy mieści się w zakresie znamienia utrwalania, stała się przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku SO w Jeleniej Górze z 26 lipca 2013 r., (VI Ka 307/13). Ocena dotyczyła zachowania sprawcy, które polegało na wykonaniu zdjęć aparatem cyfrowym wizerunku nagiej pokrzywdzonej<sup>210</sup>. Wedle oskarżonego zostały one wykonane, następnie usunięte. Z kolei zdaniem biegłego z zakresu informatyki w chwili zatrzymania oskarżonego w pamięci zabezpieczonego urządzenia nie było tychże zdjęć ani nie zostały wykasowane przez nikogo po ich wykonaniu. Sąd przyjął, że prawdopodobne jest wyjęcie karty pamięci z zapisanymi fotografiami przez sprawcę. Następnie skazał sprawcę za dokonanie czynu na podstawie art. 191a § 1 k.k.<sup>211</sup>. Jednakże nie został przedstawiony dowód w formie nośnika z zawartością. Dlatego powstaje wątpliwość w kwestii przymiotu odtworzenia, który przez wielu przedstawicieli doktryny jest przedstawiony jako element immanentnie związany z omawianą czynnością<sup>212</sup>. Innymi słowy, panuje przekonanie, iż możliwość odtworzenia wizerunku należy do treści zachowania w postaci utrwalania. W konsekwencji zestawiając pogląd przeważający w doktrynie oraz okoliczność, że sąd nie dysponował materialnym dowodem na okoliczność powstania fotografii, nie sposób

---

<sup>209</sup> Więcej na ten temat: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 874.

<sup>210</sup> Wyrok SO w Jeleniej Górze z 26.07.2013 r., VI Ka 307/13, [www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155005000003006\\_VI\\_Ka\\_000307\\_2013\\_Uz\\_2013-07-26\\_002](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155005000003006_VI_Ka_000307_2013_Uz_2013-07-26_002), [dostęp: 25.09.2018].

<sup>211</sup> *Ibidem*.

<sup>212</sup> Patrz: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie...*, *op. cit.*, s. 14, M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 609, S. Hypś, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 923.

zweryfikować, czy powstałe utrwalenie było zdadne do odtworzenia, (np. plik z danymi może być uszkodzony). Nie wolno również pomijać jednej z podstawowych zasad prawa karnego -*in dubio pro reo*. W rezultacie, jeżeli całokształt okoliczności by na to pozwolił, można zastanowić się nad zakwalifikowaniem zachowania sprawcy na podstawie art.13 k.k.<sup>213</sup>.

Z drugiej strony, należy przypuszczać, że kwestia odtworzenia wizerunku ma przede wszystkim znaczenie pod kątem doniosłości dla postępowania dowodowego. Owszem, w przeważającej liczbie przypadków jako następczą czynność względem utrwalania należy wskazać odtwarzanie. Ono będzie wyznaczało także istotę czynu dokonanego przez sprawcę. Wydaje się, że to właśnie odtwarzanie może w stopniu bardziej dolegliwym godzić w dobro pokrzywdzonego. Jednakże wizerunek eksploatowany przy wykorzystaniu usług streamingowych wymyka się spod ram zaprezentowanego wywodu, gdyż jak wcześniej zostało wspomniane obraz jest transferowany w czasie rzeczywistym. Dlatego znamię czasownikowe ujęte jako utrwalanie zapewnia rozległej zakreślonej ochronę, aniżeli odtwarzanie, aczkolwiek rzeczywiście będzie ono w wielu sytuacjach elementem statuującym czynność utrwalania.

## **2.2.2 Znamię „wizerunek nagiej osoby” lub „wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej”**

### **2.2.2.1 Pojęcie „wizerunek” na gruncie art. 191a k.k.**

We wstępie do analizy znamienia wizerunek nagiej osoby wypada zaznaczyć, iż ustawodawca nie zdecydował się na zamieszczenie legalnej definicji pojęcia „wizerunek” w k.k. Dlatego, warto przytoczyć typizację dokonaną w literaturze prawa karnego, na temat rekonstrukcji denotacji przedmiotowej tego pojęcia<sup>214</sup>. Wedle niej wyróżniono tam trzy nurty. Pierwszy z nich dotyczy sytuacji, gdy przedstawiciele doktryny nie podejmują się wyjaśnienia tego terminu. Taki stan rzeczy może wynikać z założenia, iż to znamię nie wymaga wykładni. Zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda* - należy przyjąć, iż znaczenie tego pojęcia jest w pełni zrozumiałe. Jednak taki pogląd nie można uznać w pełni za właściwy, gdyż rozbieżności w zakresie interpretacji pojęcia

---

<sup>213</sup> Patrz: K. Witczak, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 26 lipca 2013 r., VI Ka 307/13*, Folia Iuridca 2018, Nr 82, s. 125 i n., R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w czynności seksualnej*, Prok. i Pr. 2012, Nr 5, s. 27.

<sup>214</sup> Więcej na ten temat: B. Filek, *Wizerunek nagiej osoby jak znamię przestępstwa z art. 191a k.k.*, Prok. i Pr. 2012, Nr 7-8, s. 64-65.

„wizerunek” występują na gruncie różnych dziedzin prawa<sup>215</sup>. Z kolei druga grupa poglądów sprowadza się do próby stworzenia autonomicznej definicji analizowanego znamienia<sup>216</sup>. Ostatnie ze stanowisk zakłada możliwość recypowania znaczenia wypracowanego przez doktrynę i judykaturę w innych gałęziach prawa (a zwłaszcza na gruncie cywilnoprawnego porządku)<sup>217</sup>.

Zanim zostanie uszczegółowiony każdy z wyżej wymienionych nurtów, warto nadmienić, że przyjmuje się pierwszeństwo dla wykładni językowej określonego wyrażenia<sup>218</sup>. Z tego względu należy przytoczyć definicję pojęcia „wizerunek”, pochodzącą ze słownika języka polskiego. Oznacza ono „(...) podobizna, wyobrażenie, portret, obraz (...)”<sup>219</sup>. Przedstawiciele doktryny, którzy podzielają stanowisko, iż pojęcie „wizerunek” nie wymaga interpretacji, powinni ten pogląd wyraźnie zaakcentować, w przeciwnym razie ma on jedynie domniemany charakter. Co więcej, należy zdawać sobie sprawę, że definicja słownikowa służy przede wszystkim rozwijaniu języka potocznego. Dlatego wyróżnia ją wysoki stopień elastyczności. Tego rodzaju definicja sprzyja dostosowaniu konotacji określonego wyrażenia do wielu dziedzin życia, w tym odmiennych od siebie dyscyplin naukowych. W rezultacie treść, nadana pojęciu przez słownik, z założenia powinna charakteryzować się uniwersalnością. Z tego względu wydaje się, iż przytoczona powyżej definicja w niektórych stanach faktycznych na gruncie art. 191a k.k. może wyróżniać się niskim stopniem konkretyzacji. Pomimo tej niedoskonałości należy przyznać prymat wykładni językowej. Subsydiarny charakter prawa karnego, a także fakt, iż w ramach karnoprawnego porządku możliwe jest orzeczenie kary izolacyjnej, która przecież z natury stanowi ingerencję w wolność jednostki, a więc jednego z podstawowych praw człowieka sprawia, iż zarówno pojęcia języka prawnego, jak i prawniczego, w szczególności na gruncie karnoprawnego porządku powinny być możliwie jak najbardziej zrozumiałe i przystępne. Nie powinno się bowiem zakładać, iż abstrakcyjny adresat normy zdobył wykształcenie prawnicze czy wyróżnia go wiedza prawnicza na pożądanym w tym przypadku poziomie. Fakt, iż

---

<sup>215</sup> Patrz: B. Filek, *Wizerunek nagiej osoby jak znamię przestępstwa z art. 191a k.k.*, Prok. i Pr. 2012, Nr 7-8, s. 64-65, K. Witczak, *op. cit.* 81-92.

<sup>216</sup> Patrz: N. Kłaczyńska, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] J. Giezek (red.), Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 482, M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s.611

<sup>217</sup> Patrz: J. Kosonoga, *Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby* [w:] K. Ślebzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 220-222, M. Jachimowicz, *Przestępstwo utrwalania wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, KKSSiP 2012, z. 2, s.219.

<sup>218</sup> L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, wyd. 2, TNOiK, Toruń 2010, s. 119-121.

<sup>219</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego. PWN. R-Z*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 675.



określony sprawca odznacza się chociaż jednym z powyższych przymiotów wchodzi już bowiem w zakres subsumpcji prawa. Poza tym wydaje się, iż na podstawie doświadczenia życiowego nie sposób uznać, aby większość sprawców przestępstw powszechnych cechowały wskazane przymioty. Już Monteskiusz postulował, aby na gruncie karnoprawnego porządku uprościć prawo na tyle, by odciążyć obywatela od zbędnych formalności, jednakże jedynie w takim stopniu, jakim służy to efektywnemu zabezpieczeniu jego wolności<sup>220</sup>. Przenosząc wspomniany pogląd na rozważany problem prawny, trudno sobie wyobrazić, aby fotograf w trakcie sesji zastanawiał się, czy rezultat jego pracy stanowi istotę pojęcia w kontekście przepisu prawa karnego. Innymi słowy, przepisy prawa karnego powinny być w pierwszym rzędzie klarowne dla każdego dorosłego i poczytalnego człowieka.

Stworzenie warunków dla uczynienia treści regulacji z art. 191a § 1 k.k. bardziej przystępną implikuje odrzucenie poglądu o możliwości inkorporowania zakresu desygnatów pojęcia „wizerunek” do karnoprawnego porządku z innych dziedzin prawa, w szczególności z prawa cywilnego<sup>221</sup>. Odmienne założenie doprowadziłoby do sytuacji, w której osoba zastanawiająca się, czy utrwalone lub rozpowszechnione przez nią treści stanowią wizerunek na gruncie art. 191a § 1 k.k. musi znać treść przepisów prawa cywilnego, a także orzeczenia, koncepcje oraz poglądy dotyczące wizerunku w odniesieniu do systemu prawa cywilnego. W następstwie tego rodzaju zabieg jedynie komplikowałby etap subsumpcji prawa. Ponadto czerpanie z całkowitego dorobku doktryny uniemożliwiają względy systemowe oraz odmienne *ratio legis* regulacji uwzględnionych w art. 23 k.c., 81 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. *o prawie autorskim i prawach pokrewnych* [pr. aut.]<sup>222</sup>, a także 191a k.k. Zakaz wykładni homonimicznej nie jest bezwzględnie obowiązujący w stosunku do różnych dziedzin prawa i zapewne w przypadku pojęcia „wizerunek” będą występować pewne zbieżne elementy definicji, to wykładnia celowościowa uniemożliwia nadanie tego samego zbioru desygnatów niniejszemu terminowi na gruncie prawa karnego oraz cywilnego. W ramach karnoprawnego porządku jego zakres jest bowiem dookreślony oraz zdeterminowany przez dodanie sformułowań „nagiej osoby” lub „osoby w trakcie czynności seksualnej”, co dotyczy jedynie wycinku możliwych stanów faktycznych objętych ochroną przepisów

---

<sup>220</sup> Patrz: Monteskiusz, *O duchu praw*, tłum. T. Boy-Żeleński, Vis-a-Vis/Etiuda, Warszawa 2016, s. 41.

<sup>221</sup> Por. J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 222, B. Filek, *op. cit.*, s. 66.

<sup>222</sup> Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. *o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Dz.U. 1994 nr 24 poz. 83 ze zm.

prawa cywilnego. Co więcej, proces recypowania analizowanego pojęcia z cywilnoprawnego porządku do karnoprawnego niesie ryzyko destabilizacji linii orzeczniczej. Warto podkreślić, że w ramach naukowego dyskursu, w prawie cywilnym podjęto około kilkunastu prób zdefiniowania pojęcia „wizerunek”. Często ich odmienność dotyczy istotnych elementów składowych, a nawet zakresu rozumienia terminu (wąskie lub szerokie). W konsekwencji powstawałaby wątpliwość, którą z istniejących definicji należałoby inkorporować do karnoprawnego porządku. Rozważając teoretycznie sytuację, iż na gruncie art. 191a k.k., dookreślenie pojęcia „wizerunek” następowałoby dopiero na etapie stosowania prawa *in concreto*, przez wybór definicji wywodzącej się z prawa cywilnego. W związku z tym za konkretyzację tego terminu, a w następstwie nadania mu każdorazowo treści odpowiadałby sędzia rozpatrujący określony stan faktyczny. Jednak przyjęcie takiego założenia mogłoby skutkować niejednorodnością orzeczeń rozpatrywanych na podstawie podobnych okoliczności sprawy. Ponadto, na skutek uzależnienia oceny, czy zostały wypełnione znamiona przestępstwa, od każdorazowo przyjętej definicji terminu, powstaje niebezpieczeństwo nieprawidłowego wypełnienia zasady równości obywatela wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP).

W obliczu podniesionych powyżej wątpliwości należy zastanowić się nad możliwością stworzenia autonomicznej definicji pojęcia „wizerunek” celem zapewnienia efektywności regulacji z art. 191a § 1 k.k. Tego rodzaju rozwiązanie w większości przypadków jest przejawem sztucznego nadbudowywania warstwy języka prawniczego, gdyż odwołanie się do wykładni językowej i definicji słownikowej należy uznać za wystarczające narzędzia dla interpretacji niniejszego terminu. Jednakże, gdy całościowo okoliczności faktycznych sprawi, że posłużenie się wymienionymi instrumentami nie przyniesie oczekiwanych rezultatów, wówczas można odwołać się do treści orzeczeń wydanych w ramach karnoprawnego porządku<sup>223</sup>, jak i propozycji dookreślenia pojęcia<sup>224</sup> przedstawionych w literaturze w kontekście analizy art. 191a § 1 k.k. Tego typu rozwiązanie służy spójności i jednolitości wykładni celowościowej i systemowej. Niemniej po przeglądzie orzecznictwa, gdzie treścią znamienia było zachowanie w postaci rozpowszechniania treści pornograficznych, a przedmiotem czynności

---

<sup>223</sup> Termin „wizerunek” występował w judykaturze oraz orzecznictwie z uwagi na opis przedmiotu czynności sprawczej przy przestępstwie rozpowszechniania treści pornograficznych. Więcej na ten temat: M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 611

<sup>224</sup> Patrz: N. Kłaczyńska, *op. cit.*, s. 482, J. Lachowski, *op. cit.*, s. 873.

sprawczej – wizerunek, można przypuszczać, że w zbyt małej ilości spraw, sąd podejmował jakąkolwiek próbę dookreślenia kształtu tego pojęcia. Najczęściej termin ten, a zwłaszcza jego zakres desygnatów zostawał zupełnie pomijany w rozważaniach judykatury, a ewentualna wzmianka ograniczała się do lakonicznego stwierdzenia, iż albo „nastąpiło rozpowszechnienie wizerunku” albo „nie nastąpiło rozpowszechnienie wizerunku”. Jednakże zważywszy na niewielką liczbę orzeczeń, w których został poruszony problem interpretacji pojęcia „wizerunek”, wydaje się, że może przysporzyć trudności wyodrębnienie elementów cechujących się dostatecznym stopniem uniwersalności, celem wykorzystania ich w art. 191a k.k.

Kolejne zagadnienie związane z wyznaczeniem zespołu desygnatów pojęcia „wizerunek” jest związane z określeniem relacji zachodzącej między karykaturą i fotomontażem<sup>225</sup>, a niniejszym terminem. Wydaje się, iż w praktyce mogą wystąpić przypadki ingerencji graficznej w niewielkim stopniu, a osoba, której wizerunek został utrwalony nadal jest identyfikowalna. Wówczas taką okoliczność należy oceniać *ad casum*. W konsekwencji nie można *a priori* przypisywać tego typu treści jako należącej bądź nienależącej do zakresu znamienia z art. 191a § 1 k.k.

### **2.2.2.2 Rozpoznawalność jako element statuujący wypełnienie znamienia z art. 191a k.k.**

Problem identyfikowalności wizerunku w kontekście wypełnienia znamienia wizerunek nagiej osoby lub wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej został zasygnalizowany we wcześniejszym ustępie niniejszego opracowania<sup>226</sup>. Ustawodawca, co prawda na gruncie art. 191a k.k. nie włączył cechy rozpoznawalności do kanonu znamion przestępstwa, jednakże mając na uwadze cel i funkcję wymienionej regulacji, zasadnym jest, aby określony wizerunek spełniał wymóg identyfikowalności osoby, do której należy. Ponadto warto mieć na względzie, że o rozpoznawalności jako cesze statuującej wizerunek pośrednio przesądza konstrukcja zawarta w art. 191a § 2 k.k. Ze względu na fakt, iż postępowanie zostaje wszczęte na wniosek pokrzywdzonego to, aby sprecyzować osobę uprawnioną do jego złożenia, należy określić, czyj wizerunek jest przedstawiony. Również w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy wprowadzającej art. 191a k.k. (Druk sejmowy nr 1394) dostrzeżono wagę rozpoznawalności konkretnego

---

<sup>225</sup> Por. J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 223.

<sup>226</sup> Patrz: 2.2.2.1 *Pojęcie wizerunku na gruncie art. 191a k.k.*

człowieka<sup>227</sup>. Otóż jako przyczynek dla penalizacji analizowanego czynu podano tam przykład rozpowszechniania wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej z jednoczesnym podkreśleniem, iż był on w pełni rozpoznawalny. Pogląd w przedmiocie wymogu rozpoznania określonej osoby na gruncie omawianego przepisu spotyka się z powszechną aprobatą przedstawicieli środowiska nauki prawa karnego<sup>228</sup>. Różnice zdań pojawiają się dopiero na etapie formułowania zakresu tego przymiotu.

Oczywiście w literaturze przedmiotu pojawiły się próby wyznaczenia zakresu rozpoznawalności wizerunku z uwagi na brzmienie art. 191a § 1 k.k.<sup>229</sup>. Przykładowo, według J. Kosonogi za rozpoznawalność konkretnego człowieka powinna być pochytywana taka prezentacja, która „(...) pozwala zidentyfikować jakąś osobę jako określoną jednostkę fizyczną”<sup>230</sup>. Co, do przedstawionego poglądu wydaje się, iż autor chciał podkreślić możliwość konkretyzacji (częściowej) tożsamości człowieka za pomocą wizerunku. Z uwagi na kształt znamion przestępstwa uwzględnionego w art. 191a § 1 k.k. – „wizerunek nagiej osoby” oraz „wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej”, a także ze względu na wykładnię celowościową, należy stwierdzić, że wspomnianej osoby nie można zidentyfikować w inny sposób aniżeli jako jednostki fizycznej, ponieważ przyjęcie założenia, że istnieje możliwość rozpoznania osoby prawnej, uniemożliwia efektywne zabezpieczenie przedmiotu ochrony z racji na jego charakter.

Rozpoznanie określonego człowieka może nastąpić na podstawie identyfikacji bezpośredniej lub pośredniej. Można przypuszczać, iż trafnym rozwiązaniem jest przyjęcie wyłącznie bezpośredniego sposobu rozpoznania. Jednakże należy przy tym zastrzec, iż fakt zamieszczenia pewnych wskazówek, co do tożsamości osoby przedstawionej na nośniku materialnym nie niweczy identyfikacji bezpośredniej. Jeżeli niezależnie od wystąpienia wspomnianych wskazówek, nadal można mówić o zdolności rozpoznania określonego człowieka, wówczas mamy do czynienia z wizerunkiem<sup>231</sup>. W przypadku, gdy określone wskazówki pozostają w kontekście zdolności do

---

<sup>227</sup> *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Sejm VI kadencji, Druk Nr 1394, s. 18.

<sup>228</sup> Patrz: J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 223, R. Krajewski, *op. cit.*, s. 26, B. Filek, *op. cit.*, s. 7-8, s. 67-70, M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 26.

<sup>229</sup> Patrz: B. Filek, *op. cit.*, s. 68.

<sup>230</sup> J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 223.

<sup>231</sup> Patrz: B. Filek, *op. cit.*, s. 68. Por. M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 611

identyfikacji wizerunku irrelewantne, to tego rodzaju identyfikację należy poczytać za bezpośrednią. Poza tym, wypada zastanowić się nad zbalansowaniem relacji między zapewnieniem efektywnej ochrony dla pokrzywdzonego przestępstwem z art. 191a §1 k.k. a określeniu adekwatnych granic odpowiedzialności karnej do wagi popełnionego czynu zabronionego. W ramach tego rodzaju ustalenia warto rozważyć przypadek, gdy nośnik informacji zawiera treści, które uniemożliwiają dokonanie identyfikacji bezpośredniej, aczkolwiek zostały dołączone wskazówki ułatwiające rozpoznanie osoby. Jednakże np. utrwalone na zdjęciu genitalia mogą nie należeć do osoby, którą sugeruje podpis. Wówczas, nie sposób poddać tego rodzaju utrwalenia skutecznej weryfikacji (z uwagi na kontekst analizowanej regulacji). W następstwie sprawca czynu mógłby odpowiadać za rozpowszechnianie obrazu, który w istocie nie stanowiłby wizerunku pokrzywdzonego, a tym samym nie zostałyby wypełnione znamię przestępstwa zawartego w art. 191a k.k.<sup>232</sup>. Dlatego wydaje się, że stanowisko co do wymogu bezpośredniej rozpoznawalności wizerunku jest trafne z uwagi na kształt regulacji prawnej, której dotyczy. Ponadto należy pamiętać, iż istnieje możliwość dochodzenia ochrony zarówno prawa do prywatności, jak i prawa do wizerunku w procesie cywilnoprawnym.

W kwestii cech umożliwiających identyfikację wizerunku określonej osoby należy poprzeć opinię dopuszczającą możliwość rozpoznania na podstawie innej charakterystycznej cechy fizjonomicznej człowieka, aniżeli jego twarz<sup>233</sup>. Identyfikacja na podstawie innego fragmentu ciała lub charakterystycznego atrybutu określonej osoby nie będzie przejawem interpretacji ekstensywnej pojęcia. Należy dopuścić również możliwość zidentyfikowania osoby na podstawie cech dynamicznych, np. charakterystycznego sposobu poruszania się<sup>234</sup>. Wydaje się, że częstsze rozpoznanie z wykorzystaniem cech statycznych jest związane z funkcjami poznawczymi świadomości. Teoria detekcji sygnałów wyjaśnia mechanizm wykrywania oraz przetwarzania sygnałów, czyli bodźców pochodzących z otoczenia<sup>235</sup>. O znaczeniu rysów twarzy dla oceny rozpoznawalności świadczy np. treść ustaleń dokonanych w orzeczeniu

---

<sup>232</sup> W podanym przykładzie należy rozważyć, czy sprawca nie dopuścił się przestępstwa uwzględnionego art. 190a § 2 k.k.

<sup>233</sup> Tak też: R. Krajewski, *op. cit.*, s. 26, B. Filek, *op. cit.*, s. 67, J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 224.

<sup>234</sup> Więcej na ten temat: R. Krajewski, *op. cit.*, s. 26, J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 224, B. Filek, *op. cit.*, s. 67.

<sup>235</sup> Patrz: R.L. Johnson, V. McCann, P.G. Zimbardo, *Psychologia. Kluczowe koncepcje*, tłum. Pearson Education Inc., PWN, Warszawa 2010, s. 34.

SR w Świdnicy z 14 kwietnia 2015 r. (II K 497/13), gdzie Sąd dokonał dokładnego wyliczenia, ile razy na nagraniu została utrwalona twarz oraz genitalia pokrzywdzonej<sup>236</sup>.

Treść wyżej wspomnianego orzeczenia pozostaje w powiązaniu z problemem, który podnieśli M. Mozgawa oraz K. Nazar-Gutowska<sup>237</sup>. Przedstawiciele doktryny, rozpowszechnianie utrwalenia części intymnych ciała traktują jako rozpowszechnianie wyodrębnionego, niezależnego wizerunku. Posługują się w tym celu zwrotem „wizerunek intymnych części ciała”. W konsekwencji powstaje zasadniczy problem rozpoznawalności wspomnianych części, a następnie połączenia ich z przynależnością do określonej osoby fizycznej. Należy zastrzec, iż w powyższym kontekście, chodzi o rozpoznawalność bez konieczności odwoływania się do specjalistycznych badań, np. antropologicznych. Przywołani przedstawiciele doktryny przypuszczają, że w takim przypadku skuteczna identyfikacja wystąpi jedynie wyjątkowo, czyli „(...) co do zasady – w tego typu przypadkach nie będziemy mieli do czynienia z rozpowszechnianiem w rozumieniu art. 191a k.k.”<sup>238</sup>. Warto się zastanowić, czy rzeczywiście ustalenie intymnych części ciała powinno być traktowane jako odrębny wizerunek. Wydaje się, że poczytanie tego rodzaju obrazu fizycznego po prostu jako „potencjalny” wizerunek określonej osoby (czyli *de facto* przyjęcie szerokiego rozumienia pojęcia „wizerunek”) pozwala na pominięcie etapu wiązania wizerunku części intymnych ciała z konkretnym człowiekiem. Wówczas można od razu przejść do etapu oceny, czy przedstawiona na nośniku informacja stanowi wizerunek (a więc, czy wspomnianą treść cechuje rozpoznawalność). Ponadto z literalnego brzmienia art. 191a § 1 k.k. wynika, iż w celu wypełnienia znamion przestępstwa należy utrwalić lub rozpowszechnić wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, nie zaś wizerunek części intymnych ciała<sup>239</sup>.

Problem identyfikowalności wizerunku wystąpił również w judykaturze. W wyroku SO w Jeleniej Górze z 26 lipca 2013 r. (VI Ka 307/13) został rozważony problem powstały w związku ze znaczeniem rozpoznawalności jako cechy determinującej wizerunek człowieka<sup>240</sup>. W rozpatrywanym stanie faktycznym oskarżony

---

<sup>236</sup> Wyrok SR w Świdnicy z 14.04.2015 r., II K 497/13, LEX nr 1863435.

<sup>237</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 10.

<sup>238</sup> *Ibidem*.

<sup>239</sup> Oczywiście będą występowały przypadki, gdy zakresy pojęć „wizerunek nagiej osoby” lub „wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej” będą się pokrywały się z terminem „wizerunek intymnych części ciała”, aczkolwiek mogą zaistnieć okoliczności kształtujące w odmienny sposób wspomniane zakresy.

<sup>240</sup> Wyrok SO w Jeleniej Górze z 26.07.2013 r., VI Ka 307/13, [www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155005000003006\\_VI\\_Ka\\_000307\\_2013\\_Uz\\_2013-07-26\\_002](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155005000003006_VI_Ka_000307_2013_Uz_2013-07-26_002), [dostęp: 25.11.2018].

miał użyć wobec pokrzywdzonej przemocy oraz groźby bezprawnej celem utrwalenia jej nagiego wizerunku. Jednakże w opinii biegłego z zakresu informatyki na urządzeniu przeznaczonym do wykonywania zdjęć, nie znajdował się tego rodzaju zapis. Z kolei oskarżony przyznał, iż utrwalenie miało miejsce (aczkolwiek zdjęcie zostało natychmiast usunięte), jednak jego wyjaśnienia różniły się od zeznań pokrzywdzonej w przedmiocie charakteru fotografii. W konsekwencji poza zeznaniami stron postępowania nie ma dowodu utrwalenia, a zwłaszcza jego materialnej postaci. Dlatego nie jest możliwym dokonanie oceny czy obraz fizyczny charakteryzował się rozpoznawalnością pokrzywdzonej dla osoby trzeciej, a więc w istocie czy stanowił jej wizerunek. Wspomniany przymiot nie nastąpi np. jeżeli, wskutek zdenerwowania podczas wykonywania zdjęcia, sprawcy drżałaby ręka lub wystąpiłby określony błąd oprogramowania obsługującego urządzenie<sup>241</sup>.

Kolejna problematyczna kwestia odnosi się do oceny rozpoznawalności wizerunku na podstawie okoliczności. Otóż tego rodzaju kryterium nie spełni wymogu znamienia z art. 191a § 1 k.k.<sup>242</sup>. Jeżeli, przykładowo wizerunek zostanie utrwalony w trakcie przebywania w mieszkaniu osoby, której dotyczy treść utrwalenia, a nie jest jednocześnie możliwym rozpoznanie jej na podstawie cech fizjonomicznych (statycznych lub dynamicznych), to nie sposób uznać, iż nawet charakterystyczny styl urządzenia wewnątrz implikuje uczynienie wizerunku rozpoznawalnym w kontekście art. 191a § 1 k.k. Nawet jeżeli znajomi osoby utrwalonej rozpoznają, iż ona w nim zamieszkuje. By jeszcze bardziej zobrazować powyższy przykład mieszkanie może posiadać kilku lokatorów, wynajmowane w ramach najmu krótkoterminowego lub wykorzystane na zasadach modnego obecnie *home swapping* 'u. Innymi słowy, nie sposób utożsamiać podmiotów praw rzeczowych w związku z określoną nieruchomością z osobą, której wizerunek został utrwalony w tym miejscu. Wynika to przede wszystkim z założeń wykładni funkcjonalnej. W tym przypadku jako okoliczność można również potraktować kryterium czasowe. Nawet jeżeli ze względu na datę lub godzinę utrwalenia wizerunku możliwym jest rozpoznanie osoby, której treść nośnika dotyczy, to stanowi to wyłącznie podstawę do pośredniej identyfikacji osoby. W następstwie ocena rozpoznawalności wizerunku ze względu na okoliczności wydaje się nie do końca słuszną propozycją. Podobnie należy zakwalifikować kryterium miejsca dokonania utrwalenia lub rozpowszechnienia, bez względu na jego dostępność (np. publiczny park, czy

---

<sup>241</sup> Patrz: K. Witczak, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego...*, *op. cit.*, s. 131-132.

<sup>242</sup> Por. R. Krajewski, *op. cit.*, s. 26.

prywatna pracownia artystyczna). Okoliczności utrwalenia lub rozpowszechnienia treści można potraktować jedynie jako wskazówkę (podobnie jak np. podpis nazwiskiem osoby) do rozpoznania wizerunku konkretnego człowieka. Natomiast w przypadku analizowanej regulacji dla wypełnienia znamienia wizerunek wymaga się bezpośredniej identyfikacji osoby. Powyższy pogląd pozostaje w zgodzie ze stanowiskiem SN w przedmiocie zidentyfikowania osoby, na podstawie uzyskania informacji o publikacji jej wizerunku z innych źródeł. Otóż w wyroku z 27 lutego 2003 r. (IV CKN 1819/00) zostało stwierdzone, że wiadomość powzięta o opublikowaniu fotografii, której brak jest cech pozwalających na identyfikację sfotografowanego człowieka, powzięta przez osoby bliskie i znajomych w inny sposób aniżeli za pomocą rozpoznania, nie stanowi rozpowszechniania wizerunku<sup>243</sup>. Kolejnym argumentem, który sprawia, że należy rozważyć, czy stwierdzenie, iż rozpoznanie konkretnej osoby może nastąpić na podstawie okoliczności<sup>244</sup> jest obawa, że zostało ono „obarczone” zbyt niskim stopniem precyzji językowej. Jeżeli wziąć pod uwagę, iż „okoliczność” może stanowić rozpoznanie wizerunku osoby z uwagi na powziętą informację tego rodzaju od osób trzecich, wówczas taka interpretacja cechy rozpoznawalności może prowadzić do sytuacji, gdzie z powodu zasłyszanej plotki, jakoby wizerunek określonej osoby znajduje się na zdjęciu, można pociągnąć do odpowiedzialności karnej „zasłyszanego” sprawcę.

Również podstawę do pośredniej (a więc „niewystarczającej w kontekście treści art. 191a § 1 k.k.) identyfikacji wizerunku człowieka stanowi jego charakterystyczny ubiór. Wypada zastanowić się nad słusznością stwierdzenia, iż trudno mówić o identyfikacji za pomocą charakterystycznego stroju, skoro istotą nagości jest co do zasady brak ubioru<sup>245</sup>. Taki przypadek wystąpi rzadko, jednakże w tym miejscu należy przywołać pojęcie tzw. pozornej nagości. Jego istota sprowadza się do okoliczności, gdy osoba jest ubrana w do tego stopnia prześwitujący strój, że widoczne są części ciała, pozostające w powiązaniu ze znamieniem „wizerunek nagiej osoby”. Wówczas, jeżeli ubranie pozostaje charakterystyczne, spersonalizowane dla określonej osoby (np. aktorki filmów pornograficznych, której wizerunek został utrwalony w sytuacji prywatnej), może nastąpić na tej podstawie rozpoznanie.

Cecha rozpoznawalności zostaje pośrednio zdeterminowana przez zakreślenie kręgu odbiorców określonego wizerunku. Otóż kolejnym zagadnieniem wartym

---

<sup>243</sup> Wyrok SN z 27.02.2003 r., IV CKN 1819/00, OSP 2004, z. 6, poz. 75.

<sup>244</sup> Por. R. Krajewski, *op. cit.*, s. 26.

<sup>245</sup> Por. J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 222.



przeanalizowania jest liczba osób, które powinny zidentyfikować konkretny obraz fizyczny. W opinii M. Królikowskiego, dla przypisania cechy rozpoznawalności wizerunkowi na tle art. 191a § 1 k.k. wystarczy, aby był on identyfikowalny w powszechnym odbiorze lub dla węższego kręgu odbiorców<sup>246</sup>. Z powyższego stanowiska wynika, że nie jest wystarczające dokonanie rozpoznania przez jedną osobę (aczkolwiek trudno znaleźć argumenty przemawiające za właśnie takim kształtem rozwiązania). Ponadto wydaje się, iż skoro wizerunek ma być rozpoznawalny dla węższego kręgu odbiorców, a zatem podlegającemu z góry założonemu ograniczeniu, to tym bardziej zdatność powszechnego odbioru wypełnia warunek identyfikowalności. W następstwie należy zastanowić się nad potrzebą wyróżnienia powszechnej grupy odbiorców wizerunku.

Na koniec warto rozważyć problem, który jest immanentnie powiązany z zagadnieniem rozpoznawalności, a mianowicie znaczenie ludzkiego głosu jako emanacji wizerunku. W zakresie porządku prawa karnego wydaje się, iż pomysł ten jest stanowczo (choć z różnych względów) odrzucany<sup>247</sup>. W ramach wyznaczenia zakresu pojęcia „wizerunek” uwzględniony przez ustawodawcę przymiot nagości stanowi cechę zawężającą względem zbioru desygnatów powyższego terminu. Z tego względu wydaje się, iż trudno mówić o wizerunku nagiej osoby w kontekście audialnym. Jednakże tego rodzaju problem nie będzie występował w przypadku wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej, gdyż tego rodzaju aktywnościom może towarzyszyć wydawanie odgłosów. Jednakże w karnoprawnej doktrynie został przedstawiony pogląd, iż wizerunek audialny osoby w trakcie czynności nie wyróżnia się możliwością identyfikacji<sup>248</sup>. Należy się zastanowić nad słusznością tego stwierdzenia, gdyż dzisiejszy poziom zaawansowania technologii umożliwia sterowanie ogólnodostępnym smartphonem za pomocą stosownej aplikacji poprzez wydawanie głosowych poleceń wyłącznie przez użytkownika urządzenia<sup>249</sup>. Skoro do rozpoznania głosu nie jest już niezbędny specjalistyczny sprzęt, to wydaje się, że poziom trudności w kwestii identyfikowalności wizerunku audialnego uległ znacznemu zmniejszeniu. Można przypuszczać, że przeszkody niemożliwe do przezwyciężenia będą miały miejsce

---

<sup>246</sup> Patrz: M. Królikowski, *Rozdział XXIII. Przepięstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] A. Wąsek (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 865. Por. J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 224, B. Filek, *op. cit.*, s. 68-69.

<sup>247</sup> Patrz: J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 222, S. Hyps, *op. cit.* s. 923.

<sup>248</sup> Patrz: J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 223.

<sup>249</sup> Aplikacja Siri, <https://www.apple.com/siri/> [dostęp: 22.03.2019].

w momencie oceny, czy utrwalone odgłosy faktycznie zostały wydane w trakcie czynności seksualnej oraz czy nie stanowią one jedynie udanej symulacji<sup>250</sup>. Kolejna kwestia odnosi się do oceny identyfikowalności wizerunku audialnego przez pryzmat charakterystycznej wady wymowy oraz specyficznego sposobu wypowiedzania się. W pierwszym przypadku należy uznać, iż żaden z rodzajów wad wymowy nie indywidualizuje wizerunku człowieka przeciwieństwie do jego cech fizjonomicznych. Wypada wspomnieć, że w każdym przypadku jest mniejsza lub większa grupa ludzi, u których występuje określona wada wymowy. Co do charakterystycznego sposobu wypowiedzi, można przypuszczać, iż możliwe byłoby rozpoznanie osoby na podstawie tego kryterium, zwłaszcza wśród jego rodziny oraz znajomych. Jednakże w obydwu sytuacjach wykładnia celowościowa przemawia za wyłączeniem wizerunku audialnego z zespołu znamion art. 191a § 1 k.k.

Podsumowując rozważania na temat rozpoznawalności wizerunku określonej osoby na gruncie art. 191a §1 k.k. należy stwierdzić, że wygląd człowieka, a zwłaszcza jego intymne części powinny być rozpatrywane w kategorii dobra chronionego w szczególny sposób. W konsekwencji każda ingerencja w sferę intymną człowieka bez jego zgody stanowi naruszenie prywatności w zakresie wyjątkowo chronionym przez przeważającą część społeczeństwa. Ze względu na charakter znamienia „wizerunek nagej osoby”, a także przedmiot ochrony związany z analizowaną regulacją prawną, dla ustalenia, iż obraz fizyczny jest w istocie wizerunkiem, wystarczy by rozpoznania dokonała jedna osoba, poza pokrzywdzonym<sup>251</sup>. Powyższy pogląd służy właściwemu i efektywnemu wypełnieniu funkcji gwarancyjnej prawa karnego. Poza tym koreluje on z *ratio legis* niniejszego przepisu, gdyż wizerunek człowieka jest indywidualnym dobrem specyficznym, immanentnie związanym z poczuciem integralności z własnym ciałem oraz tożsamości z uwagi na postrzeganie swojej fizyczności.

### 2.2.2.3 Pojęcie „nagość”

Przymiot rozpoznawalności nie jest jedyną determinantą wizerunku jako znamienia z art. 191a § 1 k.k. Ustawodawca wprowadził wymóg, aby kryminalizowane utrwalenie dotyczyło wizerunku nagej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej. W następstwie przyjętego rozwiązania, wraz z wejściem w życie nowelizacji k.k.

---

<sup>250</sup> Patrz: K. Witczak, *Komparatystyczne...*, *op. cit.*, s. 101.

<sup>251</sup> B. Filek, *op. cit.*, s. 69.

z 15 grudnia 2009 r., do ustawy zostało wprowadzone pojęcie „nagość” w kontekście przestępstwa związanego z wykorzystaniem wizerunku osoby<sup>252</sup>.

Na wstępie, podejmując próbę nadania zakresu znaczeniowego przymiotowi nagości na gruncie k.k., nie ma potrzeby zaznaczania, iż w tym przypadku chodzi o osoby fizyczne, gdyż osoba prawna – nie może cechować się nagością<sup>253</sup>. Ponadto należy rozważyć trafność stwierdzenia, iż wizerunek rozpatrywany na kanwie art. 191a k.k. musi zawierać co najmniej istotne nagie fragmenty ciała, wyróżniające się rozpoznawalnością osoby, do której one należą, aby zakwalifikować go jako wizerunek nagiej osoby. Jednak warto zastanowić się nad wyrażeniem „istotna część nagiego ciała”<sup>254</sup>. Nasuwa się pytanie o kryterium, na podstawie, którego można efektywnie i adekwatnie (do celu przyjętego względem analizowanej konstrukcji prawnej) ocenić ową „istotność”. Zwrot ten charakteryzuje się niskim stopniem precyzji językowej. Ponadto należy zastanowić się, jak ocenić sytuację, gdy np. osoba, której wizerunek został utrwalony nie ma problemu z nagością narządów płciowych, ale ma kompleks na punkcie wyglądu stóp i dlatego nie życzy sobie utrwalenia tej treści. Innymi słowy, użyte sformułowanie nie odnosi się do nagości w sposób literalny, Poza tym odmienne rozumienie wyrażenia „istotna część nagiego ciała” może być podyktowane stylem życia określonej osoby, czy jej systemem wartości. Inaczej bowiem może zinterpretować ten zwrot człowiek wywodzący się ze środowiska, gdzie są podzielane tzw. tradycyjne wartości, aniżeli naturysta. W konsekwencji, wykorzystanie rozważanego zwrotu nie jest w stanie zapewnić efektywności prawa na etapie jego subsumpcji (gdyż prowadzi do nadmiernej penalizacji zachowań)<sup>255</sup>.

Z pewnością przyjęcie literalnego rozumienia pojęcia „nagość” na gruncie art. 191a § 1 k.k. przeczy jego *ratio legis*. Skorzystanie wyłącznie z wykładni językowej prowadzi do niezadowolających rezultatów zwłaszcza z uwagi na specyfikę indywidualnego przedmiotu ochrony. Tego rodzaju zabieg wykluczyłby z zakresu np. utrwalenie prezentujące wizerunek kobiety wyłącznie w obuwiu, co również pozostaje w sprzeczności z *ratio legis* analizowanego przepisu<sup>256</sup>. W następstwie dla prawidłowego i efektywnego wyznaczenia zakresu desygnatów znamienia „wizerunek nagiej osoby”

---

<sup>252</sup> Ustawa z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 206, poz. 1589 ze zm.

<sup>253</sup> Por. S. Hypś, *op. cit.*, s. 922.

<sup>254</sup> Więcej na ten temat: M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 611.

<sup>255</sup> Tak też: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 873.

<sup>256</sup> Tak też: J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 224, B. Filek, *op. cit.*, s. 72.

z uwagi na analizowaną regulację, należy powołać się na wykładnię funkcjonalną, gdyż jeżeli wykładnia językowa prowadzi do rozstrzygnięcia, które z uwagi na powszechnie akceptowane wartości, musi być poczytywane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe lub niweczące *ratio legis* rozpatrywanej regulacji prawnej, wówczas można wyłączyć jej stosowanie<sup>257</sup>.

Celem dokonania konkretyzacji wyżej wymienionego pojęcia został dokonany w literaturze przedmiotu podział na nagość całkowitą oraz nagość częściową. Pierwsza z nich wystąpi, gdy ktoś jest zupełnie pozbawiony odzieży. Co więcej, posiadanie biżuterii, nakrycia głowy czy rysunków na ciele nie powoduje negacji powyższego stanu. Natomiast w odniesieniu do próby nadania zakresu znaczeniowego dla częściowej nagości istnieje w dyskursie naukowym szeroki rozdźwięk (w głównej mierze dotyczy on umiejscowienia w ramach niniejszego terminu pośladków żeńskich i męskich oraz żeńskich piersi)<sup>258</sup>. Co ciekawe, N. Kłaczyńska w ramach powyższego pojęcia pomija pośladki (zostały wymienione jedynie narządy płciowe i piersi u kobiety - przyp. red.)<sup>259</sup>. Pogląd ten jest interesujący ze względu na konotację pojęcia „pośladki” na gruncie norm społeczno-obyczajowych. Z drugiej strony należy się zastanowić, czy zaprezentowana opinia jest podyktowana okolicznością, iż niektóre kroje strojów kąpielowych odsłaniają pośladki<sup>260</sup>. Być może, skoro ta część ciała jest eksponowana również w miejscach publicznych, to zdaniem autorki przywołanego poglądu, powinna pozostać poza zakresem karnoprawnej ochrony.

Pozostając nadal w temacie utrwalenia zawierającego treść w postaci wizerunku częściowo nagiej osoby, *prima facie* wydawałoby się, że można zgodzić się z poglądem, wedle którego wizerunek zawarty na fotografii, przedstawiający osobę bez odzieży, aczkolwiek zawierający jedynie obraz tego człowieka od pasa w górę nie będzie przedmiotem czynności sprawczej analizowanej regulacji. Biorąc pod uwagę jedynie

---

<sup>257</sup> Więcej na temat stosowania wykładni: L. Morawski, *op. cit.*, s. 248-252.

<sup>258</sup> Patrz: M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie...*, *op. cit.*, s. 524. Tak też: N. Kłaczyńska, *Rozdział XXV. Przepięstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 569, A. Zoll, *op. cit.*, s. 609, J. Lachowski, *Rozdział XXIII. Przepięstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 873. Wydaje się, że poczytanie za przejaw częściowej nagości sytuacji braku odzieży osłaniającej kobiece piersi, (pomijając przy tym męskie) wynika z powodów kulturowo-obyczajowych. Np. w średniowieczu damskim piersiom przypisywano szczególną rolę. Konsekwencją tego jest przewijający się w dziełach z tamtej epoki temat Matki karmiącej. Patrz: A. Brzezińska, *Mamy i mamki. Terror piersi*, *op. cit.*, s. 482, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/historia/1541319,1mamy-i-mamki.read>, dostęp: [12.12.2018].

<sup>259</sup> Patrz: N. Kłaczyńska, *op. cit.*, s. 482.

<sup>260</sup> Por. R. Krajewski, *Przepięstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, *Prok. i Pr.* 2012, Nr 5, s. 30.

wykładnię literalną - naga osoba to człowiek bez ubrania, czyli jej wizerunek powinien ukazywać całą postać, aby można było stwierdzić tę okoliczność, aczkolwiek literalna wykładnia terminu „wizerunek” jako desygnat statuuje portret, który nie przedstawia obligatoryjnie całej sylwetki<sup>261</sup>. Dlatego, mogą powstawać wątpliwości czy zdjęcie półnagiej osoby stanowi przejaw znamienia „wizerunek nagiej osoby”<sup>262</sup>. Należy dodać, że celem zbadania wymienionej okoliczności, nie wolno wychodzić poza zakres informacji, które pochodzą z nośnika wizerunku. Zatem utrwalenie pozostaje wizerunkiem osoby, aczkolwiek zbadanie przymiotu nagości musi odbyć się z poszanowaniem zasad wykładni celowościowej. Natomiast wątpliwości związane z okolicznością, czy osoba, której wizerunek jest treścią utrwalenia jest rzeczywiście naga, należy rozstrzygać zgodnie z zasadą *in dubio pro reo*. Ponadto językowa wykładnia<sup>263</sup> oraz dorobek wypracowany w dyskursie nauki prawniczej<sup>264</sup> w odniesieniu do terminu „wizerunek” przemawiają za przyjęciem, iż nie musi zostać ukazana postać w całości, aby stwierdzić, że mamy do czynienia z desygnatem tego pojęcia. Dlatego, wydaje się, iż ocena czy wizerunek określonej osoby cechuje przymiot nagości powinna być dokonana *in concreto* z uwzględnieniem całokształtu zachodzących okoliczności.

W następstwie powyższego wywodu należy uznać, iż nie ma merytorycznych, celowościowych ani kulturowych<sup>265</sup> wskazań, aby wykluczyć z ram analizowanego terminu – ukazania pośladków (niezależnie od płci)<sup>266</sup>. Należy wziąć pod uwagę motywy, które przyświecały wprowadzeniu art. 191a k.k. Otóż przede wszystkim regulacja ta pełni funkcję ochronną przed czynem, który wywołuje dla pokrzywdzonego skutki o charakterze infamującym<sup>267</sup>. Dlatego w tym przypadku priorytet w kontekście karnoprawnej ochrony nie będzie przyznany „przejawom seksualizacji” określonego

---

<sup>261</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*. PWN. R-Z, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 675.

<sup>262</sup> Por: B. Filek, *op. cit.*, s. 72.

<sup>263</sup> Patrz: M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*. PWN. R-Z, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 675.

<sup>264</sup> Patrz: S. Ritterman, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim*, Leon Frommer, Kraków 1937, s. 119-120, J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 633, E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, ZNUJ PWiOWI 1990, s. 107, J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa do wizerunku*, ZNUJ PWiOWI 2002, z. 80, s. 378-382, P. Ślęzak, *Ochrona wizerunku, adresata korespondencji i tajemnicy źródeł informacji* [w:] P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 554, A. Matlak, *Cywilnoprawna ochrona wizerunku*, KPP 2004, z. 2, s. 220., T. Grzeszak, *Rozdział IX. Prawo do wizerunku i prawo adresata korespondencji* [w:] J. Barta (red.), *Prawo autorskie*, t. 13, wyd. 4, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2017, s. 422-423.

<sup>265</sup> Por. A. Zoll, *op. cit.*, s. 609.

<sup>266</sup> Tak też: Wyrok SR w Świdnicy z 14.04.2015 r., II K 497/13, LEX Nr 186435.

<sup>267</sup> *Uzasadnienie...*, *op. cit.*, s. 18.

zachowania, podejmowanym z uwagi na ten aspekt decyzjom, a w konsekwencji pośrednio postrzeganiu ciała w znaczeniu jego erotyzacji. Na pierwszy plan ustawodawca wysunął potrzebę chronienia prawidłowości procesów wolicjonalnych, dotyczących sfery intymnej, a także godności. Poza tym warto zauważyć, że stanowiska w ramach dyskursu zawierają odrębności względem poszczególnych części ciała jako desygnatów pojęcia „naga osoba”. Rozbieżności te dowodzą, że stan nagości, pomimo jednego kręgu kulturowego, i z pozoru jednolitego, powszechnego pojmowania tego stanu, powoduje powstanie dysonansu na etapie próby konkretyzacji pojęcia „naga osoba” w szczególności na etapie subsumpcji prawa. To z kolei może powodować problemy natury orzeczniczej w odniesieniu do określonego stanu faktycznego.

Podejmując próbę fragmentarycznego wyznaczenia zakresu terminu „naga osoba”, wypada zaznaczyć, iż jednoznaczna ocena, czy odsłonięte piersi stanowią przejaw niniejszego pojęcia wydaje się skomplikowana. W dobie obecnego stanu wiedzy z dziedziny medycyny oraz dziedzin jej pokrewnych, jednoznaczne przypisywanie cechy płciowej do określonej płci może w niektórych przypadkach okazać się mylące i nie powinno być traktowane jako warunek *a priori* determinujący przynależność do konkretnej płci. W życiu codziennym występują także sytuacje, gdy określona część ciała różni się fizjonomią od przyjmowanych standardów medycznych i nie ma to zarazem związku z problemem przynależności do określonej płci. Oczywiście wymienione powyżej okoliczności będą występowały niewspółmiernie rzadziej, aczkolwiek nie jest to powód by wykluczać te grupy ludzi z możliwości skorzystania z ochrony przewidzianej k.k. z uwagi na klasyfikację określonej cechy jako charakterystycznej dla jednej z dwóch płci. Odpowiednią egzemplifikacją dla powyższego wywodu będzie wspomniana już ocena piersi. W literaturze przedmiotu często jest wyrażane stanowisko, wedle którego kobiece piersi pozbawione odzieży stanowią emanację pojęcia „naga osoba”<sup>268</sup>. Jednak warto zadać pytanie, co należy rozumieć przez stwierdzenie „kobiece piersi”. Można przypuszczać, iż możliwe są dwie interpretacje wskazanego zwrotu. Po pierwsze w tym przypadku sformułowanie może definiować część ciała przynależną wyłącznie do określonej płci (co oczywiste - żeńskiej). Natomiast druga możliwość zakłada odniesienie do „wizualnego aspektu” problemu, czyli do piersi, które ze względu na określone cechy fizjonomiczne wyglądem przypominają biust należący do kobiety. Pierwszy z zaproponowanych sposobów interpretacji skutkuje odrębnym zakresem

---

<sup>268</sup> Patrz: R. Krajewski, *op. cit.*, s. 30, N. Kłaczyńska, *op. cit.*, s. 482, A. Zoll, *op. cit.*, s. 609, J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 224.

karnoprawnej ochrony ze względu na płeć, co z punktu wykładni funkcjonalnej jest co najmniej dyskusyjnym rozwiązaniem. Co więcej, w analizowanym kontekście, tego rodzaju rozwiązanie jest dyskusyjne z uwagi na zasadę równości płci wyrażoną w art. 33 ust. 1 Konstytucji RP, a w następstwie również może naruszyć zasadę prawa do sprawiedliwego procesu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Należy nadmienić, iż ustawodawca nie zdecydował *expressis verbis*, aby wprowadzić odrębnej kryminalizacji utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby z uwagi na płeć. Tego rodzaju próby wyróżnienia wynikają wyłącznie z zabiegów interpretacyjnych. Trudno stwierdzić, aby *ratio legis* przemawiało za zróżnicowaniem zespołu desygnatów znamienia z powodu płci pokrzywdzonego. Natomiast w przypadku drugiej możliwości przyjmiemy, iż przez zwrot „kobiece piersi” należy rozumieć piersi, których cechy fizjonomiczne sprawiają, że biust przypomina należący do kobiety. Wypada nakreślić tutaj problem osób transseksualnych, które metrykalnie są mężczyznami, aczkolwiek utożsamiają się z płcią żeńską. Kwestia ta powinna być rozpatrywana przez pryzmat art. 26 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, który ustanawia generalny zakaz dyskryminacji m.in. ze względu na płeć w prawie i praktyce jego stosowania, w jakimkolwiek obszarze regulowanym przez władze publiczne. Otóż wedle pierwszego z możliwych rozwiązań wizerunek osoby, która rozpoczęła terapię hormonalną lub przeszła zabieg operacyjny w ramach procesu korekty płci w wyniku, których jej biust nabrał cech typowych dla kobiecych piersi, ale ostatecznie w następstwie postępowania o ustalenie płci, nie zapadnie wyrok ustalający zmianę płci, wówczas jej wizerunek (zawierający odsłonięte piersi) nie zostanie objęty ochroną na podstawie art. 191a § 1 k.k. Podobnie należy ocenić przypadek, gdy u mężczyzny zostaje zdiagnozowany nadmierny przyrost gruczołu piersiowego (np. wskutek ginekomastii). Chociaż jego piersi mogą wizualnie przypominać kobiecy biust, to w przypadku wyboru pierwszego rozwiązania nie będzie mógł on skorzystać z karnoprawnej ochrony własnego wizerunku, gdyż jest mężczyzną, chociaż rozpowszechnianie utrwalenia zawierającego wizerunek wraz z tego rodzaju „anomalią” fizjonomiczną może powodować psychiczny dyskomfort i naruszać sferę intymną wówczas spoza zakresu ochrony. Nie inaczej kształtuje się sytuacja osoby, która nie identyfikuje się z żadną płcią. Owszem, wraz z narodzinami dziecka z formalnoprawnego punktu widzenia następuje przypisanie określonej płci, aczkolwiek stan psychofizyczny człowieka jest dalece bardziej skomplikowaną materią, aniżeli przewiduje to ustawodawstwo. Poczucie tożsamości z określoną płcią, podobnie jak wizerunek nagiej osoby należy do sfery intymnej, chociaż co oczywiste informacja ta nie

jest objęta analizowaną regulacją, to nie ma powodu, by nie przyznać osobie transpłciowej ochrony jej wizerunku, jeżeli jej piersi wizualnie prezentują wygląd piersi kobiety. Dlatego wybranie drugiej z zaprezentowanych możliwości interpretacji pojęcia „kobiece piersi” umożliwia objęcie ochroną powyższych przypadków. Mając na względzie fakt, iż indywidualny przedmiot ochrony bezpośrednio odnosi się do sfery intymnej człowieka, należy przyznać możliwość dochodzenia ochrony w przypadku bezprawnego utrwalenia lub rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby.

W konsekwencji uznanie, iż odsłonięte piersi kobiece rozumiane jako piersi, których cechy fizjonomiczne sprawiają, że przypominają należące do kobiety jest zgodne z założeniami wykładni celowościowej. Przede wszystkim tego rodzaju rozwiązanie nie zostawia poza nawiasem przypadku mężczyzn, którzy z uwagi na wypadek losowy (np. choroba) lub na skutek świadomej decyzji posiadają piersi o cechach charakterystycznych dla biustu występującego u kobiet. Poza tym, warto w tym miejscu zaznaczyć, iż do zakresu desygnatów pojęcia „kobiece piersi” zaliczają się również piersi kobiet, których cechy fizjonomiczne nie są typowe dla tej płci. Niniejsze zaszeregowanie wynika zarówno z wykładni literalnej terminu, jak i względów celowościowych, funkcji gwarancyjnej prawa karnego oraz kontekstu społeczno-kulturowego.

Oczywiście w niniejszym wywodzie wypada wspomnieć o sytuacji mężczyzn, których klatkę piersiową nie cechują odchylenia w kontekście budowy anatomicznej. W przeciwieństwie do kobiecych piersi, które charakteryzują się różnorodnym rozmiarem, kształtem, rozstawem, mniejszą lub większą asymetrią, a nawet osadzeniem względem klatki piersiowej, itd., anatomiczne różnice występujące między męskimi piersiami nie są tak dalece pogłębione. Z tego powodu ich wygląd nie spotyka się ze społecznym, ocennym podejściem w takim stopniu jak ma to miejsce w przypadku wyglądu piersi, których cechy fizjonomiczne sprawiają, że przypominają należące do kobiety. Dlatego też mężczyzn, zdecydowanie częściej niż kobiety można spotkać z odsłoniętą klatką piersiową zarówno w sytuacji prywatnej, jak i w miejscu publicznym, nie tylko na plaży, ale również na ulicy w upalny dzień, nadmorskim barze, podczas prac na budowie, koszenia trawy, na ringu bokserskim czy nawet ćwiczących na powietrzu. Stosunek społeczny do nagości męskiej klatki piersiowej sprawia, iż mężczyźni częściej nie okrywają piersi, co przekłada się na odmienne ukształtowanie zakresu sfery intymnej, gdyż niejako nagość tej partii ciała jest dla mężczyzn dalece bardziej stanem utrwalonym w powszechnej świadomości społecznej aniżeli w przypadku piersi przypominających wyglądem te, które należą do kobiet. W związku z tym wydaje się, iż zgodnie z *ratio*



*legis* kobiece piersi (których cechy fizjonomiczne sprawiają, że przypominają należące do kobiety) stanowią przejaw nagości w kontekście znamienia „wizerunek nagiej osoby”. Oczywiście niektóre z kobiet (jak i mężczyźni o piersiach, które anatomicznie zbliżone są do damskich) nie będzie miało żadnych obiekcji przeciwko utrwalaniu lub rozpowszechnianiu ich wizerunku zawierającego odsłonięty biust w warunkach przewidzianych w art. 191a § 1 k.k. Z tej racji rozwiązanie przyjęte w art. 191a § 2 k.k. służy zapewnieniu efektywności funkcji gwarancyjnej prawa, zostawiając ostateczną decyzję o wszczęciu postępowania osobie, która czuje się pokrzywdzona określonym zachowaniem.

Problem, który wiąże się z koniecznością dokonania oceny prawnej, w kwestii czy odsłonięte kobiece piersi mogą być przejawem stanu nagości w rozumieniu art. 191a § 1 k.k., dotyczy oczywiście też pozostałych części ciała. Wydaje się, iż w pewnym stopniu zwracają na niego uwagę M. Filar i M. Berent, twierdząc, iż o wizerunku nagiej osoby można mówić, gdy istnieje na nim możliwość wyróżnienia części płciowych, nawet jeżeli nie będą one specjalnie eksponowane<sup>269</sup>. W rezultacie autorzy powyższego poglądu na pierwszy plan wysuwają kryterium „seksualnej topografii” i jej kontekstu. Trudno jest poprzeć powyższe stanowisko, gdyż zaprezentowane założenie stałoby w opozycji do wykładni celowościowej. Poza tym nie można tracić z pola widzenia względów kryminalno-politycznych. Posłużenie się wyłącznie wykładnią językową prowadziłoby bowiem do rezultatów, które nie zapewniłyby wystarczającego stopnia efektywności na etapie stosowania prawa, w przypadku, gdyby znamień „wizerunek nagiej osoby” było odczytywane w sposób literalny. Obrazując problem, nie sposób sobie wyobrazić, aby zachowanie sprawcy, który rozpowszechnił określone utrwalenie, nie wypełniło znamienia „wizerunek nagiej osoby” wyłącznie dlatego, że przedstawia ono jedynie fragment prącia lub prącie bez moszny, gdyż tego rodzaju rozwiązanie niweczyłoby istotę *ratio legis* niniejszej regulacji, a co z tym związane zapewniałoby jedynie wybiórczą, nieefektywną ochronę. W podanym przykładzie nie sposób bowiem stwierdzić, czy utrwalony człowiek znajdował się w stanie całkowitej nagości. Analogicznie należy podejść do zagadnienia, gdy człowiek, którego wizerunek jest treścią utrwalenia ma na sobie pewne elementy garderoby, aczkolwiek nie zakrywają one zewnętrznych narządów płciowych oraz kobiecych piersi (w znaczeniu zaprezentowanym we wcześniejszych fragmentach pracy),

---

<sup>269</sup> Więcej na ten temat: M. Berent, M. Filar, *op. cit.*, s. 1188. Tak też: B. Filek, *op. cit.*, s. 73. Por. R. Krajewski, *op. cit.*, s. 30.

a także, gdy wymienione części ciała w ramach utrwalenia są rozmyte w drobnej części na skutek zastosowania rozwiązań technicznych służących temu celowi<sup>270</sup>. W podobny sposób należy zakwalifikować przypadek, gdy osoba jest okryta lub ubrana w przezroczystą tkaninę. Jednak jako bezcelowe określić należy próby dookreślenia niezbędnej rozległości tego rodzaju tkaniny dla wypełnienia znamienia „wizerunek nagiej osoby”. Kwestia ta z uwagi na wykładnię funkcjonalną powinna być rozpatrywana *ad casum*, tym samym pozostawać w gestii sędziego<sup>271</sup>. Interesującym przykładem na gruncie orzecznictwa, związanym z tym zagadnieniem jest wyrok SO we Wrocławiu z 23 października 2015 r. (III K 128/15)<sup>272</sup>. Otóż w tym orzeczeniu przedmiotem analizy sądu stały się zdjęcia wykonane małoletniej poniżej 15 lat. Cztery fotografie ukazywały kolejno: sylwetkę pokrzywdzonej od pasa w górę, ubraną w biustonosz koloru niebieskiego; pokrzywdzoną leżącą na łóżku okrytą kołdrą, spoglądającą w obiektyw; nagą, śmiejącą się pokrzywdzoną oraz odwróconą tyłem. Zarówno pierwsze, jak i drugie z utrważeń nie wypełnia znamienia „wizerunek nagiej osoby”. Jednakże należy zastrzec, że pierwsze z nich nie należy do zbioru desygnatów tego terminu, jeżeli uwieczniony biustonosz nie został wykonany z przezroczystej tkaniny. Kołdra *de facto* stanowi okrycie, dlatego nie można osoby nią przykrytej traktować jako nagą. Z kolei pozostałe utrwalenia niewątpliwie mieszczą się w zespole desygnatów komentowanego pojęcia<sup>273</sup>.

Pozostając w temacie relacji zachodzącej między zasłonięciem określonych części ciała osoby a zakresem desygnatów znamienia „wizerunek nagiej osoby” z uwagi na stosowanie art. 191a § 1 k.k. należy zgodzić się, że wizerunek osoby pozbawionej wszelkiej odzieży, gdzie wyżej wymienione części ciała zasłonięto czarnymi belkami naniesionymi przy pomocy programu komputerowego, nie będzie stanowił treści znamienia „wizerunek nagiej osoby”<sup>274</sup>. Wypada jeszcze raz podkreślić, iż każdy ze „spornych” wizerunków musi podlegać ocenie z uwzględnieniem *ratio legis* art. 191a k.k. oraz całokształtu pozostałych okoliczności stanu faktycznego.

Poza tym powyżej wskazany komentarz autorstwa M. Berenta i M. Filara nasuwa kolejne pytanie, tym razem o poprawną interpretację sformułowania „części płciowe”. Możliwe jest, iż autorzy posługując się tym zwrotem, mają na myśli albo zarówno

---

<sup>270</sup> Patrz: M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 610.

<sup>271</sup> Por. J. Kosonoga, *Art. 191a. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2017, 1143.

<sup>272</sup> Wyrok SO we Wrocławiu z 23.10.2015 r., III K 128/15, LEX Nr 1933402.

<sup>273</sup> Patrz: K. Witzak, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 23 października 2015 r., III K 128/15*, *Folia Iuridica* 2018, Nr 83, s. 129-138.

<sup>274</sup> Patrz: B. Filek, *op. cit.*, s. 75.

męskie, jak i żeńskie zewnętrzne narządy płciowe (wewnętrzne z założenia nie są uwzględniane przy rozważaniu ze względu na cechę rozpoznawalności determinującą istnienie wizerunku, a tym samym warunkującą jego „wizualny” aspekt)<sup>275</sup> albo cechy płciowe, aczkolwiek wówczas również jako element stan nagości należałoby poczytać np. jabłko Adama, co z uwagi na wykładnię celowościową należy uznać za niewłaściwe ujęcie. Jednakże przedstawione interpretacje są jedynie przypuszczeniami. Jednak termin „części płciowe” nie występuje w naukach medycznych, a brak jego konkretyzacji skutkuje niemożnością prawidłowej i efektywnej subsumpcji prawa w kontekście treści art. 191a § 1 k.k., a co z tym związane stoi w sprzeczności z funkcją gwarancyjną prawa karnego. Co więcej, trafnie został podniesiony argument, że skoro nagość może być zarówno całkowita, jak i częściowa, to warunek eksponowania wymienionych części – mimo wystąpienia stanu nagości – w wielu przypadkach nie byłby spełniony<sup>276</sup>. Ponadto, należy zauważyć, że ze względu na pojawienie się oczywistej sprzeczności pomiędzy rezultatami wykładni literalnej z wartościami przedstawianymi przez ustawodawcę, można sformułować zarzut niezgodności analizowanego przepisu z Konstytucją RP<sup>277</sup>.

Zwrot „nagość osoby” jest rozumiany jako stan, w którym człowiek jest pozbawiony odzieży. Jednak to wyrażenie w kontekście literalnego brzmienia nie przesądza o tym, z którym rodzajem nagości będziemy mieli do czynienia w konkretnej sytuacji. Innymi słowy, stan nagości osoby obejmuje nagość całkowitą i częściową, dlatego między wyrażeniami „osoba częściowo naga” a „osoba częściowo ubrana” nie zachodzi relacja wykluczenia. Natomiast, wspomniane kryterium „seksualnej topografii” oraz jej kontekst może stanowić przydatne narzędzie, nie dla wyznaczenia zakresu terminu „naga osoba”, ale dla oceny karygodności zachowania sprawcy, a zwłaszcza rozmiaru wyrządzonej szkody (określonym czynem).

Jeszcze większe wątpliwości aniżeli zastosowanie zwrotu „części płciowe” wzbudza posłużenie się w tym samym kontekście wyrażeniem „intymne części ciała”<sup>278</sup>. Wedle J. Kosonogi powyższy zwrot odnosi się do „(...) części ciała, które ze względów obyczajności z uwagi na konotację seksualną są zakrywane przed osobami trzecimi. Będą

---

<sup>275</sup> Więcej na ten temat: 2.2.2.2 *Rozpoznawalność jako element statuujący wypełnienie znamienia z art. 191a k.k.*

<sup>276</sup> Więcej na ten temat: M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie...*, *op. cit.*, s. 525.

<sup>277</sup> Patrz: W. Wróbel, *Prawotwórcze tendencje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych. Mity czy rzeczywistość* [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2005, s. 395.

<sup>278</sup> Patrz: J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 224.

to, jak się wydaje, zewnętrzne narządy płciowe (*organa genitalia*) oraz pośladki, a w przypadku kobiet także piersi”<sup>279</sup>. Należy się zastanowić, czy tak sformułowana definicja uwzględnia istotę „intymności” („intymne” części ciała). Mając na uwadze, iż w skład polskiego społeczeństwa wchodzi np. muzułmanie, a według założeń Koranu damskie włosy stanowią jedną z „ozdób”, a te z kolei należy zakrywać, aby zachować skromność<sup>280</sup>. Dlatego dla wyznawczyń islamu mogą one stanowić wspomnianą „intymną część ciała”. Z kolei, tak zilustrowane zagadnienie można odnieść do art. 32 Konstytucji RP i zawartej w jego treści zasady równości obywatela wobec prawa. Z uwagi na kontekst omawianego zagadnienia pojęcie „intymne części ciała” wydaje się problematyczne. W rezultacie można przypuszczać, że skonkretyzowany zwrot w większym stopniu odpowiadałby funkcjom i celowi przepisu art. 191a § 1 k.k.

Kolejne zagadnienie, które łączy się z poprawnym wyznaczeniem zakresu sformułowania „naga osoba”, dotyczy kwestii, czy ów zakres może być warunkowany dobrowolnym lub przymusowym charakterem częściowego neglizżu osoby, której wizerunek został utrwalony lub rozpowszechniony, a także czy może być on zdeterminowany charakterem miejsca, w którym przebywała osoba, gdy doszło do utrwalenia. Dobrowolność, czy też przymus częściowego neglizżu, jak i charakter miejsca, gdzie ów neglizż występuje, pozostają irrelevantne dla oceny całokształtu okoliczności na podstawie art. 191a k.k.<sup>281</sup>. W podanym przez R. Krajewskiego przykładzie, aby doszło do popełnienia czynu zabronionego musi pojawić się próba zakłócenia procesów wolicjonalnych pokrzywdzonej na etapie utrwalenia wizerunku. Jeżeli, nie wystąpiłaby ona, to nawet sprzeciw potencjalnej ofiary wobec sfotografowania jej pozostaje obojętny dla legalnej oceny czynu. Poza tym, skoro musi nastąpić przełamanie woli kobiety, a rodzajowym przedmiotem ochrony regulacji uwzględnionych w *Rozdziale XXIII k.k.* jest wolność (w różnych jej przejawach), to *ratio legis* omawianego przepisu przemawia za uznaniem wymienionych części ciała za elementy stanowiące treść terminu „naga osoba”. Ponadto narządy, które uczestniczą w akcie płciowym, należą do stref erogennych człowieka. Dlatego w wielu sytuacjach podlegają one seksualizacji w kontekście obyczajowo-społecznym. Z kolei, normy w tej płaszczyźnie pośrednio

---

<sup>279</sup> *Ibidem*. Tak też: B. Filek, *op. cit.*, s. 74.

<sup>280</sup> *Odkrywanie zasłony. Nakrycia głowy kobiet w krajach islamu*, National Geographic Polska, [www.national-geographic.pl/traveler/kierunki/odkrywanie-zaslony](http://www.national-geographic.pl/traveler/kierunki/odkrywanie-zaslony), [dostęp: 18.12.2018]. Więcej na temat odniesienia prawa karnego do norm obyczajowo-kulturowych: M. J. Lubelski, *Stanowienie i wykładnia prawa (karnego) w warunkach chaosu kulturowego* [w:] A. Marek (red.), T. Oczkowski (red.), *Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 236.

<sup>281</sup> Por. R. Krajewski, *op. cit.*, s. 30.

determinują postrzeganie godności poprzez (częściowe) kształtowanie odczucia wstydu. Orientacja społeczeństwa w kwestii odbioru pośladków oraz kobiecych piersi (w rozumieniu przedstawionym w założeniach niniejszego opracowania) kształtuje się podobnie. Ponadto obie części ciała również stanowią strefy erogenne. Dlatego są przedmiotem różnorodnych czynności seksualnych. Przedstawione argumenty, w opinii autorki niniejszego opracowania przemawiają za włączeniem pośladków oraz kobiecego biustu (w rozumieniu przedstawionym w założeniach niniejszego opracowania) w zakres pojęcia „naga osoba” na podstawie art. 191a k.k.

Pozostając w temacie kryteriów służących prawidłowej ocenie zachowania sprawcy z uwagi na treść analizowanego przepisu, należy zastanowić się nad trafnością interpretacji R. Krajewskiego, który uważa, że co do utrwalenia lub rozpowszechnienia wizerunku nagiej osoby powinna ona „(...) uwzględniać czynniki dotyczące konkretnej osoby, w tym w szczególności jej pozycję społeczną oraz wiek, oczywiście przy uwzględnianiu co do istoty zasady równości obywatela wobec prawa”<sup>282</sup>. W opinii przedstawiciela doktryny inaczej powinien być oceniony przypadek utrwalenia lub rozpowszechnienia wizerunku młodego studenta w samych slipach jako „(...) zasadniczo niewyczerpujące znamion czynu zabronionego (...)”, niż sytuacja, gdy zostałyby umieszczone, zwłaszcza na tablicach ogłoszeń utrwalenie wizerunku rektora tej uczelni, „(...) gdyż nie sposób przyjąć, że nie jest to zachowanie, o którym mowa w art. 191a k.k. (...)”<sup>283</sup>. Co więcej, nie zostanie zrealizowane znamię analizowanego czynu zabronionego, jeżeli dojdzie do utrwalenia lub rozpowszechnienia wizerunku uczennicy szkoły średniej w stroju kąpielowym w związku z jej uczestnictwem w zajęciach na basenie. Natomiast, gdyby nastąpiło rozpowszechnienie takiego wizerunku starszej kobiety, celem jej ośmieszenia, ukazania nieatrakcyjności ciała, to ocena tego rodzaju zachowania powinna być zgoła inna<sup>284</sup>. Wydaje się, iż należy zgodzić się z opinią, że powinny być uwzględniane zindywidualizowane czynniki, aczkolwiek te, które dotyczą całokształtu stanu faktycznego, a nie jedynie cech ściśle związanych z osobą pokrzywdzonego. Wypada zaznaczyć, iż wspomniane czynniki muszą korelować z treścią art. 191a § 1 k.k. Nie podlegają one również subiektywnej ocenie pokrzywdzonego. Ich konkretyzacja następuje na etapie subsumpcji prawa *in concreto*, a zatem selekcja czynników, które należy uwzględnić dla efektywnej i prawidłowej

---

<sup>282</sup> Więcej na ten temat: R. Krajewski, *op. cit.*, s. 30.

<sup>283</sup> *Ibidem*.

<sup>284</sup> *Ibidem*.

interpretacji stanu faktycznego leży w gestii sądu. Ponadto zgodnie z art. 7 k.p.k. m.in. sąd kształtuje swoje przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Można przypuszczać, że sąd, jeżeli uzna, że przymiot definiujący pokrzywdzonego (w pierwszym z podanych przypadków – zajmowana pozycja społeczna) ma znaczenie w kontekście oceny zachowania X, wówczas go uwzględni. Dlatego można przypuszczać, iż zostaną wzięte pod uwagę „(...) czynniki dotyczące konkretnej osoby (...)”<sup>285</sup>.

Co do przykładów podanych przez wyżej wymienionego przedstawiciela doktryny, to należy się zastanowić, czy prawidłowo został rozłożony akcent w rozpatrywanym problemie. W kwestii pierwszego wskazania, przede wszystkim, biorąc pod uwagę dokonaną przez R. Krajewskiego<sup>286</sup> interpretację pojęcia „naga osoba”, to ani wizerunek studenta, ani rektora uczelni nie wypełni znamiona przewidzianego w art. 191a k.k., ponieważ slipy (przy założeniu, że nie są wykonane z transparentnej tkaniny) zasłaniają narządy płciowe oraz pośladki. Komentowana regulacja służy zabezpieczeniu dobra jednostki, które podlega szczególnie ścisłej indywidualizacji. Ponadto odnosi się ona do sfery życia ludzkiego, w której sytuują się przyrodzone wartości<sup>287</sup>. Zatem zapewniany poziom ochrony powinien pozostawać irrelevantny i w oderwaniu od zajmowanej pozycji społecznej. Godność jako dobro pierwotne oraz wolność od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic intymności jako jego pochodna są immanentnie związane z określoną jednostką, niezależnie od jej innych przymiotów, a więc również od piastowanej funkcji, czy zajmowanego stanowiska. Odmienne założenie należy uznać za sprzeczne z wymienionym już art. 30 Konstytucji RP oraz funkcją ochronną prawa karnego. W przedmiocie drugiego z wymienionych przykładów, autorstwa R. Krajewskiego, aby poddać w wątpliwość słuszność niniejszego rozumowania, wystarczy zamienić okoliczności wykonania utrwałeni wizerunków obydwu kobiet<sup>288</sup>. Mianowicie, czy jeżeli zdjęcie starszej z nich zostanie wykonane podczas zajęć na basenie np. jako ilustracja artykułu na temat aktywności seniorów, a fotografia uczennicy liceum powstanie celem ośmieszenia jej ciała (np. z uwagi na widoczne defekty), to również wiek pokrzywdzonej stanowić będzie ważny czynnik dla

---

<sup>285</sup> R. Krajewski, *op. cit.*, s. 30.

<sup>286</sup> *Ibidem*, s. 28-29.

<sup>287</sup> Więcej na ten temat: 2.1. *Przedmiot ochrony przestępstwa z art. 191a § 1 k.*

<sup>288</sup> *Ibidem*, s. 29.

interpretacji utrwalenia? Jeżeli przyjąć, że rzeczywiście istnieje potrzeba wskazania elementów ułatwiających interpretację określonego zachowania sprawcy, to można przypuszczać, że przydatne okażą się okoliczności towarzyszące dokonaniu czynu oraz motyw działania sprawcy, a zwłaszcza chęć ośmieszenia ofiary, co wynika pośrednio również z *ratio legis* przepisu art. 191a § 1 k.k. oraz jego przedmiotu ochrony. Także w kontekście „wskazówek interpretacyjnych” można uwzględnić rodzaj konsekwencji, które wystąpiły w życiu pokrzywdzonego na skutek przestępstwa. Chociaż do pewnego stopnia ocenę skutków (aczkolwiek tylko z punktu widzenia osoby pokrzywdzonej) reguluje art. 191a § 2 k.k. określający tryb wnioskowy ścigania sprawcy.

Poruszając problem oceny charakteru relacji ściśle zindywidualizowanych cech pokrzywdzonego względem sposobu interpretacji czy sprawca swoim zachowaniem wyczerpał znamię „utrwalenie lub rozpowszechnianie wizerunku”, wypada odnieść się do znaczenia subiektywnego stosunku pokrzywdzonego do stanu nagości. J. Kosonoga jako przykład kontrastowych względem siebie postaw podaje naturyzm oraz ekshibicjonizm, przeciwstawiając tym samym osoby, dla których nagość stanowi tabu (np. noszenie burek, hidżabów, nikabów przez kobiety muzułmańskie)<sup>289</sup>. Zdaniem autora poglądu, utrwalanie z uwzględnieniem regulacji art. 191a k.k. może być dla ostatniej z wymienionych grup traumatycznym przeżyciem. Ponadto obydwa poglądy w odmienny sposób pojmują istotę nagości. Jednak wedle przedstawiciela doktryny pomimo odrębności kulturowych lub religijnych, jak i stopnia wrażliwości pokrzywdzonego, należy znamię nagości oceniać obiektywnie<sup>290</sup>. Autor powyższego poglądu zwraca uwagę na istotną kwestię, którą jest indywidualne spektrum wrażliwości dla każdego człowieka. Nie można przejść obok tego faktu obojętnie, z racji, iż niniejsza konstrukcja prawna odnosi się do ochrony wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności, a więc dobra, którego zakres ulega każdorazowo konkretyzacji. W następstwie ma ono subiektywny wymiar (oczywiście na gruncie prawa karnego ograniczony względami celowościowymi). Co ważniejsze, znaczenie ma subiektywne wrażenie pokrzywdzonego w kwestii odczuwania dyskomfortu psychicznego z uwagi na utrwalony lub rozpowszechniony wizerunek jego ciała. Na etapie subsumcji prawa wydaje się, że można spróbować potraktować treść przepisu art. 191a § 2 k.k. jako emanację częściowej subiektywizacji zagadnienia „nagość”. Skoro decyzja o podjęciu czynności procesowej znajduje się w gestii

---

<sup>289</sup> Patrz: J. Kosonoga, *Karnoprawna...*, *op. cit.* s. 225. Por. S. Hyps, *op. cit.*, s. 923-924.

<sup>290</sup> *Ibidem*.

pokrzywdzonego, to w przeważającej liczbie przypadków jego odczucie będzie miało decydujące znaczenie w kontekście trybu wnioskowego dla ścigania przestępstwa. Wypada także zauważyć, iż analizowana regulacja została umiejscowiona w sąsiedztwie przepisów dotyczących przestępstw, gdzie początkowo jest rozważana kwestia uczuć, które towarzyszą pokrzywdzonemu w określonym stanie faktycznym, a nie można zapominać, iż systematyka k.k. w założeniu stanowi wskazówkę interpretacyjną. Z kolei w późniejszym etapie, w kwestii oceny realizacji znamienia „wizerunek nagiej osoby” sąd jest zobowiązany do wzięcia pod uwagę jedynie obiektywnych kryteriów, tj. czy odsłonięte części ciała widoczne na utrwaleniu mogą być uznane za wizerunek nagiej osoby. W przeciwnym razie istnieje ryzyko nadużyć pokrzywdzonych na gruncie obciążania potencjalnych sprawców za przejawy ich zachowań. Ponadto odmienne przyjęcie, mogłoby skutkować zjawiskiem niestabilności linii orzeczniczej, a w skrajnych sytuacjach „naruszyć w podstawach” zasadę wywodzoną z art. 45 Konstytucji RP, czyli prawo do sprawiedliwego procesu.

Uwzględnienie subiektywnych odczuć pokrzywdzonego ze względu na treść art. 191a § 1 k.k. podkreśla również znaczenie literalnego brzmienia pojęcia „naga osoba”, gdyż zastosowanie tego rodzaju wykładni czyni interpretację niniejszej regulacji bardziej przystępną dla przeciętnego obywatela, który nie wyróżnia się specjalistyczną wiedzą. Należy mieć przy tym na względzie funkcję gwarancyjną prawa karnego oraz jego subsydiarny charakter. Oczywiście może mieć miejsce przypadek, gdy owa wykładnia okaże się niewystarczająca, np. podczas oceny, czy przedmiotem utrwalenia jest nagość częściowa, wówczas ze względu na *ratio legis* charakteryzowanego przepisu, konieczne będzie odwołanie do wykładni funkcjonalnej oraz celowościowej<sup>291</sup>. W judykaturze również pojawiają się interpretacje różne od wykładni literalnej terminu „naga osoba”. Orzeczenie z 5 stycznia 2001 r. (III SZ 8/00) dotyczyło okoliczności przechowywania zdjęć w sposób, który umożliwiał zapoznanie się z nimi przez osoby trzecie, przez mężczyznę wykonyującego zawód adwokata<sup>292</sup>. Stanowiły one nośnik dla wizerunku nagich kobiet, w tym adwokackiej, będącej własnością wspomnianego mężczyzny<sup>293</sup>. SN pomimo faktu, nałożenia przez kobiety togi, przyjął, że należy je traktować jako nagie osoby. Można przypuszczać, iż Sąd wydając tego rodzaju rozstrzygnięcie, kierował się właśnie względami celowościowymi.

---

<sup>291</sup> Por. B. Filek, *op. cit.*, s. 75.

<sup>292</sup> Postanowienie SN z 05.01.2001 r., III SZ 8/00, LEX Nr 603432.

<sup>293</sup> *Ibidem*.



Problem w przedmiocie konkretyzacji zakresu pojęcia „naga osoba” dotyczy również kolejnej kwestii. Mianowicie, na etapie stosowania prawa, w określonych stanach faktycznych pojawiają się trudności w kontekście rozróżnienia pojęć „wizerunek nagiej osoby” oraz „treści pornograficzne”. W wyroku SA w Gdańsku z 9 lutego 2017 r. (II AKa 294/16) znalazło się rozstrzygnięcie dotyczące tego rodzaju zróżnicowania<sup>294</sup>. SO uprzednio zakwalifikował dokonany czyn na podstawie art. 202 § 4 k.k. Kierował się przy tym treścią fotografii. Natomiast, SA nie dopatrył się w tym stanie faktycznym wyczerpania znamion przestępstwa ujętego w wymienionej regulacji. Wedle niego, podjęta przez sprawcę aktywność mogłaby być rozpatrzona w kontekście art. 191a k.k.<sup>295</sup>. Treść przepisu art. 202 § 4 k.k. wówczas kryminalizowała czyn sprowadzający się do utrwalania treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej 15 lat<sup>296</sup>. W związku z powyższym SA orzekł o uniewinnieniu oskarżonego od zarzucanego czynu. Wedle ustaleń Sądu fotografie zostały wykonane w kabinie prysznicowej oraz na tle ściany mieszkania. Ukazywały one siedzącą, a także stojącą nagą pokrzywdzoną. Nie realizuje ona na wymienionych zdjęciach czynności seksualnych. Dlatego SA (słusznie) stwierdził, iż działanie podjęte przez oskarżonego nie wypełniło znamion czynu zabronionego<sup>297</sup>.

Należy zaznaczyć, że pojęcie „treści pornograficzne” podlegało licznym próbom definicji również w dyskursie nauki prawa karnego<sup>298</sup>. Jednakże obecnie panuje powszechne uznanie, że jest to nieostry termin, cechujący się niskim stopniem określoności, również ocenny<sup>299</sup>. W słowniku języka polskiego zwrot „pornografia”

---

<sup>294</sup> Wyrok SA w Gdańsku z 09.02.2017 r., II AKa 294/16, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/15100000001006\\_II\\_AKa\\_000294\\_2016\\_Uz\\_2017-02-09\\_002](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/15100000001006_II_AKa_000294_2016_Uz_2017-02-09_002), [dostęp: 21.12.2018].

<sup>295</sup> Czyn nie mógł być zakwalifikowany na podstawie art. 191a k.k., gdyż został popełniony od 09.2009 r., nie później jednak niż do 02.04.2010 r., natomiast regulacja zawierająca art. 191a k.k. weszła w życie 06.06.2010 r.

<sup>296</sup> Ustawą z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2009 Nr 206 poz. 1589 pojęcie „małoletni poniżej lat 15” zostało zastąpione terminem „małoletni”.

<sup>297</sup> Wyrok SA w Gdańsku z 09.02.2017 r., II AKa 294/16, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/15100000001006\\_II\\_AKa\\_000294\\_2016\\_Uz\\_2017-02-09\\_002](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/15100000001006_II_AKa_000294_2016_Uz_2017-02-09_002), [dostęp: 21.12.2018].

<sup>298</sup> Patrz: J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji* [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 11-29, R. Góral, *Praktyczny komentarz. Kodeks karny*, wyd. 5, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2005, s. 320-321, I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, wyd. 9 zm., PWN, Warszawa 1989, s. 418.

<sup>299</sup> Patrz: M. Ródzinkiewicz, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, t. 2, Zakamycze, Kraków 1999, s. 571, O. Górniok, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 3, Arche, Gdańsk 1999, s. 183, A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 386, J. Warylewski,

został wyjaśniony jako „(...) pisma, filmy, zdjęcia itp. pokazujące nagie ciała (często z odsłoniętymi organami płciowymi), stosunki seksualne w sposób naruszający normy obyczajowe (...)”. Na potrzeby medycyny sądowej, Z. Lew-Starowicz doprecyzował kryteria pozwalające na wyznaczenie, które z materiałów cechuje charakter pornograficzny. Pierwszym z nich jest treść dzieła. Autor poglądu wymienia m.in. erotopornografię, która jest „(...) stanem pogranicza i należą do niej dzieła, w których nagości towarzyszy eksponowanie anatomii seksualnej (...)”, pornografię „miękką” – w jej ramach mieści się ekspozycja genitaliów, praktyki masturbacyjne, stosunki w różnych pozycjach, typowe w danej obyczajowości zachowania seksualne (treści te nie mają żadnego innego kontekstu), a także pornografię „twardą”. Jej treści obejmują sceny przemocy, pedofilię, zoofilię itd.<sup>300</sup>. Kolejne kryterium wyróżniające pornografię to wiek osób, do których jest ona adresowana, czyli powyżej 15 roku życia. To stanowisko jest podyktowane faktem, że przedstawiane zachowania seksualne często odbiegają od rzeczywistości, skupiają się jedynie na seksualności, pomijając przy tym inne konteksty. Mogą one stanowić wzorzec dla kształtowania (zaburzonych) relacji międzyludzkich. W rezultacie mogą negatywnie wpływać na proces rozwoju psychoseksualnego<sup>301</sup>. W ocenie, czy określone treści odznaczają się przymiotem pornograficzności, należy uwzględnić krąg kulturowy, w którym żyjemy. Nie wolno zapominać, że istnieją osoby i środowiska, które odbierają, jako pornograficzne, a także szkodliwe obyczajowo akty seksualne, pieszczoty seksualne, a tym bardziej eksponowanie scen stosunków seksualnych. Niemniej istotna jest estetyczna forma przekazu, aczkolwiek to kryterium wyróżnia się wysokim stopniem subiektywizmu<sup>302</sup>.

Przytoczony powyżej pogląd w temacie rozumienia treści pornograficznych jest interesujący oraz istotny z uwagi na fakt, iż tematyka ta podlega w szczególnym stopniu analizie w ramach dziedziny seksuologii, która wydaje się w tym przedmiocie wiodącą. Powyższe wskazówki warto porównać z poglądem wypracowanym w literaturze prawa. Jednakże wypada podkreślić, iż konkretyzacji desygnatów pojęcia „treści pornograficzne” dokonuje sąd *in concreto*. Dlatego przedstawione kryteria cechuje jedynie subsydiarny charakter. Tego rodzaju wskazania również wypracowała doktryna

---

§ 30. *Pornografia (art. 202 k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przepisy przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 885.

<sup>300</sup> Patrz: Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Wydawnictwo Lekarskie PZWL, Warszawa 2013, s. 408-409.

<sup>301</sup> *Ibidem*.

<sup>302</sup> *Ibidem*.

prawa karnego. M. Filar wyszczególnił kryteria pomocnicze do oceny charakteru określonych treści. O ich przynależności do zakresu terminu „treści pornograficzne” może zadecydować równoczesne i łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) „treścią prezentacji jest przedstawienie przejawów płciowości i życia seksualnego człowieka,
- 2) przedstawienie to koncentruje się wyłącznie na zaprezentowaniu jego techniczno-biologicznych aspektów z pominięciem wszelkiej warstwy intelektualno-personalnościowej (choć podnoszony niekiedy w literaturze element >>braku miłości<< jest przesadą),
- 3) przedstawienie to zawiera ukazanie organów płciowych w ich seksualnych funkcjach, w szczególności w ich bezpośrednim zetknięciu się podczas stosunków seksualnych, przez co zyskuje ono postać całkowicie zdepersonalizowanej i zdehumanizowanej rejestracji >>technologii seksu<<,
- 4) przedterminowe aspekty prezentacji wykazują jednoznacznie, że jedyną lub główną intencją twórcy było wywołanie u odbiorcy podniecenia seksualnego,
- 5) kryterium pomocniczym może być walor estetyczny danej prezentacji; im jest on niższy, tym bardziej sugerować może ocenę danej prezentacji jako pornograficznej”<sup>303</sup>.

Odmienne podejście względem subsydiarnych kryteriów służących dookreśleniu desygnatów analizowanego pojęcia zaprezentował M. Rodzyńkiewicz, który skupił się na podmiotowym ujęciu problemu. Jego zdaniem dla stwierdzenia, czy określone treści są wyposażone w przymiot pornografii, powinna zostać wykorzystana konstrukcja tzw. normatywnego wzorca osobowego oraz poddanie ocenie czy określona treść posiada walor estetyczny<sup>304</sup>. Ponadto w ocenie czy określona treść powinna zostać zaklasyfikowana jako pornografia pomaga zasięgnięcie opinii u biegłych z zakresu seksuologii, sztuki, czy socjologii<sup>305</sup>. Jednak ze względu na aktualną treść art. 202 k.k., trzeba zauważyć, że wśród przedstawicieli doktryny zaczyna przeważać pogląd o dominacji przedmiotowej definicji pornografii. Takie stanowisko wynika z wyizolowanych słabości definicji podmiotowej. Przede wszystkim, należy uwzględnić

---

<sup>303</sup> M. Filar, *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Wydawnictwo UMK, Toruń 1977, s. 77.

<sup>304</sup> Więcej na ten temat: M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, t.2, Zakamycze, Kraków 1999, s. 571.

<sup>305</sup> *Ibidem*. Tak też: Wyrok SN z 23.11.2010 r., IV KK 73/10, LEX Nr 667510.

trudność wskazania podmiotu, który mógłby stanowić punkt odniesienia dla konkretyzacji, która treść została wyposażona w zdolność do wywołania podniecenia seksualnego. Poddając określoną treść do oceny społecznej, trzeba uwzględnić występowanie różnic w zakresie wrażliwości oraz wielorakich skłonności seksualnych. Trzeba dodać, że spektrum w związku z oddziaływaniem seksualnym może być bardzo szerokie. Przykładowo dla niektórych osób rolę bodźca podniety spełni obuwie lub reklama bielizny<sup>306</sup>.

Należy zaznaczyć, iż zarówno pojęcia „pornografia”, jak i „treści pornograficzne” były poddawane licznym próbom definicji w ramach różnych gałęzi nauki. Przedstawione poglądy w kontekście całokształtu dyskursu mają wymiar jedynie przeglądowy. Czynnikiem determinującym ich dobór jest próba wyodrębnienia cech odróżniających terminy „treści pornograficzne” i „wizerunek nagiej osoby”. Przede wszystkim wypada podkreślić, że obydwa pojęcia mogą odnosić się do szeroko rozumianej płciowości człowieka oraz dotyczą materii, która w powszechnej świadomości społecznej jest łączona ze sferą intymności. Poza tym treści pornograficzne z istoty zwykle prezentują wizerunek człowieka w stanie nagości. W następstwie wyznaczenie granic wobec powyższych terminów zapobiega ekspansywnej wykładni każdego z nich, a zatem także nadmiernemu rozszerzeniu lub złagodzeniu odpowiedzialności karnej. Następnym argumentem przemawiającym za wyznaczeniem granic między obydwojma pojęciami jest odmienny tryb ścigania przestępstw, których są elementem. Otóż każde przestępstwo, którego istota sprowadza się do eksploatacji treści pornograficznych, jest ścigane z urzędu, w przeciwieństwie do art. 191a § 2 k.k., gdzie ustawodawca zdecydował o wnioskowym trybie ścigania. Zatem ustawodawca tego rodzaju konstrukcją prawną wysuwa na pierwszy plan znaczenie odczuć, które towarzyszą potencjalnemu pokrzywdzonemu. Tym zabiegiem pozostawia mu wstępną (subiektywną) ocenę dolegliwości czynu. Natomiast w przypadku przestępstw odnoszących się do eksploatacji treści pornograficznych, ustawodawca ocenił, iż potencjalna dolegliwość zachowania sprawcy charakteryzuje na tyle znaczący poziom, że istnieje przesłanka do wszczęcia postępowania z urzędu. Bez wątpienia fakt ten zostaje w powiązaniu z odmiennymi *ratio legis* towarzyszącymi wprowadzaniu poszczególnych terminów do k.k.

---

<sup>306</sup> Patrz: J. Warylewski, § 30. *Pornografia (art. 202 k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 638.

Z powyższych względów należy uwypuklić różnice występujące pomiędzy wymienionymi pojęciami. Ustawodawca w przypadku znamienia wywodzącego się z art. 191a § 1 k.k. nie ustalił granicy wieku dla potencjalnego pokrzywdzonego. Natomiast, materiały zawierające treści pornograficzne są odpowiednie dla osób, które ukończyły 18. rok życia. Różnica ta ma podłoże w odmiennych dla każdego z czynów (zarówno rodzajowych, jak i indywidualnych) przedmiotów ochrony. Regulacja w przepisie art. 200 § 3 k.k. chroni prawidłowy rozwój psychofizyczny małoletniego. Co do kanonów zachowań wyznaczonych normami społecznymi, to można przypuszczać, że ze względu na postępującą seksualizację życia społecznego, wizerunek nagiej osoby w niektórych przypadkach może zostać potraktowany jako posiadający przymiot seksualności. Jednakże wówczas zachowanie sprawcy z art. 191a k.k. można rozpatrywać w kontekście ewentualnego zaistnienia dalszego przedmiotu ochrony, w postaci wolności seksualnej. Natomiast, pojęcie „treści pornograficzne” z uwagi na kulturowe konotacje jest traktowane przez społeczeństwo w sposób jednoznaczny (tzn. obliczony na wywołanie podniecenia seksualnego). W następstwie, znamię „wizerunek nagiej osoby” odnosi się do człowieka, który nie wykonuje lub nie uczestniczy w czynności seksualnej. Oczywiście tego rodzaju interpretacja jest niewątpliwie słuszna i została podyktowana w głównej mierze brzmieniem kolejnego znamienia zawartego w art. 191a k.k. – „wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej”<sup>307</sup>. Jednakże można przypuszczać, że wcześniejszy wniosek, ustalony na podstawie funkcji, którą pełni określony materiał może ułatwić wyróżnienie treści pornograficznych od „zwyczajnego” wizerunku nagiej osoby. Co więcej, nie sposób pominąć faktu, iż w art. 191a k.k. ustawodawca *expressis verbis* posłużył się pojęciem wizerunku. Wypada przypomnieć, iż cechą statuującą wizerunek człowieka jest zdolność do rozpoznania określonej osoby. Takiego wymogu nie stawia ustawa w przypadku terminu „treści pornograficzne”. Zaprezentowane materiały mogą przedstawiać nieidentyfikowalne postacie, co również można poczytywać jako emanację zróżnicowania kształtu przedmiotu ochrony, jak i zakresu, którym zdecydował objąć ustawodawca ochroną potencjalnego pokrzywdzonego.

Nie jest możliwe wykorzystanie na gruncie k.k., słownikowej definicji pojęcia „pornografia”, przytoczonej na początku wywodu, ponieważ po pierwsze ze względu na jej przeznaczenie, które zawiera się w możliwości przeniesienia jej do różnych gałęzi nauki (np. ekonomii czy socjologii), musi się ona wyróżniać wysokim stopniem

---

<sup>307</sup> Więcej na ten temat: 2.2.2.4 *Pojęcie czynność seksualna*.

elastyczności, a w związku z tym również niskim poziomem precyzji językowej. Po drugie, w treści wymienionej definicji zostało m.in. wskazane, że pornografia to pisma, filmy oraz zdjęcia nagich osób. Natomiast ze względu na brzmienie art. 191a k.k. oraz art. 202 k.k. ustawa traktuje utrwalenie wizerunku nagich osób oraz treści pornograficzne w sposób rozłączny. W rezultacie zastosowanie literalnej wykładni prowadziłyby (na etapie stosowania prawa) do nieprawidłowych rezultatów. Odnosząc powyższe wnioski do treści wyroku SA w Gdańsku z 9 lutego 2017 r. (II AKa 294/16), należy podzielić pogląd wyrażony przez ten Sąd o nieprawidłowej kwalifikacji czynu na podstawie art. 202 k.k.<sup>308</sup>. Treść fotografii wyłaniająca się z opisu zawartego w niniejszym orzeczeniu nie pozwalała na stwierdzenie, iż w tym stanie faktycznym doszło do utrwalenia treści pornograficznych. Oczywiście ówczesny stan prawny, zdeterminowany okresem popełnienia czynu, nie pozwalał na zaklasyfikowanie zachowania sprawcy na podstawie art. 191a k.k. W przypadku treści o charakterze pornograficznym, podzielany jest pogląd (co przedstawiają opinie wyrażone powyżej) o braku zachowania formy estetycznej (a nawet wulgaryzacji materiału), o tyle na kanwie regulacji przewidzianej art. 191a § 1 k.k. można rozpatrywać wykonany akt, nawet o wysokim walorze artystycznym. W przepisie tym ustawodawca położył nacisk na zapewnienie odpowiednich warunków dla prawidłowego przebiegu procesu wolicjonalnego jednostki. Tym samym styl przekazu, a w konsekwencji wydmówek treści, na etapie analizy, czy zostało wypełnione znamię „wizerunek nagiej osoby”, pozostaje z punktu karnoprawnej oceny irrelevantne. Wydaje się, iż w niektórych przypadkach może mieć on znaczenie dopiero w momencie ważenia stopnia karygodności popełnionego czynu. Ponadto należy dodać, że kwestia rozróżnienia znamion „wizerunek nagiej osoby” i „treści pornograficzne” ma o tyle istotne, znaczenie, że problem ten nie ma charakteru incydentalnego (na gruncie orzecznictwa związanego z analizowanym przestępstwem)<sup>309</sup>.

Porządkując wyrażone poglądy zarówno w judykaturze, jak i nauce prawa karnego oraz podchodząc do wyznaczenia zakresu desygnatów pojęcia „wizerunek nagiej osoby” w sposób poniekąd kazuistyczny, nasuwa się wniosek, iż jest to utrwalenie

---

<sup>308</sup> Wyrok SA w Gdańsku z 09.02.2017 r., II AKa 294/16, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/15100000001006\\_II\\_AKa\\_000294\\_2016\\_Uz\\_2017-02-09\\_002](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/15100000001006_II_AKa_000294_2016_Uz_2017-02-09_002), [dostęp: 21.12.2018].

<sup>309</sup> W stanie faktycznym opisanym w wyroku SR Szczecin-Centrum w Szczecinie z 29.11.2017 r. (V K905/17) prokurator dokonał nieprawidłowej kwalifikacji czynu (na podstawie art. 202 § 3 k.k.), pomimo stwierdzenia, że „(...) był to nagi wizerunek (...)”. Patrz: Wyrok SR Szczecin-Centrum w Szczecinie z 29.11.2017 r., V K 905/17, LEX Nr. 2427901.

(również w czasie rzeczywistym) osoby, która pozostaje bez odzienia co najmniej, jednego fragmentu części ciała: narządów płciowych, pośladków (bez względu na płeć osoby), a także kobiece piersi rozumiane wyglądem przypominające piersi należące do kobiety. Oczywiście, uwzględnienie tego rodzaju piersi, niewątpliwie różniących się budową anatomiczną od piersi męskich, ma wydźwięk kulturowo-obyczajowy, aczkolwiek uwzględnia zmiany ewolucyjne, które zaszły w odniesieniu do postrzegania ciała bez względu na płeć, a zwłaszcza swoiste przeprojektowanie odbioru społecznego oraz przypisywaną im rolę (niegdyś niemal „mistyczną” – przypadek mamek w wiekach średnich, dziś – po prostu „atrybut człowieka”). Natomiast, brak takiego kontrastu w przypadku odbioru pośladków obydwu płci. Ponadto należy pamiętać o celu regulacji art. 191a § 1 k.k. U motywów jej wprowadzenia legła m.in. ochrona pokrzywdzonego przed infamującymi skutkami czynu<sup>310</sup>. Dlatego, w tym przypadku różnicowanie znaczenia czynu ze względu na płeć ofiary wydaje się nieuzasadnionym, ponieważ wstyd i jemu pokrewne odczucia towarzyszą każdemu człowiekowi i w żaden sposób nie są uwarunkowane płcią. W dodatku norma zakazująca dyskryminacji ze względu na płeć ma umocowanie w licznych aktach prawnych, w tym art. 33 ust. 1 Konstytucji RP, gdzie zakaz ten ma charakter bezwzględny. Co więcej, należy zastanowić się nad trafnością argumentu, iż kostium kąpielowy odsłaniający pośladki noszony na publicznej plaży nie cechuje bezprawność utrwalenia tego typu. Nie można zrównywać dobrowolnego odsłonięcia tej części ciała w jednostkowym przypadku z ogólnym przyzwoleniem na utrwalanie lub rozpowszechnianie takiego rodzaju wizerunku w warunkach bezprawności. Należy mieć na względzie zapewnienie efektywnej ochrony dobrom należącym do pokrzywdzonego. Jako narzędzie służące dostosowaniu zakresu penalizacji czynów mieszczących się w granicach art. 191a § 1 k.k., można potraktować art. 191a § 2 k.k.

Warto wspomnieć, iż miał miejsce przypadek utrwalenia znanego polityka, który biegał nago po plaży. Opublikowany artykuł, wraz ze stosownymi zdjęciami, został opatrzony tytułem: „*Senator błysnął nad Bałtykiem*”<sup>311</sup>. Na fotografiach wykonanych z ukrycia, ilustrujących „przedmiot” publikacji umieszczona była sylwetka polityka odwróconego tyłem do obiektywu. Co prawda pośladki zakryte były grafiką w formie wiązki światła (w założeniu pełniące funkcję belki zakrywającej tę część ciała), jednak ich część nadal pozostawała widoczna. Polityk oświadczył, że złożył stosowny wniosek

<sup>310</sup> *Uzasadnienie...*, *op. cit.*, s. 17-18.

<sup>311</sup> AND, *Senator błysnął na plaży*, SE 30 kwietnia – 1 maja 2018, s. 2-3.

o ściganie sprawcy przestępstwa na podstawie art. 191a § 2 k.k., w związku z zaistniałymi okolicznościami, opisanymi powyżej. Zakładając, że odsłonięcie pośladków nie determinuje przymiotu nagości, w tym przypadku nie byłoby możliwości skorzystania z instrumentu ochrony przewidzianego w karnoprawnym porządku. Kontekst sytuacyjny, a zwłaszcza fakt, że zdjęcia wykonano z ukrycia, tytuł artykułu, zamieszczona grafika oraz przedmiot zdjęć świadczy o nieposzanowaniu prawa do swobodnego kształtowania granic intymności utrwalonej osoby. Z pewnością charakter umieszczonych zdjęć, a także ogólnokrajowy zasięg wydawnictwa mógł wywołać u osoby, której wizerunek został rozpowszechniony poczucie infamii. Niewątpliwie, aby utrwalenie można było zakwalifikować jako wizerunek osoby musi on posiadać przymiot rozpoznawalności. Również w przytoczonym powyżej przypadku rozpoznanie osoby za pomocą identyfikacji pośredniej (np. tytuł artykułu jako swoista wskazówka) prowadziłoby do nadmiernego rozszerzenia zakresu penalizacji czynu uwzględnionego w art. 191a § 1 k.k., gdyż ten sposób stwarza ryzyko nadużyć, np. określone utrwalenie może nie przedstawiać wizerunku potencjalnego pokrzywdzonego.

#### 2.2.2.4 Pojęcie „czynność seksualna”

Zachowanie, które podlega penalizacji na podstawie analizowanej regulacji, dotyczy nie tylko bezprawnego utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby, ale również wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej. O ile termin „naga osoba” niewątpliwie stanowi *novum* na gruncie k.k., o tyle pojęcie „czynność seksualna” pojawia się w również w odmiennych regulacjach aniżeli art. 191a k.k. Występuje ono bezpośrednio w art. 200 § 4 k.k., natomiast w formie „inna czynność seksualna”, m.in. w art. 197 § 2 k.k., art. 198 k.k., art. 199 § 1 k.k., art. 200 § 1 k.k., art. 200a § 2 k.k. Sięgając do definicji językowej, słowo „czynność” należy wyjaśnić jako „(...) wykonywanie czegoś (...)”<sup>312</sup>. Natomiast przymiotnik „seksualny” oznacza „(...) mający związek z życiem płciowym; płciowy (...)”<sup>313</sup>.

Co prawda w art. 191a § 1 k.k. oraz art. 200 § 4 k.k. ustawodawca wykorzystał zwrot „czynność seksualna”, aczkolwiek w literaturze pojawia się pogląd, iż czynność ma charakter seksualny, jeżeli godzi w dobro w postaci wolności seksualnej<sup>314</sup>. Tego

<sup>312</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. A-J, *op. cit.*, s. 538-539.

<sup>313</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. P-Ś, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. s. 1168-1169.

<sup>314</sup> Patrz: M. Bielski, *Wykładnia znamion obcowanie płciowe i inna czynność seksualna w doktrynie i orzecznictwie*, CZPKiNP 2008, z. 1, s. 215 i n.



rodzaju stwierdzenie nasuwa pytanie, czy zachowanie sprawcy oceniane na gruncie art. 191a k.k. musi być wycelowane właśnie w wolność seksualną. Dla udzielenia prawidłowej odpowiedzi wydaje się, iż warto rozważyć wykorzystanie bogatego dorobku judykatury oraz nauki prawa karnego, powstałego na gruncie wskazanych regulacji.

W ramach *Rozdziału XXV k.k.* został wykorzystany zwrot „inna czynność seksualna”. Geneza jego powstania pokrywa się z wejściem w życie k.k., w przeciwieństwie do wyrażenia „czynność seksualna”, którego istnienie jest wynikiem nowelizacji ustawy<sup>315</sup>. Wykorzystanie przymiotu „inna” („inna czynność seksualna”) nasuwa sugestię, iż w ustawie dokonano podziału czynności seksualnych. Drugą formą, czynności o charakterze seksualnym, która została wyróżniona w ramach tzw. przestępstw seksualnych, jest obcowanie płciowe (np. art. 197 § 1 k.k.). Natomiast w ramach przepisu art. 191a k.k. (*Rozdział XXIII k.k.*) tego rodzaju wyodrębnienia nie przeprowadzono. Na pierwszy rzut oka, można to uznać za niekonsekwencję ustawodawcy z uwagi na kontekst systemowy. Jednak warto zauważyć, iż owa niespójność jest przejawem odrębności rodzajowych przedmiotów ochrony, wskazanych przez systematykę k.k. Istota przedmiotu ochrony w związku z art. 191a k.k. nie skupia się w pierwszym rzędzie na działaniu procesów wolicjonalnych w związku z życiem seksualnym człowieka, dlatego zróżnicowanie czy hierarchizacja określonych aktywności na tym tle wydaje się mieć drugorzędne znaczenie.

Przed rozpoczęciem omawiania obydwu pojęć, składających się na znamię „czynność seksualna”, warto zaznaczyć, iż wprowadzenie nowych wyrażen („obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna”), służyło przybliżeniu siatki terminologicznej obowiązującej w k.k. do tej, która jest wykorzystywana w medycynie i dyscyplinach jej pokrewnych. Poza tym warto podkreślić, że skonstruowanie oddzielnych terminów ułatwia przede wszystkim w płaszczyźnie subsumpcji prawa dokonanie kwalifikacji prawnej określonego czynu z uwagi na możliwą gradację jego stopnia karygodności. Należy przyjąć, iż termin „czynność seksualna” wprowadzony w art. 200 § 2 k.k. ma charakter terminu zbiorczego, obejmującego wszystkie rodzaje aktywności seksualnej. Wynika to przede wszystkim z wykładni literalnej bowiem zarówno „obcowanie

---

<sup>315</sup> Patrz: art. 191a k.k. – *Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Dz.U. 2009, Nr 206, poz. 1589; art. 200 §4 k.k. – *Ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, Dz.U. 2014, poz. 538.

płciowe”, jak i „inna czynność seksualna” są desygnatami pojęcia „czynność seksualna”<sup>316</sup>.

Jednakże charakter tego zwrotu w literaturze przedmiotu budzi zastrzeżenia. M. Bielski dostrzega, iż wyznaczenie zobiektywizowanego zakresu znaczeniowego terminu „czynność seksualna” nieodzownie łączy się z problemem oddzielenia strony przedmiotowej od strony podmiotowej przestępstw związanych z wymuszeniami seksualnymi<sup>317</sup>. Jego zdaniem, czynność ma charakter seksualny, jeżeli „(...) godzi w dobro prawne w postaci wolności seksualnej (albo wyjątkowo w dobro prawne w postaci obyczajności w sferze życia seksualnego)”<sup>318</sup>. Powyższa wypowiedź jest interesująca z uwagi na przedmiot niniejszej pracy, tj. regulację prawną zawartą w art.191a § 1 k.k. Traktując niniejsze spostrzeżenia w sposób systemowy (w myśl zakazu wykładni homonimicznej)<sup>319</sup>, można dojść do wniosku, iż znamię „czynność seksualna” (ujęte w art. 191a k.k.) będzie zrealizowane z chwilą naruszenia wolności seksualnej jednostki. W rezultacie sprawca (czynu z art. 191a k.k.) lub inna osoba uczestnicząca w czynności seksualnej musiałaby uprzednio dokonać przestępstwa, którego opis znamion znajduje się w Rozdziale XXV k.k. Wówczas, w dalszej kolejności konieczne jest rozpatrzenie czy sprawca (czynu z art. 191a k.k.) wypełnił całość znamion składających się na rozpatrywane przestępstwo. Przyjęcie tego rodzaju założenia prowadziło do sytuacji, iż w niektórych przypadkach musiałoby dojść do konsumpcji przepisów. W przeciwnym razie znamiona uwzględnione w art. 191a § 1 k.k. nie podlegałyby wypełnieniu.

Oczywiście pragnąc wyznaczyć zakres znaczeniowy pojęcia „czynność seksualna”, wypada omówić istotę terminów zarówno „obcowanie płciowe”, jak i „inna czynność seksualna”.

Dlatego przechodząc do analizy pierwszego z nich, warto na początek przytoczyć orzeczenie SN zapadłe jeszcze na gruncie ustawy z 19 kwietnia 1969 r. – *Kodeks karny* [k.k. z 1969 r.]<sup>320</sup>. Otóż w wyroku SN z 30 lipca 1986 r. (Rw 530/86) znalazło się twierdzenie, iż „(...) Użyte w art. 175 k.k. pojęcie >>obcowanie płciowe<< jest z pewnością pojęciem węższym od czynu nierządnego, ale też nie oznacza jedynie

---

<sup>316</sup> Por. M. Filar, „*Druga*” nowelizacja kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych, PiP 2006, z. 3, s. 48.

<sup>317</sup> M. Bielski, *Wykładnia znamion obcowanie płciowe i inna czynność seksualna w doktrynie i orzecznictwie*, CZPKiNP 2008, z. 1, s. 215.

<sup>318</sup> *Ibidem*.

<sup>319</sup> L. Morawski, *op. cit.*, s. 119-121.

<sup>320</sup> Ustawa z dnia 19.04.1969 r. – *Kodeks karny*, Dz.U. 1969 Nr 13 poz. 94 ze zm.

takiego stosunku płciowego, którego nieodzownym elementem jest *immisio penis*. Na podstawie art. 175 k.k. podlega przecież ukaraniu również stosunek perwersyjny, a także stosunek z osobą kilkuletnią o nie wykształconych narządach płciowych itp. Z tego względu sprowadzenie pojęcia >>obcowanie płciowe<< tylko do normalnego i udanego w pełni stosunku płciowego byłoby niczym nieuzasadnione<sup>321</sup>. Zaprezentowane rozstrzygnięcie stanowiło swoistą wskazówkę dla nadania dalszego kierunku interpretacji terminu „obcowanie płciowe”, zarówno dla orzecznictwa, jak i doktryny. Nawiązując do niniejszego rozstrzygnięcia, należy stwierdzić, iż przedstawicielami, którzy opracowali zawężony w najwyższym (względem tych poglądów, które zostaną przytoczone w niniejszym opracowaniu) stopniu sposób rozumienia pojęcia „obcowanie płciowe” są M. Berent wraz z M. Filarem, którzy uważają, że w owym terminie mieści się klasyczny akt spółkowania heteroseksualnego oraz jego surogaty traktowane przez sprawcę jako ekwiwalentne i równoważne spółkowaniu<sup>322</sup>. Ich istota sprowadza się do bezpośredniego kontaktu płciowych części ciała jednego z uczestników aktu z częściami ciała drugiego uczestnika. Nie muszą mieć one charakteru obiektywnie płciowego, aczkolwiek sprawca traktuje je w sposób ekwiwalentny względem części płciowych, wyładowując za ich pośrednictwem swoje libido (np. stosunek oralny, analny). Zatem w opinii autorów poglądu, do obcowania płciowego należy zaliczyć kontakty seksualne, które zarówno pod względem obiektywnym, jak i subiektywnym (z uwagi na punkt widzenia sprawcy) są zbliżone do zażyłości i intymności, występujących przy spółkowaniu<sup>323</sup>. Dokonując egzegezy powyższej definicji można wywnioskować, że surogat stosunku płciowego wystąpi, jeżeli dochodzi do zaangażowania męskich narządów płciowych w naturalne otwory ciała uczestnika aktu (bez względu na jego płeć). Za przejaw zawężonego rozumienia analizowanego terminu należy uznać fakt, że w ramach podanej definicji musi dojść do aktywności o charakterze penetracyjnym, ze strony co najmniej jednego mężczyzny w ramach kontaktu seksualnego. Należy przyznać słuszność pogładowi M. Bielskiemu, iż tak zakreślony kształt definicji ogranicza jego interpretację wyłącznie do stosunków natury genitalno-waginalnej, genitalno-analnej oraz genitalno-oralnej<sup>324</sup>. W rezultacie jako surogatu obcowania płciowego nie można postrzegać aktywności, gdy

---

<sup>321</sup> Wyrok SN z 30.07.1986 r., Rw 530/86, LEX Nr 22034.

<sup>322</sup> Patrz: M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5..., *op. cit.*, s. 1213. Por. M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, t.2, Zakamycze, Kraków 1999, s. 512.

<sup>323</sup> *Ibidem*, s.1213-1214.

<sup>324</sup> M. Bielski, *op. cit.*, s. 219.

sprawca wprowadza do fizycznych organów płciowych lub organów ekwiwalentnych<sup>325</sup>, przedmioty lub odmiennie części ciała, aniżeli męskie organy płciowe<sup>326</sup>.

Omawiane pojęcie odmiennie postrzega J. Warylewski, prezentując istotę znaczenia terminu „obcowanie płciowe”, nie tworzy jego definicji, w głównej mierze bazuje na określonych formach oraz cechach konkretnych kontaktów seksualnych<sup>327</sup>. Podnosi, że przez pojęcie to nie należy rozumieć jedynie normalnego i w pełni udanego stosunku płciowego (spółkowania). W szczególności nie musi przybrać on postaci *immisio penis*, np. *conjunctio membrorum*. Jego przejawem może być również *coitus in ore*, *coitus per anum* lub stosunek przedsiönkowy. Ponadto w kategorii surogatu stosunku płciowego można potraktować wszelkie inne formy, gdzie dochodzi do pominięcia organów płciowych – np. *coitus in femora*, czy *coitus in axilla*, nawet jeżeli podczas nich nie dochodzi do ejakulacji. W omawianym terminie mieszczą się również stosunki seksualne – *cunnilingus* oraz *coitus analis cum viro*<sup>328</sup>. Warto zaznaczyć, iż również Sąd w wyroku SA w Katowicach z 13 maja 2004 r. (II AKa 75/04) zaszeregował czyn w postaci stosunku oralnego jako jedną z form obcowania płciowego (art. 197 § 1 k.k.)<sup>329</sup>. Z kolei SO w Lublinie w wyroku z 28 sierpnia 2017 r. (IV KK 177/16) uznał, że przejaw obcowania płciowego stanowi wkładanie przez sprawcę członka między poślādki i nogi małoletniej<sup>330</sup>.

Pojęcie „obcowanie płciowe” odnosi się także do odbywania stosunków z kilkuletnimi dziećmi z niewykształconymi narządami płciowymi. Oczywiście należy wyróżnić tutaj dwie możliwości. W przypadku nieukształtowanych narządów płciowych czynność sprawcza może przybrać jedynie postać np. ich dotykania. Zatem w takim przypadku zachowanie sprawcy nie może być zaszeregowane jako obcowanie płciowe,

---

<sup>325</sup> Wedle M. Berenta oraz M. Filara ekwiwalentnymi organami względem żeńskich narządów płciowych będą te, które mogą być za takie uznane ze względu na posiadane fizyczne właściwości. Patrz: M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1213-1214.

<sup>326</sup> M. Berent, M. Filar, *op. cit.* s. 1213-1214, Tak też: V. Konarska-Wrzosek, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 897.

<sup>327</sup> J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo zgwałcenia (art. 197 k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2012, s. 641.

<sup>328</sup> *Ibidem*. Tak też: N. Kłaczyńska, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, Wolters Kluwer, s. 519. Por. M. Wrześniewski, *Czynność seksualna a obcowanie płciowe i inna czynność seksualna – próba uporządkowania pojęć*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego* 2012, Nr 720, s. 42, B. Madeja, *Obcowanie płciowe jako znamię przestępstwa*, NP 1989, Nr 2-3, s. 153.

<sup>329</sup> Wyrok SA w Katowicach z 13.05.2004 r., II AKa 75/04, LEX Nr 142853. Tak też: Wyrok SA w Katowicach z 15.05.2014 r., II AKa 112/14, LEX Nr 1537355.

<sup>330</sup> Wyrok SO w Lublinie z 28.08.2017 r., IV K.K. 177/16, LEX Nr 2419896.

aczkolwiek tu ma znaczenie również całokształt stanu faktycznego, a przede wszystkim podjęte przez sprawcę działanie, gdyż może dojść do usiłowania zgwałcenia. W ramach drugiej możliwości dojdzie do obcowania płciowego z kilkuletnim dzieckiem. Bez wątplenia jednym z warunków obcowania płciowego w tym przypadku będzie stopień rozwoju narządów dziecka, aczkolwiek fakt, iż obcowanie nie będzie ono możliwe ze względu na cechy anatomiczne pokrzywdzonego, nie oznacza, że zachowanie sprawcy *a priori* powinno zostać zakwalifikowane jako inna czynność seksualna<sup>331</sup>.

Natomiast, M. Bielski kwestii uznania tzw. prawidłowego stosunku za wyłączną formę zbliżeń, która wyczerpuje znamię „obcowania płciowego”, podziela zdanie J. Warylewskiego<sup>332</sup>. Otóż obaj autorzy uważają, takie podejście za nieprawidłowe. Jednakże J. Warylewski nie zgadza się w przedmiocie wykluczenia stosunku seksualnego – międzyudowego i dopachowego, z zakresu zachowań objętych znamieniem obcowania seksualnego<sup>333</sup>. Co więcej, M. Bielski uznaje za obcowanie płciowe, wkładanie samemu sobie przedmiotów do pochwy lub odbytu<sup>334</sup>.

Kolejne zagadnienie, które należy rozpatrzyć, dotyczy kwestii czy jest możliwe by „obcować” z własnym ciałem. Obcowanie płciowe to forma czynności seksualnej, w której biorą udział co najmniej dwie osoby. Z uwagi na ten fakt obcowanie z martwymi przedmiotami, również nie może być poczytane za obcowanie płciowe, jeżeli nie są one wykorzystywane przez inną osobę aniżeli pokrzywdzony.

W pośrednim powiązaniu z powyższą tematyką pozostaje wyrok SA w Katowicach z 2 czerwca 2011 r. (II AKa 142/11), gdzie zostało stwierdzone, iż „(...) Dla bytu obcowania płciowego konieczne jest zaangażowanie w nie organów płciowych chociaż jednej osoby – sprawcy lub pokrzywdzonego (...)”<sup>335</sup>. Co więcej, na aprobatę zasługuje pogląd J. Warylewskiego, który zauważa, że przyjęcie odmiennej wykładni terminu stoi w sprzeczności z istotą pojęcia. Ta interpretacja przypuszczalnie jest możliwa do zaakceptowania z punktu widzenia polityki kryminalnej. Jednak, jako wniosek *de lege ferenda* nie można traktować w sposób rozszerzający tego znamienia, gdyż działa to ewidentnie na niekorzyść potencjalnego sprawcy przestępstwa<sup>336</sup>.

---

<sup>331</sup> Por. M. Wrześniewski, *op. cit.*, s. 42.

<sup>332</sup> M. Bielski, *op. cit.*, s. 216-217.

<sup>333</sup> J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 642.

<sup>334</sup> M. Bielski, *op. cit.*, s. 224-225.

<sup>335</sup> Wyrok SA w Katowicach z 02.06.2011 r., II AKa 142/11, LEX Nr 1001359.

<sup>336</sup> J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 641.

Zdecydowanie szersze rozumienie znamienia „obcowanie płciowe” aniżeli M. Filara przedstawił M. Rodzyńkiewicz, wedle którego mieszczą się w nim akty spółkowania i jego surogaty te, które można traktować jako ekwiwalentne względem spółkowania<sup>337</sup>. W następstwie zgwałcenie z art. 197 § 1 k.k. zostanie dokonane, jeżeli nastąpi bezpośredni kontakt płciowy ciała sprawcy z organami płciowymi ofiary, lub też z częściami jej ciała, które sprawca traktuje równoważnie i na których lub za pomocą których wyładowuje swój popęd seksualny (stosunki analne, oralne) Innymi słowy, o surogacie spółkowania można mówić, jeżeli następuje bezpośredni cielesny kontakt dwóch osób oraz występuje fizyczne zaangażowanie narządów płciowych pokrzywdzonego albo części ciała będących w mniemaniu sprawcy surogatem narządów płciowych w określonej czynności<sup>338</sup>. Należy przyznać rację J. Warylewskiemu, który zarzuca on autorowi poglądu, iż jest skłonny zakwalifikować jako inną czynność seksualną (art. 197 § 2 k.k.) okoliczność, gdy sprawca dotyka ręką narządów rodnych ofiary. Przy czym, warto podkreślić, że w podanym przykładzie występuje bezpośredni kontakt ciała sprawcy z organami płciowymi pokrzywdzonego<sup>339</sup>.

Wydaje się, że zbliżony pogląd do tego autorstwa M. Rodzyńkiewicza wyraża J. Wojciechowski, który stanął na stanowisku, iż dotykanie przez sprawcę narządów płciowych ofiary nie może być objęte pojęciem „obcowanie płciowe”<sup>340</sup>. Jednocześnie wedle J. Warylewskiego ograniczanie zakresu desygnatów terminu „obcowanie płciowe” do spółkowania i jego surogatów, ekwiwalentnych, równoważnych spółkowaniu jest zbyt wąskie, ze względu na wątpliwości związane z oceną stosunku dopachowego, międzydudowego lub *cinepimastrii*<sup>341</sup>. Zdanie tożsame z wyrażonym przez J. Wojciechowskiego można odnaleźć także w wyroku SA w Katowicach, który zapadł 9 listopada 2006 r. (II AKa 323/06)<sup>342</sup>. Warto zwrócić uwagę na dokonaną tam interpretację zakresu wyrażenia „obcowanie płciowe”. Zostało ono uznane za szersze od

---

<sup>337</sup> M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV. Przepęstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, t.2, Zakamycze, Kraków 1999, s. 512. Por. M. Bielski, *op. cit.*, s. 220-225, M. Berent, M. Filar, *op. cit.* s. 1213-1214, M. Budyn-Kulik, *Inna czynność seksualna. Analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, Prawo w Działaniu 2008, Nr 5, s. 138.

<sup>338</sup> *Ibidem*.

<sup>339</sup> J. Warylewski, § 23. *Przepęstwo...*, *op. cit.*, s. 644.

<sup>340</sup> J. Wojciechowski, *Przepęstwo zgwałcenia*, Rzeczpospolita, <http://archiwum.rp.pl/artukul/160651-Przepęstwo-zgwalcenia.html>, [dostęp: 12.02.2018]

<sup>341</sup> J. Warylewski, § 23. *Przepęstwo...*, *op. cit.*, s. 644. Tak też: B. Kurzępa, „*Inna czynność seksualna*” jako znamię przepęstw, *Prok. i Pr.* 2005, Nr 5, s. 64.

<sup>342</sup> Patrz: Wyrok SA w Katowicach z 09.11.2006 r., II AKa 323/06, LEX Nr 216965. Por. Wyrok SA w Lublinie z 24.08.2011 r., II AKa 154/11, LEX Nr 1108586.

pojęcia „spółkowanie”. W rezultacie obejmuje ono również kontakty o charakterze seksualnym, mające na celu zaspokojenie popędu płciowego. Ponadto są one zbliżone do spółkowania, dlatego stanowią jego surogat, a w następstwie godzą w wolność seksualną pokrzywdzonego w stopniu wyższym, aniżeli „inne czynności seksualne”. Jednakże wymogiem tak poczynionego założenia jest bezpośredni kontakt narządów płciowych przynajmniej jednej osoby – sprawcy lub ofiary, z narządami drugiej (niekoniecznie płciowymi). Dlatego, należy uznać, iż włożenie rąk do narządów rodnych kobiety, a następnie penetracja, celem zaspokojenia popędu płciowego sprawcy – wypełnia znamię obcowania płciowego<sup>343</sup>. Inaczej należałoby ocenić przypadek, kiedy sprawca dotyka jedynie na zewnątrz tego rodzaju narządów (jako inną czynność seksualną).

Celem podsumowania powyższych poglądów, wypada ocenić, że obcowanie płciowe powinno być traktowane jako termin o szerszym zakresie, aniżeli spółkowanie. Oznacza ono jedynie stosunek płciowy między osobami odmiennej płci. W pojęciu „obcowanie płciowe” mieści się również stosunek homoseksualny (także lesbijski). Według J. Warylewskiego przez wskazany termin należy rozumieć „(...) kontakty (stosunki) o charakterze seksualnym, które obiektywnie zbliżone są do poziomu zażyłości i intymności, towarzyszących zwykle spółkowaniu”<sup>344</sup>. Chodzi przede wszystkim o analogiczne stosunki względem spółkowania. Kryterium, dla zaszeregowania konkretnej czynności jako obcowanie płciowe, autor poglądu upatruje w potencjalnej możliwości zaspokojenia popędu płciowego. Takimi aktywnościami będą zwłaszcza stosunki oralne oraz analne. Jednakże można także zaliczyć do tego akty seksualnej penetracji naturalnych otworów ciała, które imitują spółkowanie<sup>345</sup>. Wyrażony pogląd znalazł odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu z 19 kwietnia 2007 r., SA w Krakowie (II AKa 40/07)<sup>346</sup>. W zawartym tam stanie faktycznym, sprawca do popełnienia przestępstwa użył wibratora. Sąd zajął stanowisko, iż wprowadzenie (a następnie uruchomienie) wibratora, który przypomina kształtem członka do pochwy lub odbytu pokrzywdzonego ma na celu imitowanie stosunków klasycznych oraz analnych. Zatem tego rodzaju działanie stanowi przejaw obcowania płciowego<sup>347</sup>.

---

<sup>343</sup> *Ibidem*.

<sup>344</sup> Patrz: J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s.643. Por. M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5..., *op. cit.*, s. 1214.

<sup>345</sup> Patrz: *Ibidem*.

<sup>346</sup> Wyrok SA w Katowicach z 19.04.2007 r., II AKa, 40/07, LEX Nr 331806. Wyrok SA w Katowicach z 13.05.2004 r., II AKa 75/04, LEX Nr 142853. Tak też: Wyrok SA w Katowicach z 15.05.2014 r., II AKa 112/14, LEX Nr 1537355. Por. Wyrok SA w Katowicach z 02.06.2011 r., II AKa 142/11, LEX Nr 1001359.

<sup>347</sup> *Ibidem*.

Kolejnym problemem, który wyłania się z prezentowanych poglądów w temacie ustalenia prawidłowego zespołu desygnatów znamienia obcowanie płciowe, jest kwalifikacja określonego zachowania do właściwej grupy czynów (na podstawie art. 197 § 1 k.k. lub art. 197 § 2 k.k.). Kryteriów pomocniczych dla rozwiązania tej kwestii dostarcza judykatura. Z orzeczenia SN z 24 czerwca 2008 r. (III KK 47/08) wynika, iż przy wyznaczaniu punktu granicznego między pojęciami „obcowanie płciowe” oraz „inna czynność seksualna” powinno się uwzględnić subiektywną ocenę naruszenia wolności seksualnej pokrzywdzonego. W rozstrzygnięciu znalazło się stwierdzenie: „(...) Penetracja narządów przekracza granice >>innej czynności seksualnej<<, naruszając w wyższym stopniu wolność człowieka, niż odpowiadające temu pojęciu dotykanie narządów”<sup>348</sup>. Tego rodzaju rozwiązanie sprawdzi się również w przypadku, jeżeli czyn sprawcy nie naruszy wolności seksualnej<sup>349</sup>. Wtedy należy wziąć pod uwagę stopień naruszenia określonego dobra prawnego, chronionego właściwą regulacją, co sprowadza się do analizy jak dalece czyn sprawcy godził w obyczajność. Częściowo do powyższego zagadnienia, albowiem w kwestii penetracyjnego charakteru czynności wypowiedział się M. Bielski<sup>350</sup>. Otóż wedle niego wskazana cecha wystąpi w czterech przypadkach aktywności: „(...)

- 1) gdy łączyły się z wprowadzeniem męskich narządów płciowych do żeńskich narządów płciowych (klasyczne stosunki heteroseksualne waginalne lub stosunki przedsionkowe,
- 2) gdy łączy się z wprowadzeniem męskich narządów płciowych do żeńskich lub męskich naturalnych otworów ciała, które są traktowane jako surogaty żeńskich narządów płciowych, choćby nie były one do kontaktów seksualnych biologicznie przeznaczone (stosunki hetero- lub homoseksualne analne lub oralne w formie *fellatio*),
- 3) gdy łączy się z wprowadzeniem przez sprawcę (kobietę lub mężczyznę) innych niż męskie narządy płciowe części ciała do żeńskich narządów płciowych ofiary (kobiety lub mężczyzny), przy czym te ostatnie są traktowane jako surogaty żeńskich narządów płciowych, choćby nie były one do kontaktów seksualnych biologicznie przeznaczone (np. wkładanie palców lub ręki do waginy lub do odbytu),

---

<sup>348</sup> Wyrok SN z 24.06.2008 r. III K.K. 47/08, LEX Nr 438423.

<sup>349</sup> J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 643.

<sup>350</sup> M. Bielski, *op. cit.*, s. 224.



- 4) gdy łączy się z wprowadzaniem przez sprawcę (kobietę lub mężczyznę) przedmiotów martwych mających zastępować męskie narządy płciowe do żeńskich narządów płciowych ofiary (kobiety) lub do naturalnych otworów ciała ofiary (kobiety lub mężczyzny), które są traktowane jako surogaty żeńskich narządów płciowych, choćby nie były one do kontaktów seksualnych biologicznie przeznaczone (np. wkładanie butelki do waginy lub odbytu)”<sup>351</sup>.

Podsumowując powyższe stanowisko należy stwierdzić, iż czynność wyróżniać się będzie penetracyjnym charakterem, jeżeli część ciała sprawcy lub przedmiot martwy zostaną wprowadzone w naturalny otwór ciała pokrzywdzonego. Analogicznie, czynności niepenetracyjne sprowadzają się do aktywności, podczas których nie zostaje umieszczona ani część ciała, ani martwy przedmiot. Jednakże występuje kontakt fizyczny, aczkolwiek jest on jedynie powierzchowny.

B. Madeja wyraża pogląd, że w granicach znamienia „obcowanie płciowe” mieści się tzw. surogat spółkowania<sup>352</sup>. Wedle przywołanego przedstawiciela doktryny, jego istota sprowadza się do zetknięcia organu płciowego z ciałem ofiary. Jego zdaniem jako surogat spółkowania nie powinna być poczytywana okoliczność, gdy sprawca zmusza pokrzywdzoną do znoszenia dotykania jej narządów rodnych (przez sprawcę)<sup>353</sup>. W rezultacie nie dochodzi do zetknięcia narządów płciowych sprawcy z ciałem ofiary, wobec tego czyn sprawcy nie stanowi surogatu spółkowania. Co do kwestii nietrafności wyводу, zdanie podziela J. Warylewski<sup>354</sup>. Stwierdza on, iż w tak skonstruowanej definicji terminu „obcowanie płciowe”, można powziąć wątpliwość, czy chodzi o zaangażowanie narządów płciowych obu partnerów, czy wystarczy tylko jednego. Natomiast, S. Hypś pisze, iż surogaty należy poczytywać jako akty, które imitują stosunek płciowy lub stanowią jego wynaturzoną postać<sup>355</sup>. Jednakże autor poglądu zastrzega przy tym, iż czynności dokonywane przez sprawcę muszą być przez niego postrzegane jako ekwiwalent współżycia seksualnego<sup>356</sup>.

Warto także przytoczyć wyrok, który zapadł 16 listopada 2006 r. w SA w Katowicach (II AKa 328/06)<sup>357</sup>. Zostało tam zawarte stwierdzenie, iż „(...) Elementem

---

<sup>351</sup> *Ibidem*, s. 224-225.

<sup>352</sup> B. Madeja, *op. cit.*, s. 153.

<sup>353</sup> *Ibidem*.

<sup>354</sup> J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 644.

<sup>355</sup> S. Hypś, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 944.

<sup>356</sup> *Ibidem*.

<sup>357</sup> Wyrok SA w Katowicach z 16.11.2006 r., II AKa 328/06, LEX Nr 297347.

>>obcowania płciowego<< nie musi być *immissio penis*. Mogą to być także wszystkie formy stanowiące surogat stosunku płciowego z pominięciem organów płciowych. Nie budzi w orzecznictwie wątpliwości, że pojęcie obejmuje również stosunki homoseksualne. Zatem włożenie przemocą pokrzywdzonemu butelki do odbytu (w kontekście uznania przez oskarżonych pokrzywdzonego za homoseksualistę) stanowi surogat stosunku homoseksualnego, a tym samym jest to obcowanie płciowe w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. I tu bez znaczenia jest cel działania sprawcy, bowiem zaspokojenie popędu płciowego jest immanentną cechą przestępstwa, a więc zachowanie sprawcy może mieć również motywy pozaseksualne”<sup>358</sup>.

Przedstawiona argumentacja, w kwestii pobudek, którymi kieruje się sprawca podczas popełnienia opisanego czynu, zasługuje na aprobatę, gdyż w praktyce bardzo często występuje sytuacja, gdy nie jest możliwym wskazanie, czy też wyodrębnienie wyłącznie jednego, indywidualnego przedmiotu ochrony dla określonej regulacji. Dlatego w takich przypadkach należy skorzystać z konstrukcji dalszego przedmiotu ochrony. Z wyżej opisanego stanu faktycznego, poza potencjalnie seksualną naturą czynu, wynika, że u podstaw motywacji sprawcy legła chęć wywołania u pokrzywdzonego odczuć o charakterze infamującym. W rezultacie należy zastanowić się nad uwzględnieniem dalszego przedmiotu ochrony w postaci wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności ofiary. Wydaje się, że rozdzielanie obydwu dóbr sprzeciwiałoby się zasadom wykładni funkcjonalnej. W tym przypadku występuje czyn wypełniający znamiona jednego przestępstwa, tj. art. 197 § 1 k.k., więc dokonanie odrębnej oceny tego samego przestępstwa z uwagi na różne dobra objęte karnoprawną ochroną, w skrajnym przypadku skutkowałoby złamaniem zasady *res iudicata* (art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.).

Przytoczone w niniejszym opracowaniu orzeczenia w przedmiocie ustalenia zakresu znaczeniowego pojęcia „obcowanie płciowe” wskazują, iż termin ten w praktyce orzeczniczej ulega rozszerzeniu o czynności seksualne, które bezpośrednio nie wiążą się z aktem fizycznym między ciałami partnerów seksualnych. Obcowanie płciowe będzie miało miejsce wówczas, gdy zaangażowanie podczas kontaktu seksualnego narządów płciowych pokrzywdzonego lub tych części ciała, które ze względu na fizyczne podobieństwo do żeńskich narządów płciowych traktowane mogą być jako ich surogat<sup>359</sup>. Jednak widoczna wydaje się tendencja do przyjmowania, iż w ramach omawianego

---

<sup>358</sup> *Ibidem*.

<sup>359</sup> M. Bielski, *op. cit.*, s. 223.

terminu mieszczą się zachowania, które przybierają postać penetracyjnego zaangażowania w ciało ofiary, zarówno męskich narządów płciowych, jak i innych części ciała oraz przedmiotów martwych odgrywających rolę surogatu męskich narządów płciowych. Przede wszystkim bazując na przeglądzie całkiem pokaźnej liczby poglądów, które zostały wyrażone w przedmiocie zakresu znamienia „obcowanie płciowe” i jego surogatów, za przekonujące należy uznać argumenty, szeregujące zachowanie sprawcy lub pokrzywdzonego dotyczącego powierzchownie narządów płciowych ofiary lub sprawcy jako przejaw „innej czynności seksualnej”. Natomiast bezpośredni kontakt narządów co najmniej jednej z osób z narządami drugiej należy poczytać jako surogat obcowania płciowego. Należy także przyjąć, że egzemplifikację surogatu obcowania płciowego stanowi umieszczenie przedmiotu martwego w narządach rodnych. W taki sam sposób wypada ocenić przypadek, gdy sprawca dokonuje penetracji naturalnych otworów człowieka, które mogą być uznane za surogat żeńskich narządów płciowych<sup>360</sup>. Za tego rodzaju surogat należy uznać odbyt oraz otwór gębowy, aczkolwiek z uwagi na kryterium biologiczne, a także ze względów celowościowych, surogat obcowania płciowego nie obejmuje wkładania przedmiotów martwych lub innych aniżeli płciowe narządów do otworu gębowego.

W powyższym temacie judykatura przyjmuje szerszą interpretację pojęcia „obcowanie płciowe” aniżeli propozycje przedstawione w zakresie dyskursu nauki prawa karnego<sup>361</sup>. W ramach praktyki orzeczniczej, celem oddzielenia analizowanego znamienia od wyrażenia „inna czynność seksualna” często znajduje zastosowanie kryterium biologiczne. Jego istotą jest ocena stopnia naruszenia integralności cielesnej ofiary. Zastosowanie takiego weryfikatora umożliwi wyznaczenie jako obcowania płciowego takiej formy czynności seksualnej, podczas której następuje penetracyjne zaangażowanie żeńskich lub męskich narządów płciowych ofiary lub takiego rodzaju zaangażowania innych naturalnych otworów ciała pokrzywdzonego, które można poczytać za surogat żeńskich narządów płciowych (niezależnie od płci ofiary). Tak ukształtowane rozumienie terminu „obcowanie płciowe” jest związane ze szczególnym stopniem dolegliwości fizycznej dla ofiary oraz ze szczególnym stopniem traumatyzacji. Ponadto czyn sprawcy może skutkować np. zajściem w ciążę, zarażeniem się chorobą weneryczną bądź HIV<sup>362</sup>. Trudno uznać, aby potencjalny skutek zachowania sprawcy dla

---

<sup>360</sup> Tak też patrz: M. Wrześniewski, *op. cit.*, s. 41, M. Bielski, *op. cit.*, s. 225.

<sup>361</sup> M. Bielski, *op. cit.*, s. 223.

<sup>362</sup> *Ibidem*.

pokrzywdzonego wyznaczał zakres pojęcia „obcowanie płciowe”. Stopień dolegliwości, który odczuwa osoba pokrzywdzona może być wzięty pod uwagę przy dookreślaniu gradacji karygodności czynu, a tym samym pośrednio na etapie ustalania wymiaru kary.

Przedmiotem kolejnej dyskusji stała się kwalifikacja aktu seksualnego ze zwierzęciem. I tak, wedle J. Warylewskiego dopuszczenie „obcowania płciowego” ze zwierzęciem (w rozumieniu art. 197 k.k.) można uznać za „(...) możliwą do przyjęcia, aczkolwiek błędną interpretację (...)”<sup>363</sup>. Jednakże w opinii M. Wrześniewskiego, niektóre postacie zoofilii stanowią przejaw obcowania płciowego<sup>364</sup>. W omawianym kontekście należy uznać te przypadki, gdy zwierzę stanowi narzędzie w rękach sprawcy. Ten z kolei wykorzystuje naturalny popęd seksualny stworzenia.

Choć mnogość poglądów wyrażanych w tej płaszczyźnie na to nie wskazuje, pojęcie „obcowanie płciowe” jest uważane za niesprawiające problemów natury interpretacyjnej, w przeciwieństwie do terminu „inne czynności seksualne”<sup>365</sup>. Jednakże powyższy pogląd nie przeszkodził, aby pojęcie „inna czynność seksualna” kilkakrotnie pojawiło się na gruncie k.k.

Wypada poprzeć stanowisko, wedle którego termin „inna czynność seksualna” powinien być definiowany dwuaspektowo; od strony negatywnej - przez wskazanie, iż nie obejmuje on zachowań mieszczących się w zwrocie „obcowanie płciowe”, natomiast, w aspekcie pozytywnym – jako czynności związane ze sferą kontaktów płciowych człowieka<sup>366</sup>. Należy bowiem zaznaczyć, iż podział zakresu czynności seksualnych cechuje dychotomiczny charakter, jednakże przy zaznaczeniu, iż podział ten dotyczy jedynie tych czynności, w których występuje kontakt fizyczny z partnerem. W związku z tym między zakresem znamienia „obcowanie płciowe” a zakresem znamienia „inna czynność seksualna” zachodzi relacja wykluczenia. Dlatego rzeczywiście sformułowanie definicji niniejszego pojęcia od negatywnej strony stanowi istotną wskazówkę dla ustalenia zbioru zachowań, które są nim objęte. Oczywiście, fakt, że jest ono związane ze sferą kontaktów seksualnych człowieka, wynika z literalnego brzmienia oraz *ratio legis* przepisów, w których znajduje się ów termin (np. art. 197 § 2 k.k.), istoty rodzajowego przedmiotu ochrony zawartego w *XXV Rozdziale k.k.* (wolność seksualna).

---

<sup>363</sup> J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 642.

<sup>364</sup> M. Wrześniewski, *op. cit.*, s. 42.

<sup>365</sup> Patrz: Uchwałę SN z 19.05.1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, Nr 7-8, poz. 37.

<sup>366</sup> M. Bielski, *op. cit.*, s. 226.

Aczkolwiek należy zaznaczyć, iż podział ten jest kompletny jedynie na gruncie penalizowanych zachowań związanych ze sferą seksualną człowieka.

Można przypuszczać, iż negatywny aspekt definicji sformułowania „czynność seksualna” charakteryzuje niski stopień konkretyzacji, dlatego nie powinno dziwić podjęcie próby wyznaczenia jego zakresu w uchwale SN z 19 maja 1999 r. (I KZP 17/99)<sup>367</sup>. Mianowicie, „(...) >>Inna czynność seksualna<<, w rozumieniu art. 200 § 1 k.k. (a także w rozumieniu art. 197 § 2 k.k. oraz art. 198 i 199 k.k.), to takie zachowanie, nie mieszczące się w pojęciu >>obcowania płciowego<<, które związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, polegające na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary (...)”<sup>368</sup>. Co więcej, pojęcie to obejmuje przypadki, gdy sprawca lub inna osoba dotyka narządów płciowych pokrzywdzonego (nawet przez odzież). Ponadto do czynności seksualnej zaliczają się sytuacje, podczas których dochodzi do podjęcia innych czynności w zetknięciu z ciałem ofiary (np. pieszczoty)<sup>369</sup>. Jednakże należy mieć również na uwadze, że występują sytuacje, gdy ta sama czynność może mieć zabarwienie seksualne, podczas gdy w innym przypadku będzie pozbawiona tego rodzaju wyrazu oraz intencji<sup>370</sup>. Należy przyznać rację konstatacji, która poddaje w wątpliwość słuszność wykorzystania zwrotu „kontakt cielesny”, a także ograniczenie zakresu kryminalizacji do takiego rodzaju zaangażowania sprawcy. Właściwszym określeniem byłoby „kontakt fizyczny”. Przede wszystkim, cechuje się ono szerszym zakresem, aniżeli sformułowanie „cielesne zaangażowanie”. Poza tym mieszczą się w nim również np. działania sprawcy w okolicy narządów płciowych, przy wykorzystaniu różnych narzędzi. Do tego autor opinii, uważa, że istota czynności seksualnej może sprowadzać się zarówno do fizycznego, jak i intelektualnego zaangażowania pokrzywdzonego, aczkolwiek musi mieć ono obiektywnie seksualny

---

<sup>367</sup>Uchwała SN z 19.05.1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, Nr 7-8, poz. 37. Więcej na ten temat: J. Warylewski, *Glosa do uchwały SN z dnia 19 maja 1999 r., I KZP 17/99*, OSP 1999, Nr 12, poz. 224. Tak też: Wyrok SN z 21.05.2008 r., V KK 139/08, LEX Nr 435319, M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przepięstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5..., *op. cit.*, s. 1215. Por. M. Bielski, *op. cit.*, s. 226-227, M. Wrześniewski, *op. cit.*, s. 43, M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, s. 171-172.

<sup>368</sup> Patrz: B. Kurzēpa, *op. cit.*, s. 66.

<sup>369</sup> Patrz: J. Warylewski, § 23. *Przepięstwo zgwałcenia (art. 197 k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przepięstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2012, s. 641.

<sup>370</sup> Więcej na ten temat: J. Warylewski, *Glosa...*, *op. cit.* Tak też: N. Kłaczyńska, *Rozdział XXV. Przepięstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 519. Por. J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 345, A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters, Kluwer, Warszawa 2010, s. 449.

charakter<sup>371</sup>. Np., gdy sprawca doprowadzi pokrzywdzonego do obserwacji masturbującej się osoby. Przede wszystkim należy zaznaczyć, iż przestępstwo uregulowane w art. 191a § 1 k.k. nie jest przestępstwem seksualnym (aczkolwiek w niektórych stanach faktycznych może zostać naruszony lub zagrożony dalszy przedmiot ochrony w postaci wolności seksualnej). W następstwie z punktu karnoprawnej oceny, fakt czy pokrzywdzony pozostawał jedynie w kontakcie wzrokowym, czy też z własnej inicjatywy masturbował się jest irrelevantny, gdyż na gruncie analizowanego przepisu prawa, okoliczność ta pozostaje poza przedmiotem karnoprawnej oceny. *Prima facie* mogłoby się wydawać, że istnieje dychotomiczny podział czynności seksualnych na „obcowanie płciowe” oraz „inne czynności seksualne”. Jednakże obydwa z powyższych podzbiorów zachowań zakładają kontakt fizyczny zarówno bezpośredni, jak i pośredni (np. za pomocą przedmiotów umieszczonych w odbycie) ofiary ze sprawcą. Nie wolno zapominać, iż w zakresie czynności seksualnych znajduje się trzecia grupa zachowań, tj. czynność dobrowolnej masturbacji, niezależnie od sposobu jej wykonywania. Oczywiście na gruncie tzw. przestępstw seksualnych pozostaje ona poza zakresem zainteresowania prawa karnego, ale jej przynależność do zachowań ujętych zakresem znamienia „czynności seksualne” nie budzi żadnych wątpliwości. Wynika to zarówno z funkcji gwarancyjnej prawa karnego, jak i wykładni funkcjonalnej, gdyż służy ona zaspokojeniu popędu seksualnego.

Powyższa uchwała SN stanowi punkt wyjściowy dla wielu wypowiedzi w literaturze w przedmiocie wyznaczenia zakresu znamienia „inna czynność seksualna”, ale nie był jedynym orzeczeniem, poruszającym niniejsze zagadnienie. SN w wyroku z 18 lipca 2007 r. (WA 28/07) przyjął pogląd, iż wykonanie czynności seksualnej przez osobę pokrzywdzoną w ramach przepisów *Rozdziału XXV k.k.* sprowadza się m.in. do obnażania się, onanizowania się lub onanizowania uczestnika takiej czynności, dotykania narządów płciowych sprawcy lub wykonania innych cielesnych manipulacji seksualnych<sup>372</sup>. Twierdzenie idące w tym samym kierunku zostało wyrażone również w uprzednio przywołanym wyroku SA w Katowicach z 2 czerwca 2011 r. (II AKa 142/11)<sup>373</sup>. We wskazanym rozstrzygnięciu Sąd orzekł: „(...) Czynnością seksualną jest dotykanie narządów płciowych lub odbytu ofiary (który sprawca może

---

<sup>371</sup> *Ibidem*.

<sup>372</sup> Wyrok SN z 18.07.2007 r., WA 28/07, LEX Nr 637501. Tak też: J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 646.

<sup>373</sup> Wyrok SA w Katowicach z 02.06.2011 r., II AKa 142/11, LEX Nr 1001359.

traktować jako narząd płciowy), wprowadzanie tam różnych przedmiotów, dotykanie narządami płciowymi wymienionych lub innych części ciała ofiary, zmuszanie jej do dokonania masturbacji sprawcy albo do wykonania na sobie takiej czynności (...) <sup>374</sup>. Podobne podejście do problemu zaprezentował SA w Krakowie w wyroku (II Akr 50/93), gdzie sprawca dopuścił się dotykania piersi pokrzywdzonej <sup>375</sup>. Co do egzemplifikacji znamienia „inna czynność seksualna” wyrażonych w powyższych rozstrzygnięciach poprzez wskazanie określonych zachowań po stronie sprawcy, można byłoby się zgodzić, z wyjątkiem wprowadzania różnych przedmiotów do narządów płciowych lub odbytu ofiary, gdyż czynności te należy traktować jako surogaty obcowania płciowego, co zostało zaznaczone we wcześniejszych fragmentach niniejszego rozdziału.

Również dotykanie przez sprawcę narządów płciowych i piersi osoby pokrzywdzonej przysporzyło kwestii do rozważań w dyskursie doktryny. M. Wrześniowski przyjmuje w tej kwestii, że zetknięcie odczuwalne przez naturalne receptory, (bez względu na to, czy spowodowane jest bezpośrednim kontaktem z ciałem, czy wynika z odczucia pośredniego, np. w wyniku dotknięcia przez odzież) stanowi przejaw innej czynności seksualnej <sup>376</sup>. Tak sformułowany wniosek umożliwia zapewnienie należytej ochrony dla dóbr człowieka chronionych prawem, aczkolwiek do oceny tego rodzaju zachowania należy podchodzić w sposób ostrożny i w ramach niej nie można pomijać motywacji oraz całokształtu zachowania sprawcy. Ponadto każdy przypadek należy rozpatrywać *in concreto*, by zapobiec ryzyku nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności karnej sprawcy, co ma kluczowe znaczenia w kontekście prawidłowego wypełnienia założeń funkcji gwarancyjnej prawa karnego.

W tym miejscu wypada wspomnieć, że w ramach kryminalizowanych na gruncie *XXV Rozdziału k.k.* zachowań sprawcy związanych z czynnością seksualną, można wyróżnić doprowadzenie osoby do poddania jej takiej czynności lub wykonanie czynności seksualnej. Wykonanie czynności seksualnej polega na zmuszeniu ofiary do konkretnej aktywności w ramach sfer intymnych, której przedmiotem może być ciało sprawcy lub ciało samej ofiary <sup>377</sup>. Wykonanie tego rodzaju czynności (różnej od obcowania płciowego) to m.in. obnażanie się, masturbacja, odbycie stosunku ze

---

<sup>374</sup> *Ibidem*.

<sup>375</sup> Wyrok SA w Krakowie z 22.06.1993 r., LEX Nr 27985.

<sup>376</sup> M. Wrześniowski, *op. cit.*, s. 44. Por. M. Filar, *W sprawie reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych*, PiP 1991, z. 7, s. 80 i n., R. Góral, *op. cit.*, s. 269, J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 646, J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 646.

<sup>377</sup> Patrz: M. Bielski, *op. cit.*, s. 228.

zwierzęciem lub martwą osobą. W podanych przykładach ofiara nie dotyka sprawcy, a sprawca nie dotyka ofiary. Zdaniem M. Bielskiego wystarczające jest cielesne, o charakterze seksualnym zaangażowanie ofiary, np. zmuszanie jej do dotykania się w okolicach sfer intymnych<sup>378</sup>. Co więcej, w ramach wykonania tego rodzaju czynności należy wskazać dotykanie narządów sprawcy przez pokrzywdzonego. Według J. Warylewskiego ocena aktywności w postaci zmuszania do samogwałtu jako pozostającej poza znamieniem art. 197 § 2 k.k. stanowi przejaw wykładni *contra legem*<sup>379</sup>. T. Stępień oraz K. Stępień odwołują się do wykładni historycznej, a także celowościowej, stwierdzając przy tym, że taka interpretacja analizowanego znamienia zapobiega określeniu zbyt szerokiego zakresu penalizacji względem przestępstwa zgwałcenia<sup>380</sup>.

Powyższe konstatacje w przedmiocie kwalifikacji lub wykluczenia określonych typów zachowań z zakresu znamienia „inna czynność seksualna” uwidaczniają jego rozległość. Podczas próby kwalifikacji określonego zachowania jako inną czynność seksualną, może pojawić się problem oddzielenia zachowań godzących w godność jednostki a mających postać molestowania seksualnego, od innej czynności seksualnej<sup>381</sup>. Uwagi przedstawione powyżej wskazują na „otwartość” w kontekście przymiotu wyróżniającego znamię „inne czynności seksualne”. W konsekwencji nie ulega ono pełnej obiektywizacji, przy wykorzystaniu kryteriów czysto biologicznych lub fizjologicznych. Dlatego, z uwagi na przepisy k.k., oceny kulturowe mogą mieć decydujące znaczenie dla uznania określonego zachowania za czynność seksualną<sup>382</sup>. Obiekcje co do sposobu nakreślenia problemu wyraża również B. Kurzępa<sup>383</sup>. Zaznacza przy tym, że w ocenie stanu faktycznego nie można kierować się jedynie subiektywnymi odczuciami pokrzywdzonego. Zanim postawi się sprawcę w stan oskarżenia, należy działać „(...) ze zdrowym rozsądkiem i elementarnym poczuciem sprawiedliwości”<sup>384</sup>.

---

<sup>378</sup> J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, op. cit., s. 647.

<sup>379</sup> *Ibidem*.

<sup>380</sup> T. Stępień, K. Stępień, *Przestępstwo zgwałcenia*, Wydawnictwo Sto, Warszawa 2010, s. 13. Por. J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, op. cit., s. 647.

<sup>381</sup> Więcej na ten temat: B. Kurzępa, op. cit., s. 64. Co prawda B. Kurzępa, jako przykład problemu wyznaczenia granic przywołuje regulacje zawarte w art. 191 § 1 k.k., art. 216 § 1 k.k., art. 217 § 1 k.k., a art. 197 § 2 k.k., lecz problem dotyczy także rozróżnienia w odniesieniu do normy z art. 191a k.k.

<sup>382</sup> Patrz: M. Rodzyńkiewicz, op. cit., s. 512. Tak też: J. Piórkowska-Flieger, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 566. Por. J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, op. cit., s. 647, M. Budyn-Kulik, *Inna...*, op. cit., s. 139.

<sup>383</sup> Patrz: B. Kurzępa, op. cit., s. 65.

<sup>384</sup> *Ibidem*, s. 66.



Przyjmując przedstawione rozumowanie, można zadać pytanie, czy jest możliwym oderwanie z kontekstu kulturowego kierowanie się wymienionym zdrowym rozsądkiem oraz poczuciem sprawiedliwości. Innymi słowy, czy powyższe przymioty nie są w gruncie rzeczy w pewnym stopniu ukształtowane przez kulturowy kontekst. Jednakże można w pełni przyznać słuszność konstatacji, według której niedopuszczalna jest sytuacja, gdy w opinii pewnej części społeczeństwa, a szczególnie dla pokrzywdzonego czyn wyróżnia oczywiście seksualne zabarwienie, a w odczuciu wąskiego kręgu zainteresowanych (zwłaszcza sprawcy, jego otoczenia) zachowanie było pozbawione takiego przymiotu<sup>385</sup>, gdyż wydaje się, iż kryterium obyczajowe może znaleźć zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy dane zachowanie istnieje w powszechnej świadomości społecznej jako pewna norma obyczajowa, bowiem odmienne założenie pozostaje w sprzeczności z funkcją gwarancyjną prawa karnego.

Założenie, iż czynności mieszczące się w zakresie znamienia „inna czynność seksualna” muszą wyróżniać się seksualnym charakterem z uwagi na kontekst kulturowy powoduje, iż zachowania te mogą zostać poczytane za formę zaspokojenia lub stymulowania naturalnego u człowieka popędu płciowego. Sfery intymne ludzkiego ciała, których zaangażowanie powinno wystąpić w czasie czynności seksualnej to sfery waginalne, sfery genitalne, sfery analne lub kobiece piersi. Wymienione sfery stanowią stymulatory seksualne, nawet jeżeli nie są one predestynowane do kontaktów płciowych z uwagi na fizjologiczny aspekt. Ponadto właściwa ocena okoliczności faktycznych może być dokonana tylko z uwzględnieniem kontekstu kulturowego dla określonego zachowania<sup>386</sup>. Argumenty M. Bielskiego doprowadziły do konstatacji, iż zbiór czynności seksualnych nie ma charakteru zamkniętego<sup>387</sup>. Zważywszy, iż autor ten dopuszcza uwzględnienie ocen kulturowych jako kryterium oceniające czy określone zachowanie spełnia warunki pojęcia „czynność seksualna”, założenie to wydaje się słuszne. Ponadto umożliwia ono zachowanie stałości prawa, stanowiąc „zapórę” przed nadmiernymi i w gruncie rzeczy nieefektywnymi nowelizacjami w ramach karnoprawnego porządku.

Przy precyzowaniu zakresu zachowań, które mieszczą się w ramach pojęcia „inna czynność seksualna”, nie należy kierować się jedynie wykładnią gramatyczną. Powinno się mieć również wzgląd na *ratio legis* określonego zakazu, dobra prawne stanowiące

---

<sup>385</sup> Więcej na ten temat: M. Wrześniewski, *op. cit.*, s. 44.

<sup>386</sup> Więcej na ten temat: M. Bielski, *op. cit.*, s. 227.

<sup>387</sup> *Ibidem*, s. 228.

jego przedmiot ochrony oraz umiejscowienie w kontekście systematyki k.k.<sup>388</sup>. Względy celowościowe przemawiają za stosowaniem wąskiej wykładni znamienia „inne czynności seksualne”, gdyż istnieje pewna grupa zachowań, którym może towarzyszyć podtekst seksualny, aczkolwiek jednocześnie ich charakter sprawia, że nie naruszają one wolności seksualnej, np. pocałunek<sup>389</sup>. Za wyznacznik ciężaru naruszenia tej sfery życia w przypadku analizowanego terminu można uznać zaangażowanie intymnych sfer ciała sprawcy lub ofiary w czynność seksualną. W następstwie za oczywiście zbyt daleko idący należy uznać pogląd, wedle którego wspomniany pocałunek, akt ekshibicjonistyczny oraz nieprzyzwoity gest lub słowo stanowią przejaw czynności seksualnej, jak i również chwycenie za łydkę lub udo<sup>390</sup>. Natomiast M. Bielski dostrzega trudność w ocenie, czy określone zachowanie mieści się w zespole desygnatów pojęcia „inna czynność seksualna” względem dotykania sfer erogennych przez ubranie lub przypadków parafilii seksualnej w postaci ocieractwa (*frotteurizm*), które niewątpliwie stanowią w ocenie społecznej czynności o charakterze seksualnym<sup>391</sup>. Wydaje się, iż owa trudność zawiera się w „dualnym” charakterze wyżej wymienionych zachowań. Autor poglądu ocenia, że ich treść przesądza, iż są one atakiem na wolność seksualną, jednak z drugiej strony „(...) trudne do przyjęcia byłoby zrównanie ich z wyżej wskazanymi typowymi przykładami innych >>czynności seksualnych<<”<sup>392</sup>. Wobec tak ukształtowanej konstatacji wydaje się, iż pada trafna propozycja, aby skorzystać z klauzuli znikomej szkodliwości społecznej czynu (oczywiście, jeżeli jest to zasadne). Zatem z uwagi na całokształt okoliczności należy oceniać, czy określona czynność stanowi znamię „inna czynność seksualna” w rozumieniu k.k. Dopiero wówczas można podjąć się oceny stopnia karygodności danego czynu, a w dalszej kolejności rozważyć sięgnięcie do wspomnianej klauzuli. Również w ramach oceny, czy dane zachowanie stanowi przejaw innej czynności seksualnej należy uwzględnić, czy charakter zaangażowania sprawcy można określić mianem seksualnego. Nie sposób bowiem poczytać za desygnat pojęcia „inna czynność seksualna” przypadkowego uderzenia w okolice narządów płciowych, ale wywołanego agresją i chęcią zadania bólu. Tak samo należy potraktować przypadek

---

<sup>388</sup> Patrz: J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 646.

<sup>389</sup> Tak też: M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.* s. 513, M. Bielski, *op. cit.*, s. 227.

<sup>390</sup> Tak też: J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 647, M. Bielski, *op. cit.*, s. 228-229, M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5..., *op. cit.*, s. 1214. Por. J. Leszczyński, *O projektach reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych*, PiP 1992 z. 2, s. 81.

<sup>391</sup> M. Bielski, *op. cit.*, s. 229.

<sup>392</sup> *Ibidem*.

uderzenia w pośladki w celu dodania otuchy lub ponaglenia innej osoby<sup>393</sup>. W powiązaniu z powyższym zagadnieniem pozostaje znaczenie zaspokojenia popędu płciowego sprawcy jako składnika znamienia „inne czynności seksualne”. I tak, wedle postanowienia SN z 9 kwietnia 2001 r. (II KKN 349/98), dla dokonania przestępstwa zgwałcenia nie ma znaczenia, czy sprawca dążył do zaspokojenia swojego popędu płciowego<sup>394</sup>. Zatem ocena wyczerpania znamion nie jest zależna od celu, dla którego działał sprawca, a od faktu dopuszczenia się przez niego zamachu na wolność seksualną osoby pokrzywdzonej<sup>395</sup>. Natomiast, w wyroku SN z 26 października 2001 r. (WA 25/01) stwierdzono, iż nie każda czynność, która wiąże się z ingerencją w narządy płciowe, dokonana dzięki użyciu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępem, skutkuje odpowiedzialnością karną na podstawie art. 197 § 2 k.k.<sup>396</sup>. Warunkiem, który przesądza o zaistnieniu wymienionego przestępstwa jest „seksualny” charakter zachowania sprawcy. Innymi słowy, owo zachowanie powinno wiązać się z jakąś formą zaspokojenia lub pobudzenia popędu płciowego<sup>397</sup>. Wydaje się, iż powyższe rozstrzygnięcie jest błędne, bowiem zachowanie sprawców wyróżniało się infamującym charakterem względem pokrzywdzonego. Przede wszystkim, można przypuszczać, że motywami, którymi kierowali się sprawcy podczas dokonywania czynu, zawierają się w próbie naruszenia godności oraz wolności od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności ofiary. Dlatego zachowanie sprawców nie może być zaszeregowane jako godzące w wolność seksualną. Należy uwzględnić całokształt okoliczności towarzyszących niniejszemu stanowi faktycznemu. Natomiast sąd potraktował zachowanie sprawców w sposób wybiórczy, oddzielając go od kontekstu zdarzenia. Jednakże fakt dążenia sprawcy do pobudzenia seksualnego lub do zaspokojenia seksualnego nie może stanowić wskazówki dla kwalifikacji określonego zachowania do kategorii zachowań objętych znamieniem „inna czynność seksualna”, gdyż motywacja sprawcy należy do strony podmiotowej przestępstwa, zaś analizowane znamię – do przedmiotowej. Oczywiście w ramach *XXV Rozdziału k.k.* okoliczność, iż konkretne zachowanie zagraża lub narusza wolność seksualną może być zastosowane jako

---

<sup>393</sup> Tak też: M. Wrześniewski, *op. cit.*, s. 44.

<sup>394</sup> Postanowienie SN z 09.04.2001 r., II KKN 349/98, OSNKW 2001, Nr 7-8, poz. 53. Tak też: B. Kurzępa, *op. cit.*, s. 67.

<sup>395</sup> *Ibidem*.

<sup>396</sup> Wyrok SN z 26.10.2001 r., WA 25/01, OSNKW, Nr 1-2, poz. 6. Tak też: Wyrok SA w Krakowie z 14.02.2007 r., II Aka 209/06, LEX Nr 269347, Postanowienie SN z 23.07.2015 r., II KK 194/15, LEX Nr 1778872. Por. J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 647.

<sup>397</sup> *Ibidem*.

kryterium wyznaczające ramy wspomnianego znamienia, acz przy jednoczesnym założeniu, że ustalony jest zakres znamienia „obcowanie płciowe”. Jednakże powyższa propozycja nie będzie efektywna dla wyznaczenia zakresu pojęcia „czynność seksualna” na gruncie art. 191a § 1 k.k., gdyż nie każda (a nawet większość z nich) nie będzie wykonana w warunkach bezprawności. Jedynie częściowo pomocnym może okazać się pytanie, czy gdyby określonymu zachowaniu towarzyszyły warunki bezprawności, to zostałyby zagrożona lub naruszona wolność seksualna. Niestety to kryterium nie może być traktowane jako bezwzględnie statuujące czyn jako czynność seksualną. Najprostszy przykład zachowania, który w powszechnej świadomości (nie tylko na gruncie prawnym) funkcjonuje jako czynność seksualna, a nie jest uwzględniony powyższym kryterium, stanowi akt masturbacji, gdyż brak jest podmiotu przestępstwa, jak i również zespołu znamion kształtujących określoną normę na gruncie karnoprawnego porządku, a więc z istoty nie będzie popełniony w warunkach bezprawności. Dlatego, możliwe jest uwzględnienie motywacji, która kierowała osobą do podjęcia określonego zachowania oraz powszechnie panujące normy obyczajowe w danym społeczeństwie, aczkolwiek co wypada dobitnie podkreślić, żadne z przywołanych kryteriów nie ma charakteru bezwzględnie warunkującego zakres terminu „czynność seksualna”. Fakt ten pozostaje w powiązaniu z najważniejszym wnioskiem, iż powyższe pojęcie nie może być postrzegane jako zamknięty katalog określonych typów zachowań. Sfera ludzkiej seksualności stale podlega ewolucji, np. w związku z zachodzącym postępem technologicznym. W następstwie wyznaczenie „sztywnego” zakresu dla niniejszego znamienia wydaje się przeczyć zasadom wykładni celowościowej, choć również powstaje trudne i odpowiedzialne zadanie dla sędziego, aby właściwie ocenić stan faktyczny *in concreto*, nie dopuszczając do ekstensywnej wykładni pojęcia.

Jako kwestię wartą rozważenia należy wskazać relację zachodzącą między zachowaniem w postaci obcowania płciowego a innej czynności seksualnej. Otóż cenna wskazówka dla dokonania analizy tego rodzaju znalazła się w wyroku SA w Katowicach z 28 marca 2018 r. (II AKa 91/18)<sup>398</sup>. Wyłączając wyjątkowe sytuacje, „inne czynności seksualne” z art. 197 § 2 k.k. stanowią immanentny element stosunków seksualnych i ich surogatów, w czasie których dochodzi do obcowania seksualnego. Jeżeli ono zachodzi, wówczas zwykle towarzyszą mu inne czynności seksualne (art. 197 § 2 k.k.). Nie wystąpi kwalifikacja o kumulatywnym charakterze

---

<sup>398</sup> Wyrok SA w Katowicach z 28.03.2018 r., II AKa 91/18, LEX Nr 2490246.

z art. 197 § 1 k.k. i art. 197 § 2 k.k., gdy sprawca, grożąc bezprawnie i stosując przemoc, wykonuje wobec swojej ofiary inne czynności seksualne, których celem jest doprowadzenie do obcowania płciowego<sup>399</sup>. Ze względu na konsumpcję poszczególnych czynów (w kontekście gradacji ich karygodności) przedstawiony wniosek należy uznać za w pełni uzasadniony. W zakresie analizowanego terminu będą mieściły się zachowania, które wyróżnia niższy stopień szkodliwości społecznej czynu (a zatem potencjalnie i dolegliwości dla pokrzywdzonego), aniżeli w przypadku obcowania płciowego i jego surogatów.

Po przeanalizowaniu poglądów doktryny oraz orzecznictwa w przedmiocie zakresów, a co za tym idzie również płaszczyzn pojęć „obcowanie płciowe” oraz „inna czynność seksualna” na pierwszy plan wysuwają się przede wszystkim rozbieżności, co do rozumienia obydwu terminów. Wydaje się prawdopodobnym, iż ich ramy mogą nigdy nie ulec jednoznaczemu doprecyzowaniu, acz nie należy tego postrzegać jako mankament, gdyż przymiot elastyczności, cechujący określone pojęcie pozwala na ich pełniejsze dostosowanie na etapie subsumpcji prawa, z uwzględnieniem całokształtu okoliczności faktycznych. Tym bardziej, iż zestawione razem rezultaty wykładni kreują ujednoczone rozumienie dla „standardowych” przypadków poszczególnych zachowań sprawcy. Ponadto warto zauważyć, że „przedpole” dla wyznaczenia zakresu każdego z dwóch wymienionych terminów stanowi wyrażenie „czynność seksualna”. Natomiast, można przypuszczać, z uwagi na zaprezentowane koncepcje, że kwalifikacja określonego czynu jako jednego ze znamion następuje najczęściej na podstawie kryterium biologicznego. Co wydaje się słusznym wyborem, gdyż specyfika wszystkich wspomnianych znamion (w tym również „czynności seksualnej”) sprawia, iż fizjologiczny charakter zachowania immanentnie przesądza o zrealizowaniu przesłanek dla określonego pojęcia.

Scharakteryzowanie obydwu znamion (tj. „obcowanie płciowe” oraz „inna czynność seksualna”) służyło przede wszystkim przybliżeniu kształtu zbiorczego pojęcia – „czynność seksualna”. Wydaje się, iż wyznaczając jego granice, nie sposób pominąć kontekstu obyczajowego, w którym osadzony jest czyn dokonany przez sprawcę. Określenie „kontekst obyczajowy” jest w mniejszym stopniu nacechowane ocennie, aniżeli sformułowanie „oceny kulturowe”, które jest wykorzystywane w dyskursie naukowym (istota sprowadza się do odjęcia przymiotu „ocenneści” w procesie

---

<sup>399</sup> *Ibidem.*

weryfikacji określonego zachowania jako znamienia przestępstwa)<sup>400</sup>. Ponadto wydaje się, że jest właściwszym kryterium predestynującym do wyznaczenia seksualnego charakteru określonego zachowania. Jednak, ponieważ jednostka funkcjonuje w społeczeństwie, jej życie płciowe jest zdeterminowane (w różnym stopniu) przez normy społeczno-obyczajowe, np. przez zasady, które ma wpajane w trakcie wychowania czy dorastania. Dlatego, należy się zastanowić, czy wspomniany kontekst stanowi kryterium warunkujące (co najmniej pośrednio) o tym, czy dane zachowanie nadaje się do wpisania w zakres desygnatów terminu „czynność seksualna”. O potrzebie uwzględnienia tego wymogu może przesądzać wydzźwięk regulacji zawartej w art. 191a k.k., pod której „patronatem” znajduje się wolność od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności jednostki. Z kolei zakres sfery intymnej jest uwarunkowany m.in. przez sposób budowania relacji jednostki z innymi osobami<sup>401</sup>. Jednakże należy dobitnie podkreślić, że kontekst obyczajowy może stanowić jedynie kryterium o charakterze subsydiarnym, nigdy samodzielny. Ponadto musi ono odnosić się do norm obyczajowych powszechnie akceptowanych w społeczeństwie. Np. przywołany wcześniej przypadek czynności uderzenia w pośladki jako sposobu na ponaglenie kogoś ma charakter umowny, wyznaczony pośrednio przez normę obyczajową dotyczącą tego gestu. Oczywiście kryterium to może zostać „zrealizowane” dopiero na poziomie stosowania prawa. W dodatku nie można zapominać, że sędzia jest zobowiązany do rozpatrywania całokształtu okoliczności występujących w określonej sprawie na podstawie zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego.

Natomiast, rodzaj dobra prawnego (wolność seksualna lub obyczajność), które staje się przedmiotem zamachu sprawcy, mógłby ewentualnie przesądzać o charakterze określonej czynności w nielicznych przypadkach. Otóż, aby dobro stało się celem zamachu muszą być spełnione wszystkie przesłanki, dla dokonania określonego czynu. Z kolei zachowanie w postaci czynności seksualnej (zarówno desygnaty pojęcia „obcowanie płciowe, jak i „inna czynność seksualna”) bez wystąpienia pozostałych okoliczności jest prawnie irrelevantne na gruncie karnoprawnego porządku, gdyż

---

<sup>400</sup> Patrz: M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 512, J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 649, M. Bielski, *Wykładnia znamion obcowanie płciowe i inna czynność seksualna w doktrynie i orzecznictwie*, CZPKiNP 2008, z. 1, s. 211-229.

<sup>401</sup> Patrz: A. Kopff, *op. cit.*, s. 3 i n.

stanowi jedynie sposób działania osoby lub sprawcy (niezależny od realizacji pozostałych znamion).

Co więcej, potencjalna motywacja sprawcy w postaci próby wywołania podniecenia lub zaspokojenia popędu seksualnego, powinna pozostać poza zakresem oceny, gdyż pobudki, którymi kieruje się sprawca podejmując określone zachowanie należy do elementów strony podmiotowej. Z kolei zachowanie realizujące znamię czynność seksualną jest składnikiem strony przedmiotowej przestępstwa. W rezultacie motywacji sprawcy przy popełnieniu czynu nie będą miały warunkującego charakteru z uwagi na przypisanie odpowiednich desygnatów pojęciu „czynność seksualna”.

Można przypuszczać, iż sięgnięcie również do kontekstu sytuacyjnego jako potencjalnego, uzupełniającego weryfikatora charakteru czynności sprawcy (czy jest ona „seksualna”) jest słusznym rozwiązaniem, gdyż znamię „czynność seksualna” cechuje pewien stopień niedookreślenia celem potencjalnego dostosowania go do całokształtu okoliczności faktycznych.

Podsumowując rozważania na temat zakresu znamienia „czynność seksualna”, wypada podkreślić, iż jego zakres pozostaje otwarty i może ulegać ewolucji, chociażby ze względu na zmiany norm powszechnie obowiązujących w społeczeństwie. Poza tym należy pamiętać, iż mieszczą się w nim zarówno zachowania odpowiadające obcowaniu płciowemu, jak i innej czynności seksualnej, a także również inne zachowania związane z szeroko rozumianym życiem seksualnym człowieka, które polegają na kontakcie fizycznym (choćby z własnym ciałem) osoby uczestniczącej lub wykonującej określoną czynność (np. czynność masturbacji). Wypada podkreślić, iż czyn w ramach znamienia „czynność seksualna” nie musi być ukierunkowany na naruszenie wolności seksualnej. Może być z punktu karnoprawnej oceny irrelevantny. Pierwszeństwo, w kontekście środków służących do analizy określonego czynu, należy przyznać kryterium fizjologicznemu. Jeżeli okaże się on niewystarczający, wówczas można subsydiarnie sięgnąć do znaczenia kontekstu obyczajowego bądź kontekstu sytuacyjnego.

### **2.2.3 Znamię „rozpowszechnianie”**

Drugim rodzajem czynności sprawcy w przedmiocie wizerunku, uwzględnionym w art. 191a §1 k.k. jest jego rozpowszechnianie. W słowniku języka polskiego pojęcie to zostało zdefiniowane jako „(...) uczynić (czyścić) coś ogólnie znanym, wiadomym;

rozgłosić (rozgłaszać), upowszechnić (upowszechnić)<sup>402</sup>. Chociaż zespół desygnatów tego pojęcia wyznaczony na gruncie art. 191a § 1 k.k. nie jest paralelny względem zakresu tego terminu w kontekście języka potocznego, to jednak porównując go w obydwu płaszczyznach, trzeba przyznać, że jego istota na poziomie ogólnym pozostaje ukształtowana tożsamo. Różnice pojawiają się dopiero na etapie dookreślenia tego pojęcia dla potrzeb efektywnej realizacji analizowanego przepisu prawa.

Chociaż charakteryzowane znamię czynnościowe występuje na gruncie prawa karnego od wielu dekad, nadal jego interpretacja, zarówno w literaturze, jak i w judykaturze tylko pozornie pozostaje jednolita. Niezmiennie w ramach problemu istnieją zagadnienia, które stanowią przedmiot rozdzwiewu w ramach poszczególnych poglądów. Nie ulega wątpliwości, iż istota analizowanej czynności sprowadza się do zachowania, umożliwiającego potencjalne zapoznanie się z określoną treścią przez osoby trzecie. Pierwsza z rozważanych kwestii w ramach desygnatów pojęcia „rozpowszechnić” jest związana z jego przejawami, a zatem aktywnością, które musi podjąć sprawca, aby nastąpiło rozpowszechnienie określonej treści. W tej kwestii wypowiedział się S. Hyps, który stwierdził, iż „(...) bez znaczenia jest, czy sprawca rozpowszechniany wizerunek utrwalił przy użyciu przemocy, groźby lub podstępu czy też bez stosowania wobec ofiary takich środków. Istotne jest tylko to, że uczynił to bez jej zgody<sup>403</sup>. Z przytoczonego fragmentu wynika, iż przedstawiciel doktryny uważa, że utrwalenie wizerunku przez sprawcę stanowi wymóg uznania realizacji jednego ze znamion art. 191a § 1 k.k. – „rozpowszechniania”. Jednakże późniejszy wywód pozwala przypuszczać, iż powstałe twierdzenie jest rezultatem niezachowania dostatecznej precyzji ze strony autora poglądu, jednak należy podkreślić, że bez znaczenia jest dla realizacji znamion typu czynu zabronionego w wariantcie rozpowszechniania czy czynność podejmuje autor utrwalenia, czy inna osoba.

Poza tym warto dodać, iż jeżeli doszło do rozpowszechnienia wizerunku i wypełnienia kompletu znamion w ramach art. 191a § 1 k.k., to z punktu karnoprawnej oceny irrelevantny pozostaje fakt czy utrwalenie wizerunku odbyło się w warunkach bezprawności, jak i również czy pokrzywdzony wyraził zgodę na utrwalenie wizerunku w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej, gdyż okoliczność ta pozostaje

---

<sup>402</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. T-Ż, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s.1050.

<sup>403</sup> S. Hyps, *Rozdział XXIII. Przewstępstwa przeciwko wolności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2017..., *op. cit.*, s. 924.



neutralna w kontekście kryminalizacji zachowania. Innymi słowy, przedmiotem rozpowszechnienia może być także wizerunek, który nie został utrwalony w okolicznościach ujętych w art. 191a § 1 k.k.<sup>404</sup>.

Kolejny problem natury interpretacyjnej dotyczy, czy jako rozpowszechnianie należy pożytywać możliwość uzyskania swobodnego dostępu do treści przez nieograniczony krąg adresatów, czy o kwalifikacji danego zachowania jako rozpowszechnianie determinuje oznaczony krąg odbiorców. Innymi słowy, chodzi o sytuację, gdy określony lub nieokreślony krąg odbiorców będzie mógł się zapoznać z danymi treściami bez potrzeby stosowania specjalnych zabiegów, służących zapewnieniu dostępu (do wspomnianych treści)<sup>405</sup>. Natomiast najczęściej prezentowany pogląd w literaturze przedmiotu sprowadza czynność rozpowszechniania do czynienia określonego wizerunku powszechnie dostępnym lub stworzenia możliwości publicznego dostępu. Nie musi być ona połączona z publiczną prezentacją lub pokazem treści<sup>406</sup>. Z kolei zdaniem M. Berenta oraz M. Filara, termin ten jest zbliżony treścią do publicznego prezentowania. Sprowadza się on do udostępniania, upowszechniania, uczynienia powszechnie dostępnym i wiadomym bliżej nieokreślonej, anonimowej grupie osób<sup>407</sup>. Nadając powyższą treść analizowanemu pojęciu, nasuwa się wątpliwość co do takiego sformułowania. O ile uczynienie powszechnie dostępnym dla bliżej nieokreślonego, anonimowego kręgu odbiorców, wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej może obejmować nawet niewielkich rozmiarów wystawę czy aranżację, wystarczy by była ona ogólnodostępna, o tyle uczynienie wizerunku powszechnie wiadomym wydaje się, że dotyczy większego zbioru adresatów. Przymiot „powszechnie wiadomy” w literalnym aspekcie sugeruje dotarcie informacji o istnieniu utrwalenia wizerunku do powszechnej świadomości. Wydaje się, że powzięcie wiadomości przez kilka „bliżej nieokreślonych, anonimowych” osób może nie spełnić

---

<sup>404</sup> Tak też: J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 230, M. Mozgawa, *Rozdział XXIII...*, *op. cit.*, s. 529.

<sup>405</sup> Więcej na ten temat: M. Bielski, *202 k.k. Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 832.

<sup>406</sup> Patrz: M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 610, M. Bielski, *Art. 202 k.k. Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 833, M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 574, J. Lachowski, *op. cit.*, s. 875. Tak też: Wyrok SN z 16.02.1987 r., WR 28/87, OSNKW 1987, Nr 9-10, poz. 85, J. Warylewski, *Art. 202. Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s.1288.

<sup>407</sup> Patrz: M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5..., *op. cit.*, s. 1258.

tak zdefiniowanego kryterium. Dlatego, druga kwestia dotyczy trudności, jakie mogą powstać w związku z dookreśleniem, jaka liczba poinformowanych ludzi, jest niezbędna do realizacji wymogu powzięcia „powszechnej wiadomości” o wizerunku. Do powyższego nurtu nawiązuje zdanie M. Bielskiego: „Wykluczone jest natomiast przyjęcie, że doszło do realizacji znamienia czasownikowego >>rozpowszechnić<< w sytuacji, w której sprawca z góry zakłada udostępnianie treści ściśle zindywidualizowanym osobom, z założeniem, że treść ta nie będzie udostępniana innym osobom”<sup>408</sup>. Zacytowany pogląd, przeniesiony na grunt regulacji art. 191a § 1 k.k. nasuwa pewne wątpliwości. Mianowicie, nietrudno wyobrazić sobie sytuację, gdy inna osoba przesyła przykładowo wykorzystując adres e-mail utrwalenie wizerunku nagiej osoby do jej pracodawcy, celem skompromitowania jej w jego oczach. Przyjmując założenie poczynione przez M. Bielskiego<sup>409</sup>, opisane zachowanie nie powodowałoby odpowiedzialności sprawcy w ramach karnoprawnego porządku. Z drugiej strony w przypadku wymienionego przepisu prawa czynność rozpowszechniania pozostaje w koherencji z wymogiem wyrażenia zgody przez osobę, której wizerunek jest utrwalony. Z tej racji dysponent dobrem zakresem udzielonej zgody może kształtować skład grupy odbiorców własnego wizerunku. Jednakże nie można zapominać o strukturze przestępstwa. Znamień czynności prawnej należy do strony przedmiotowej, z kolei element zgody jest postrzegany (w zależności od rodzaju przestępstwa) jako wyłączający realizację znamion istoty czynu<sup>410</sup>. Wobec tego uprzednio należy poddać ocenie, czy zachowanie sprawcy realizuje znamień uwzględnione przez ustawodawcę w konkretnym przepisie. W tym przypadku, czy podjęte działanie może zostać uznane za przejaw rozpowszechniania. Dopiero, po stwierdzeniu, że znamień o charakterze czynnościowym zostało spełnione, można zbadać relację zachodzącą pomiędzy nim a zakresem ewentualnej zgody na rozpowszechnianie, wyrażonej przez dysponenta dobrem. W następstwie wykładnia celowościowej oraz względy kryminalno-polityczne przemawiają, aby na gruncie art. 191a § 1 k.k. uznać za rozpowszechnianie – udostępnienie treści nawet ściśle oznaczonym adresatom.

---

<sup>408</sup> M. Bielski, 202 *k.k. Rozdział XXIII. Przesłpstwa przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 833.

<sup>409</sup> Patrz: M. Bielski, 202 *k.k.*, *op. cit.*, s. 833.

<sup>410</sup> Patrz: Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, *Pr. i Prok.* 2008, Nr 5, s. 36-44.

Problem przymiotu powszechności w ramach rozpowszechniania określonych treści na gruncie k.k. nie tylko pozostawał w sferze akademickich rozważań, lecz został podniesiony również w wyroku SN z 1 września 2011 r. (V KK 43/11),<sup>411</sup> którego przedmiotem była ocena odpowiedzialności sprawcy w ramach rozpowszechniania pornografii dziecięcej, znalazło się stwierdzenie, że wobec przypisania odpowiedzialności karnej za rozpowszechnianie pornografii dziecięcej w Internecie, pozostaje bez znaczenia liczba osób, które zapoznały się z treścią, oraz to, czy można określić ją mianem znacznej<sup>412</sup>. Należy poprzeć treść niniejszego rozstrzygnięcia, gdyż szczególny charakter dobra wymaga zapewnienia możliwie jak najszerszej ochrony. Odmienne rozwiązanie przeczy funkcji ochronnej prawa karnego oraz zasadom wykładni celowościowej.

Ocena, co do zakresu kręgu odbiorców treści w przypadku czynności rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby, stała się także przedmiotem wyroku SR w Szczytnie z 16 października 2018 r. (II K 700/16)<sup>413</sup>. Oskarżonemu (ówczesny mąż pokrzywdzonej) został postawiony zarzut, że bez zgody kobiety okazał ich dziecku oraz wspólnej znajomej utrwalony na zdjęciach wizerunek pokrzywdzonej oraz film zawierający jej wizerunek w trakcie czynności seksualnej oraz przesłał za pomocą poczty elektronicznej te zdjęcia kobietom, z którymi nawiązał kontakt za pośrednictwem portalu randkowego. Swoje zachowanie oskarżony tłumaczył szokiem wobec postawy żony (kobieta przesyłała własny nagi wizerunek za pośrednictwem telefonu komórkowego obcym mężczyznom). Oskarżony okazując wspomniane fotografie chciał udowodnić osobom postronnym, że jego zapewnienia o zachowaniu małżonki są prawdziwe. Sąd stanął na stanowisku, iż czyn mężczyzny nie zrealizował znamion wymienionych w art. 191a k.k. W rozstrzygnięciu zostało podniesione, że tego rodzaju działanie nie jest rozpowszechnianiem, gdyż nie doszło do sytuacji, gdzie wizerunki były powszechnie dostępne w sposób, który umożliwiałby zapoznanie się z nimi nieograniczonej liczbie osób, nie miały do nich dostępu żadne nieznanne oskarżonemu, postronne osoby. Natomiast, kobiety, z którymi korespondował oskarżony za pośrednictwem portali randkowych, zaprzeczyły temu, iż oskarżony przesyłał im zdjęcia z wizerunkiem nagiej

---

<sup>411</sup> Wyrok SN z 01.09.2019 r., V KK 43/11, OSNKW 2011, Nr 11, poz. 100. Por. M. Bielski, *op. cit.*, s. 832. Wnioski wynikające z rozstrzygnięcia zawartego w niniejszym wyroku można odnieść do normy zawartej w art. 191a § 1 k.k.

<sup>412</sup> *Ibidem*.

<sup>413</sup> Wyrok SR w Szczytnie z 16.10.2018 r., II K 700/16, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/150515300001006\\_II\\_K\\_000700\\_2016\\_Uz\\_2018-10-16\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/150515300001006_II_K_000700_2016_Uz_2018-10-16_002), [dostęp: 30.04.2019].

kobiety. Ponadto zdaniem Sądu „(...) w okolicznościach sprawy, zachowania oskarżonego polegającego na okazaniu wskazanym osobom oraz oferowaniu znajomym i członkom rodziny do obejrzenia zdjęć i filmików z udziałem żony nie sposób rozpatrywać jako działania mającego na celu rozpowszechniania jej nagiego wizerunku. Jak wyżej wskazano, oskarżony po odkryciu, że jest przez żonę zdradzany (że nawiązała intymne, erotyczne relacje z obcymi mężczyznami), przeżył załamanie i jako zdradzony mąż żalił się znajomym i członkom rodziny – kręgowi ściśle określonych osób – na zachowanie żony (...)”<sup>414</sup>. Wydaje się, iż zaprezentowanemu rozstrzygnięciu można zarzucić, iż nie wynika z niego, aby w toku postępowania sądowego został powołany biegły z zakresu informatyki celem weryfikacji, czy faktycznie oskarżony nie dopuścił się rozpowszechnienia wizerunku pokrzywdzonej za pośrednictwem poczty elektronicznej. Poza tym Sąd podniósł ważną kwestię. Mianowicie, istotnym jest, czy udostępnienie wizerunku nastąpiło w sposób umożliwiający wtórne rozpowszechnienie<sup>415</sup>. Nie ulega wątpliwości, iż dla pokrzywdzonego może okazać się bardziej dolegliwy czyn w postaci rozpowszechniania kilku oznaczonym osobom za pośrednictwem narzędzi umożliwiających dalsze udostępnianie treści, aniżeli w przypadku okazania tego rodzaju utrwalenia kręgowi odbiorców, nieznanym pokrzywdzonemu. Jednak w opinii autorki niniejszego opracowania, należy zastanowić się nad trafnością uwarunkowania znamienia „rozpowszechnia” z art. 191a § 1 k.k. pod kątem powszechności działania sprawcy, ponieważ jak zostało wspomniane udostępnienie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej osobom, które znają pokrzywdzonego lub łączą je z nią powiązania (np. relacja pracodawca-pracownik czy kontrahenci) może również skutkować poważnymi następstwami dla ofiary. Ponadto wykładnia celowościowa przepisu art. 191a § 1 k.k. przemawia za możliwie najszerszym objęciem ochroną osoby pokrzywdzonej przestępstwem<sup>416</sup>. Dlatego, o rozpowszechnieniu bez zgody wyrażonej przez pokrzywdzonego można mówić w przypadku, gdy nawet jedna osoba uzyska możliwość zapoznania się z określoną treścią utrwalenia. Istotą problemu nie jest bowiem powszechność

---

<sup>414</sup> *Ibidem*.

<sup>415</sup> Por. J. Warylewski, *Art. 202. Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] R.A. Stefański (red.) ..., *op. cit.*, s. 1288.

<sup>416</sup> Tak też: R. Krajewski, *op. cit.*, s. 28, M. Bielski, 202 *k.k. Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności i obyczajności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 830. Obaj autorzy powołali się na zakaz wykładni w obrębie homonimicznej w o ramach relacji między pojęciami: „rozpowszechnia” (np. art. 191a k.k.) i „publicznie rozpowszechnia” (art. 241 k.k.).

rozpowszechnienia w szerokim rozumieniu a prawo osoby do wyznaczenia kręgu osób, które mogą zapoznać się z określonym wizerunkiem. Warto nadmienić, iż w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy wprowadzającej art. 191a k.k. do normatywnego karnoprawnego porządku, zostało podniesione, że „Kodeks karny w obowiązującym brzmieniu nie zawiera przepisów chroniących partnerów kontaktów seksualnych przed nadużyciem ich zaufania przez drugiego uczestnika tych kontaktów (...)”<sup>417</sup>. Skoro omawiany przepis prawa w założeniu służy ochronie zaufania uczestników kontaktów seksualnych, to wydaje się, iż czyn w postaci rozpowszechnienia wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, nawet w ramach ekskluzywnego kręgu odbiorców może skutkować nadużyciem zaufania. Co więcej, można wnioskować, iż ze względu na kontekst, użyte pojęcie „nadużycie zaufania” uwypukla znaczenie elementu wolicjonalnego (po stronie pokrzywdzonego), który występuje w strukturze charakteryzowanego przestępstwa. Mechanizm zaufania innemu człowiekowi pojawia się na skutek werbalnego lub niewerbalnego porozumienia między zainteresowanymi osobami. To porozumienie, natomiast stanowi pośrednio element zgody (w aspekcie art. 191a § 1 k.k.)<sup>418</sup>. Ponadto w tym samym projekcie, dla uargumentowania racji wprowadzenia art. 191a k.k. został opisany stan faktyczny, który stał się przedmiotem zawiadomienia w jednej z łódzkich prokuratur<sup>419</sup>. Po zakończeniu relacji, mężczyzna rozpowszechnił w Internecie film prezentujący przebieg zbliżeń z kobietą, z którą pozostawał w związku. Wizerunek pokrzywdzonej charakteryzował się identyfikowalnością, a sprawca o fakcie oraz miejscu umieszczenia materiałów poinformował jej grono znajomych<sup>420</sup>. Przyjmując słuszność poglądu, iż rozpowszechnienie wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej wśród zamkniętej grupy adresatów nie wypełnia znamion czynu z art. 191a § 1 k.k., odmawia się zapewnienia w karnoprawnej płaszczyźnie ochrony, osobie dotkniętej działaniem opisanym powyżej. Mimo, iż stanowi ono „wzorcowy” przykład przestępstwa popełnionego w ramach art. 191a § 1 k.k., gdyż służy jako ilustracja motywów wprowadzenia tego przepisu. Wydaje się, iż w zależności od okoliczności, działanie sprawcy może okazać się bardziej dolegliwym dla pokrzywdzonego, jeżeli jego wizerunek (z art. 191a § 1 k.k.) zostanie rozpowszechniony wśród rodziny lub

---

<sup>417</sup> *Uzasadnienie...*, *op. cit.*, s. 17.

<sup>418</sup> Więcej na ten temat: *Rozdział IV. Konstrukcja zgody na gruncie art. 191 § 1 k.k.*

<sup>419</sup> *Uzasadnienie...*, *op. cit.*, s. 18.

<sup>420</sup> *Ibidem.*

współpracowników, aniżeli wśród obcych jemu osobom. Co więcej, w podanym przypadku działanie sprawcy bez wątpienia wycelowane było w przedmiot ochrony wynikający z komentowanej normy prawnej (wolność od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności)<sup>421</sup>.

Odmienne od przywołanego uprzednio wyroku SR w Szczytnie z 16 października 2018 r. (II K 700/16)<sup>422</sup>, SR w Puławach w rozstrzygnięciu z 11 czerwca 2019 r. (II K 634/18) stwierdził, iż czyn w postaci okazania wizerunku nagiej kobiety oraz jej wizerunku w trakcie czynności seksualnej bez uzyskanej zgody, córce oraz matce kobiety wyczerpuje zespół znamion ujętych w art. 191a k.k.<sup>423</sup>. W tym samym orzeczeniu czyn w postaci umieszczenia tych treści na portalu internetowym, został oceniony przez sąd również jako przestępstwo z art. 191a k.k.<sup>424</sup>. Podobne stanowisko zajął SO w Warszawie w wyroku z 18 lipca 2019 r. (IX Ka 640/19)<sup>425</sup>. Sąd zmienił zaskarżony wyrok, a w konsekwencji ustalił, iż oskarżony dodatkowo rozpowszechnił wizerunek pokrzywdzonej bez zgody w trakcie odbywania stosunku seksualnego w formie zarejestrowanego nagrania na pendrive i przesłał go do męża i szwagra kobiety<sup>426</sup>. Przynajmniej treść niniejszych rozstrzygnięć zasługuje na aprobatę. Można przypuszczać, iż w powyższych przypadkach Sąd dostrzegł „wrażliwy” charakter okazania tego rodzaju obrazu osobom najbliższym pokrzywdzonej. Takie stanowisko wydaje się, że współbrzmi z wyżej zaprezentowaną argumentacją. Nie ulega wątpliwości, że wspomniane okoliczności będą miały wpływ na relacje między poszczególnymi członkami rodziny, a sprawcze działania wyróżniały się infamującym charakterem dla pokrzywdzonych. Istnieją bowiem dziedziny życia, którymi wielu ludzi nie chce się dzielić nawet z rodziną, gdyż może to rzutować na poczucie wartości jednostki, wzajemny szacunek, czy wzajemne zaufanie. Treść niniejszych orzeczeń ze względu na *ratio legis* art. 191a § 1 k.k. oraz zasady wykładni celowościowej, a także funkcji gwarancyjnej prawa karnego stanowi modelowy przykład zabezpieczenia dobra

---

<sup>421</sup> Więcej na temat: 2.1 Przedmiot ochrony przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.

<sup>422</sup> Wyrok SR w Szczytnie z 16.10.2018 r., II K 700/16, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/150515300001006\\_II\\_K\\_000700\\_2016\\_Uz\\_2018-10-16\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/150515300001006_II_K_000700_2016_Uz_2018-10-16_002), [dostęp: 23.04.2020].

<sup>423</sup> Wyrok SR w Puławach z 11.06.2019 r., II K 634/18, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/153005400001006\\_II\\_K\\_000634\\_2018\\_Uz\\_2019-07-18\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/153005400001006_II_K_000634_2018_Uz_2019-07-18_002), [dostęp: 23.04.2020].

<sup>424</sup> *Ibidem*.

<sup>425</sup> Wyrok SO w Warszawie z 18.07.2019 r., IX Ka 640/19, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154505000002706\\_IX\\_Ka\\_000640\\_2019\\_Uz\\_2019-07-18\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154505000002706_IX_Ka_000640_2019_Uz_2019-07-18_002), [dostęp: 23.04.2020].

<sup>426</sup> *Ibidem*.

pokrzywdzonego i może on stanowić swoisty „drogowskaz” dla orzecznictwa w przypadku scharakteryzowanego problemu (przy założeniu, że określony stan faktyczny koreluje z okolicznościami rozważanymi w niniejszym orzeczeniu).

Kwestia powszechności rozpowszechniania pozostaje w relacji do wyznaczenia zakresu czynności sprawczej w stosunku do środowiska udostępnienia wizerunku, np. sieci komputerowej, Internetu, strony z otwartym bądź ograniczonym dostępem<sup>427</sup>. Irrelevantnym pozostaje również, czy sposób rozpowszechnienia treści, umożliwia ich przekazanie odbiorcy, bez konieczności podjęcia aktywności, skierowanej na ich poszukiwanie lub jest rezultatem wprowadzenia adresata w błąd, co do przymiotów materiału (np. samoistne wyświetlanie okna powiadomień, czy zastosowanie mylącego opisu)<sup>428</sup>. W taki sam sposób należy potraktować przypadek rozwieszenia lub rozrzucenia fotografii, ich wydruków, a także innych form udostępnienia jednego z typów wizerunków uwzględnionych w art. 191a § 1 k.k.<sup>429</sup>. Warto w tym miejscu przytoczyć tezę z wyroku SN z 13 kwietnia 2016 r. (II KK 304/15): „rozpowszechnianie wizerunku stanowiące znamię przestępstwa z art. 191a k.k. w praktyce wyłącznie następuje za pomocą mediów elektronicznych, co samo w sobie w najmniejszym stopniu nie obniża stopnia szkodliwości społecznej takiego czynu”<sup>430</sup>. Na gruncie wskazanego rozstrzygnięcia został poruszony istotny problem, odnoszący się do relacji zachodzącej między stopniem społecznej szkodliwości czynu a rozpowszechnianiem wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej (przy realizacji zespołu znamion uwzględnionego w art. 191a k.k.). Teza wyroku zawiera stwierdzenie, że rozpowszechnianie wizerunku (jako znamienia analizowanego przepisu) następuje najczęściej wyłącznie przy wykorzystaniu mediów elektronicznych, co samo w sobie wpływa na obniżenie stopnia karygodności czynu. Przyjęty wniosek należy uznać za trafny. Przed wszystkim już w uzasadnieniu do projektu ustawy wprowadzającej art. 191a k.k. został scharakteryzowany przypadek rozpowszechnienia w Internecie bez

---

<sup>427</sup> Patrz: Wyrok SN z 13.04.2016 r., II KK 304/15, LEX Nr 2019608.

<sup>428</sup> Patrz: M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 610.

<sup>429</sup> Patrz: R. Krajewski, *op. cit.*, s. 27, Wyrok SR Gdańsk-Południe w Gdańsku z 26.10.2017 r., II K 1335/14, <https://www.saos.org.pl/judgments/329964>, [dostęp: 30.04.2019 r.], Wyrok SR Gdańsk - Południe w Gdańsku z 28.05.2018 r., X K 539/17, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/151015050005006\\_X\\_K\\_000539\\_2017\\_Uz\\_2018-06-06\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/151015050005006_X_K_000539_2017_Uz_2018-06-06_001), [dostęp: 30.04.2019 r.], Wyrok SR w Szczytnie z 16.10.2018 r., II K 700/16, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/150515300001006\\_II\\_K\\_000700\\_2016\\_Uz\\_2018-10-16\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/150515300001006_II_K_000700_2016_Uz_2018-10-16_002), [dostęp: 30.04.2019].

<sup>430</sup> Wyrok SN z 13.04.2016 r., II KK 304/15, LEX Nr 2019608. Tak też: M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 610.

zgody kobiety, jej wizerunek w trakcie czynności seksualnej<sup>431</sup>. Przedstawiony przykład służył ilustracji motywów, którymi kierował się projektodawca, proponując włączenie regulacji odnoszącej się do bezprawnego utrwalania albo rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej do karnoprawnego porządku. Ponadto słusznie, zwrócono tam uwagę na zjawisko popularyzacji metod rejestracji obrazu i dźwięku oraz powstanie nowych możliwości szybkiego i o rozległym zasięgu udostępniania informacji przy wykorzystaniu Internetu oraz innych sieci telekomunikacyjnych<sup>432</sup>. Tego rodzaju postęp techniczny niewątpliwie ułatwia sprawcy dokonanie czynu uwzględnionego w art. 191a k.k. Odnosząc tezę wyroku SN z 13 kwietnia 2016 r. (II KK 304/15)<sup>433</sup> do założeń zaprezentowanych przez projektodawcę, należy stwierdzić, iż skoro tego typu przypadek (rozpowszechnianie wizerunku przy wykorzystaniu Internetu) został wskazany jako ten, który przesądza o potrzebie wprowadzenia nowej regulacji do k.k., to nie sposób znaleźć uzasadnienie dla stwierdzenia, iż taki sposób popełnienia przestępstwa warunkuje obniżenie stopnia karygodności tego rodzaju czynu.

Co więcej, możliwości, które wynikają z wykorzystywania sieci internetowej z uwagi na formy eksploatacji treści (udostępnianie, publikacja, rozpowszechnianie itd.), sprawiają, że tego rodzaju zachowania charakteryzują się powszechnością. Poza tym rezultaty wykorzystania wizerunku mogą być natychmiastowe, dla osoby, której dotyczą. Ponadto z uwagi na fakt, iż Internet w wielu płaszczyznach nie podlega ścisłej kontroli ani reglamentacji, skutki ewentualnego rozpowszechnienia mogą okazać się trudne lub wręcz niemożliwe do odwrócenia. W dodatku przestępstwo rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez zgody tejże osoby polega na ingerencji w sferę wolności, która odnosi się do granic intymności określonej jednostki, dlatego wydaje się, że przyjęcie gradacji karygodności czynu na podstawie narzędzi, jakimi posłużył się sprawca, rozpowszechniając ten wizerunek, pomija specyfikę przedmiotu ochrony z art. 191a k.k.<sup>434</sup>. Nie sposób poddać jednoznacznej stratyfikacji dolegliwość w związku z naruszeniem sfery intymnej, gdyż jej ostateczny kształt jest podyktowany wieloma czynnikami (wiele z nich wykazuje związek z konsekwencjami wynikającymi z działania ludzkiej psychiki, np. wpływ na samoocenę

---

<sup>431</sup> *Uzasadnienie...*, *op. cit.*, s. 17.

<sup>432</sup> *Ibidem*.

<sup>433</sup> Wyrok SN z 13.04.2016 r., II KK 304/15, LEX Nr 2019608.

<sup>434</sup> K. Witczak, *Glosa do wyroku SN z 13 kwietnia 2016 r., II KK 304/15*, Pal. 2017, Nr 7-8, s. 166.



jednostki). Jednakże nie można jednoznacznie określić, które ze skutków wystąpią w określonym przypadku. Dlatego w ocenie autorki niniejszego opracowania ani wykorzystanie tzw. mediów „tradycyjnych”, ani posłużenie się mediami elektronicznymi (z uwagi na rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej) nie będzie miało zasadniczego wpływu dla wystąpienia konkretnych skutków czynu względem ofiary. W rezultacie wykorzystanie jednego lub drugiego środka przez sprawcę może spowodować wystąpienie identycznych następstw dla pokrzywdzonego przestępstwem<sup>435</sup>.

Nie powinno budzić wątpliwości, że w dzisiejszych czasach Internet stanowi jeden ze środków masowego przekazu. Z tego powodu należy uznać, iż w niektórych przypadkach rozpowszechnianie za pomocą mediów elektronicznych (np. przez wykorzystanie portalu „You Tube”) charakteryzuje bardziej rozległy zasięg aniżeli „tradycyjne” formy przekazu. Należy mieć na względzie, że „tradycyjne” media podlegają ograniczeniom z uwagi na zasięg terytorialny oraz potencjalną barierę językową<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> Patrz: K. Witczak, *Glosa do wyroku SN z 13 kwietnia 2016 r., II KK 304/15*, Pal. 2017, Nr 7-8, s. 164-167.

<sup>436</sup> *Ibidem*.

## Rozdział III

### **Alternatywne sposoby działania sprawcy na gruncie art. 191a § 1 k.k.**

Ustawodawca w ramach art. 191a § 1 k.k. uwzględnił triadę znamion charakterystyczną dla przestępstw rozbójniczych, tj. przemoc, groźbę bezprawną oraz podstęp – tzw. znamiona rozbójnicze. Stanowią one środek wykorzystywany przez sprawcę do realizacji celu. Sprowadza się on do wywarcia wpływu na procesy decyzyjne lub zachowanie zachodzące u ofiary. Dla zaistnienia przestępstwa jest wymagane, aby co najmniej jeden ze środków był skierowany względem pokrzywdzonego. Chociaż struktura analizowanej regulacji prawnej została wyposażona we wspomniane elementy, to sam czyn zabroniony nie mieści się w kanwie przestępstw rozbójniczych *sensu stricto*. Dlatego, poszczególne znamiona („przemoc”, „groźba bezprawna” i „podstęp”) zostaną rozpatrzone przede wszystkim przez pryzmat niniejszej regulacji.

#### **3.1 Przemoc jako sposób działania sprawcy w kontekście**

##### **art. 191a § 1 k.k.**

Przed rozpoczęciem analizy pojęcia „przemoc” na gruncie art. 191a § 1 k.k., warto poczynić uwagę, iż wielu autorów w ramach dyskursu prawniczego utożsamia zakres wskazanego terminu z zakresem tegoż sformułowania, występującego w art. 191 § 1 k.k. Dlatego zostaną zaprezentowane zarówno poglądy na temat tego zagadnienia powstałe przy okazji charakterystyki przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., jak i przestępstwa z art. 191 § 1 k.k.

Przede wszystkim należy zaznaczyć, iż definicja terminu „przemoc” nie została zawarta w k.k. Z kolei w słowniku języka polskiego został on wyjaśniony jako „(...) przewaga, zwykle fizyczna, wykorzystywana w celu narzucenia komuś swojej woli, wymuszenia czegoś na kimś; także narzucona komuś bezprawnie władza, gwałt (...)”<sup>437</sup>. Ze względu na subsydiarny charakter prawa karnego, a także jego funkcję gwarancyjną oraz możliwość orzeczenia kary o charakterze izolacyjnym (w zależności od ustawowego zagrożenia oraz całokształtu okoliczności popełnionego czynu), a także z uwagi na zasadę pierwszeństwa literalnej wykładni prawa, należy przyznać prymat słownikowej definicji pojęcia. Niemniej warto podkreślić, że definicje poszczególnych

---

<sup>437</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. P-Ś, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 698.

pojęć stworzone w ramach słownika języka polskiego mają za zadanie umożliwić posługiwanie się określonym terminem w ramach różnych dziedzin życia. Z tej racji umieszczone tam wyjaśnienia cechuje wysoki poziom elastyczności, a co za tym idzie również niski stopień precyzji językowej. W następstwie może mieć miejsce sytuacja, gdy w kontekście określonego stanu faktycznego literalne rozumienie doprowadzi do niesatysfakcjonujących rezultatów. Wówczas celem nadania spójnego zakresu znaczeniowego pojęciu „przemoc” na gruncie karnoprawnego porządku, należy sięgnąć do bogatego dorobku doktryny oraz orzecznictwa<sup>438</sup>.

Jak zostało zauważone powyżej, z uwagi na znaczenie terminu „przemoc” dla prawa karnego, literatura przedmiotu obfituje w liczne próby jego doprecyzowania lub wyjaśnienia. Wśród nich, pracę autorstwa T. Hanuska należy bez wątplenia uznać za o szczególnym znaczeniu dla wykładni pojęcia „przemoc” na gruncie karnoprawnego porządku<sup>439</sup>. Zestawiając jego poglądy oraz stanowisko L. Meringa<sup>440</sup> na temat przemocy jako sposobu działania sprawcy, można dostrzec w nich punkty zbieżne. Mianowicie, obaj autorzy stwierdzają, iż aby działanie przybrało postać przemocy, musi wyróżniać się fizycznością. Ponadto skutkuje ono uniemożliwieniem lub przełamaniem oporu osoby pokrzywdzonej. To z kolei (według obydwu przedstawicieli doktryny) ma na celu ingerencję w procesy motywacyjne lub w wykonanie woli zmuszanego, które w założeniu sprawcy mają przybrać pożądany dla niego kształt. Wyróżnione właściwości zachowania w kontekście przemocy na gruncie regulacji z art. 191a k.k., prowadzą do konstatacji, iż utrwalanie albo rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej przy posłużeniu się przez sprawcę przemocą będzie miało miejsce, gdy całokształt okoliczności określonego stanu faktycznego (w praktyce często przeprowadzone postępowanie dowodowe) wskazuje, że działania zastosowane przez sprawcę spowodowały zakłócenie dobrowolnego lub świadomego podjęcia decyzji, bądź wykonania woli. Poza tym, utrwalenie albo rozpowszechnienie przynajmniej jednego z rodzajów wymienionych wizerunku zwykle będzie stanowiło działanie o charakterze następczym wobec zastosowania przez sprawcę przemocy.

Przedstawione powyżej podejścia oprócz zbieżnych elementów, cechują również występujące pomiędzy nimi różnice. T. Hanusek podnosi, że prawidłowe wyznaczenie

---

<sup>438</sup> W taki sam sposób należy ocenić potrzebę wykorzystania dorobku orzecznictwa i doktryny dla pojęcia „podstęp” w ramach karnoprawnego porządku.

<sup>439</sup> Patrz: T. Hanusek, *Przemoc jako forma działania przestępnego*, ZNUJ 1966, z. 24, s. 3 i n.

<sup>440</sup> Patrz: L. Mering, *Glosa do uchwały SN z dnia 21 marca 2007r., I KZP 39/06*, GSP – Prz. Orz. 2008, Nr 1, s. 102.

zakresu przemocy wymaga analizy określonego celu zachowania sprawcy oraz zamierzonego lub uzyskanego rezultatu tegoż zachowania, na co nie zwraca uwagi L. Mering, podkreślając jednak znaczenie rozdziału zachowań sprawcy na podstawie sposobu pojmowania siły fizycznej<sup>441</sup>. W ramach niniejszego podziału można wyodrębnić pojęcia „przemoc” (np. art. 197 k.k.) oraz „przemoc wobec osoby” (np. art. 191 k.k.). Jak zauważa przedstawiciel doktryny, zakresy tychże terminów kształtują się w odmienny sposób. Zachodzi między nimi taka relacja, iż każda przemoc wobec osoby pozostaje przemocą, natomiast nie każda przemoc jest przemocą wobec osoby. Ponadto definiuje on przemoc jako „(...) fizyczne oddziaływanie na człowieka bezpośrednio lub za pośrednictwem rzeczy, które uniemożliwia opór lub go przełamuje bądź też wpływa na kształtowanie jego woli lub procesy motywacyjne w pożądanym przez sprawcę kierunku”<sup>442</sup>. Można przypuszczać, iż zwolennikiem takiego ujęcia jest M. Filar, gdyż uważa, że przemoc może przybrać także formę oddziaływania na środowisko zmuszanej osoby, a zatem również na rzeczy, jeżeli pozostawały z nią w ścisłym związku. Np. ich zniszczenie czy zabranie uniemożliwia wykonanie woli pokrzywdzonego lub powoduje dolegliwość wywierającą do tego stopnia silny wpływ na przebieg procesów motywacyjnych pokrzywdzonego, że jest w stanie ukształtować jego decyzję woli w kierunku oczekiwanym przez sprawcę czynu<sup>443</sup>. Odnosząc w szczególności ostatnie stwierdzenie do istoty konstrukcji art. 191a k.k. (która przecież podobnie jak regulacja z art. 191 k.k. służy ochronie pewnego wycinka prywatności człowieka) należy rozważyć, czy zniszczenie lub pozbawienie ubrań ofiary, jako przyczynę dla późniejszego stanu nagości – można na tym etapie poczytać jako przejaw przemocy. Przede wszystkim w życiu codziennym, niewątpliwie istnieje faktyczny związek człowieka z odzieżą. Ze względu na krąg kulturowy, do którego przynależymy, a także wyznaczone normy obyczajowo-społeczne, w przeważającej liczbie sytuacji wynikających z przebiegu dnia powszedniego funkcjonujemy w odzieniu. Jednakże nasuwa się pytanie, czy związek ten jest „ściśły” w wystarczającym stopniu, aby uniemożliwił wykonanie woli lub wpłynął na „(...) przebieg procesów motywacyjnych

---

<sup>441</sup> Więcej na ten temat: T. Hanusek, *op. cit.*, s. 3 i n.

<sup>442</sup> Więcej na ten temat: *ibidem*. Por. M. Wysocki, *Przemoc wobec osoby w rozumieniu art. 191 k.k.*, Prok. i Pr. 1999, Nr 3, s. 60-65.

<sup>443</sup> M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności oraz wolności sumienia i wyznania* [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze. Zeszyt 18*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 1998, s. 81-82. Tak też: I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, wyd. 9 zm., Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1989, s. 400, A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, C.H. Beck, Warszawa 1997, s. 462-463.

ofiary, iż jest w stanie ukształtować jej decyzję woli w kierunku przez sprawcę oczekiwany<sup>444</sup>. Trzeba przyznać, iż człowiek jest w stanie zasłonić biust, organy płciowe, czy pośladki własnymi rękoma. Trudno, jednak jednoznacznie ocenić skuteczność tego rodzaju działania. Innymi słowy, należałoby poddać analizie, czy w wyniku aktywności pokrzywdzonego dojdzie do faktycznego osłonięcia ciała.

Druga problematyczna kwestia odnosi się do prawidłowego wyznaczenia relacji pomiędzy chwilą zastosowania przez sprawcę przemocy a jego określonym działaniem. Należy oddzielić moment „wprowadzenia” ofiary w stan nagości od momentu samej czynności utrwalenia wizerunku. Jeżeli zastosowanie przemocy ustało z chwilą pozbawienia odzieży, ale jeszcze przed samą czynnością utrwalenia, gdy jednocześnie dysponent dobrem jest w stanie skutecznie zapobiec działaniu sprawcy, wówczas wydaje się, że nie zostaną zrealizowane znamiona przestępstwa z art. 191a k.k. Natomiast czyn w postaci pozbawienia odzieży będzie można rozpatrywać na podstawie przepisów zawartych w art. 217 k.k. Z kolei J. Kosonoga zdecydowanie stwierdza, iż redakcja art. 191a k.k. sprawia, że w kontekście tego przepisu, przemoc wobec pokrzywdzonego może przybrać jedynie postać bezpośredniego oddziaływania na człowieka<sup>445</sup>. Poza zakresem regulacji pozostaje natomiast oddziaływanie w sposób pośredni, czyli przez postępowanie z rzeczą. Nie sposób pominąć w tym temacie ważnego i o słusznej treści wyroku TK z 9 października 2001 r. (SK/8/00)<sup>446</sup>. Na jego gruncie zawężający zakres przemocy, jedynie do przemocy wobec osoby, został uznany za zgodny z art. 2 i 30 Konstytucji RP. Wynika z niego, że zabieg ustawodawcy w postaci zastosowania zwrotu „przemoc wobec osoby” dotyczy wyłącznego stosowania siły bezpośrednio na osobę zmuszaną albo też na inne osoby, jeżeli sprawca chce wywrzeć wpływ na zachowanie pokrzywdzonego<sup>447</sup>. Wydaje się, iż przytoczone orzeczenie we właściwy sposób sytuuje

---

<sup>444</sup> *Ibidem*.

<sup>445</sup> J. Kosonoga, *Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby* [w:] K. Ślebzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 232. Tak też: J. Lachowski, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 868. J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Liberata, Warszawa 1997, s. 332-333, A. Michalska-Warias, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzupełn., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 540. Podobny pogląd w odniesieniu do relacji między używaniem cudzej rzeczy w sposób samowolny a przemocą wyraził I. Andrejew. Patrz I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 487. Por. Uchwała SN z 18.11.1997 r., I KZP 31/97, OSP 1998, nr 4, poz. 70.

<sup>446</sup> Patrz: Wyrok TK z 09.10.2001 r., SK/8/00, TK 2001, Nr 7, poz. 211. Tak też: R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 1998 r.*, WPP 1999, Nr 1-2, s. 112-113, M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 599, A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 439-440.

<sup>447</sup> *Ibidem*.

zakres wyżej wskazanego terminu na gruncie karnoprawnego porządku. Zarysowany w ten sposób kształt zwrotu „przemoc wobec osoby” umożliwia włączenie dostatecznie wielu odmian zachowania sprawcy, aby następnie, na etapie subsumpcji prawa zapewnić efektywną ochronę pokrzywdzonemu przestępstwem, gdzie czyn został popełniony przy użyciu „przemocy wobec osoby”. Jednakże rozważając powyższy aspekt związany z interpretacją tego pojęcia, wypada zwrócić uwagę na pewną nieścisłość. Otóż ze wskazanego zwrotu wynika wprost, iż kryminalizacja nie dotyczy zachowania osoby, względem której stosowana jest przemoc. Dlatego, w tym przypadku nieodzownym jest odwołanie się do zasady: *argumentum a minore ad maius* – skoro przyjmuje się, że sprawca może skierować przemoc w kierunku osoby trzeciej, to tym bardziej należy przychylić się, iż może zwrócić się z nią względem pokrzywdzonego przestępstwem<sup>448</sup>.

Nie sposób odmówić pewnych racji argumentacji M. Wysockiego, iż w zakresie pojęcia „przemoc wobec osoby” mieszczą się formy przymusu kompulsywnego oraz postacie postępowania z rzeczą, których dolegliwość przenosi się bezpośrednio na pokrzywdzonego, gdyż rzecz stanowi wyłącznie przekaźnik przemocy. Jej stosowanie w określonym momencie krępuje wolę pokrzywdzonego<sup>449</sup>. Jednakże należy przyznać prymat literalnemu brzmieniu przepisu art. 191a § 1 k.k., gdyż jak już kilkakrotnie zostało zaznaczone na gruncie niniejszego opracowania, specyfika ustawodawstwa karnoprawnego wymaga by określona regulacja była możliwie zrozumiała, przystępna pod względem językowym dla przeciętnego odbiorcy, przy założeniu, iż przyjęta interpretacja służy celowi przepisu prawa oraz nie obniża stopnia efektywności jego wykorzystania na etapie subsumpcji prawa. Natomiast, jedynie częściowo można zgodzić się z M. Filarem, który poddał krytyce treść uchwały SN z 10 grudnia 1998 r. (I KZP 22/98), twierdząc, że każda przemoc jest zawsze skierowana przeciwko osobie. Natomiast, termin „przemoc przeciw rzeczy” pojęciowo nie istnieje, gdyż rzecz nie ma woli ani świadomości, na które można by oddziaływać<sup>450</sup>. Nie ulega wątpliwości, iż faktycznie zamiar zniszczenia czy odebrania przedmiotu powoduje dolegliwość wobec

---

<sup>448</sup> Tak też: M. Jachimowicz, *Przestępstwo utrwalania wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, KKSSiP 2012, z. 2, s.24, J. Lachowski, *op. cit.*, s. 869, A. Zoll, *Art. 191a k.k. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-211a*, t. 2, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 606. Por. Wyrok SA w Krakowie z 12.08.1999 r., II AKa 59/99, LEX nr 38532.

<sup>449</sup> Patrz: M. Wysocki, *Przemoc wobec osoby w rozumieniu art. 191 k.k.*, Prok. i Pr. 1999, Nr 3, s. 60-65.

<sup>450</sup> Patrz: M. Filar, *Glosa do Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 1998 r., I KZP 22/98*, PiP 1999, z. 8, s. 33. Uchwała SN z 10.12.1998 r., I KZP 22/98 OSNKW 1999, Nr 2, poz. 39. Por. A. Michalska-Warias, *op. cit.*, s. 540, K. Daszkiewicz, *Przestępstwa popełniane z afektu w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 49-50.

osoby, natomiast sam przedmiot nie ma woli, czy świadomości, aczkolwiek w tym przypadku mamy do czynienia jedynie z „nieszczęśliwym” sformułowaniem. Gdyż co do istoty problemu, należy opowiedzieć się za wąskim rozumieniem zwrotu „przemoc wobec osoby” z uwagi na treść art. 191a § 1 k.k. Skoro ustawodawca zdecydował o wprowadzeniu obydwóch pojęć do k.k., to należy poczytać to za celowy zabieg. Z kolei zlekceważenie odmiennego brzmienia niniejszych pojęć będzie równoznaczne z naruszeniem literalnej wykładni prawa<sup>451</sup>. Ponadto jak słusznie zauważają M. Królikowski oraz A. Sakowicz przyjęcie irrelewantności różnic terminologicznych oznaczałoby zignorowanie fragmentu przepisu. Wówczas doszłoby do naruszenia dyrektywy interpretacyjnej, wedle której każde słowo wykorzystane w tekście prawnym jest niezbędne w kontekście rekonstrukcji określonej normy postępowania<sup>452</sup>.

Kolejny problem, pozostający w powiązaniu z powyżej przedstawioną kwestią dotyczy interpretacji pojęcia „przemoc wobec osoby” w odniesieniu do treści art. 191a § 1 k.k., a dokładniej kwestii czy na gruncie tego przepisu przemocą będzie działanie lub zaniechanie sprawcy skierowane w stronę innej osoby aniżeli pokrzywdzony. Nie można przyznać racji M. Jachimowiczowi, który uznaje za niesłuszne założenie, iż przy obecnym brzmieniu niniejszej regulacji zakres desygnatów pojęcia „stosowanie przemocy wobec osoby, której wizerunek w stanie nagości lub wizerunek w trakcie czynności seksualnej ma zostać utrwalony” nie obejmie przypadku, gdy przemoc będzie skierowana wobec np. najbliższej osobie pokrzywdzonemu<sup>453</sup>. Z literalnego brzmienia przepisu jednoznacznie wynika, iż przemoc sprawcy ma być skierowana wyłącznie i bezpośrednio w stronę osoby pokrzywdzonej<sup>454</sup>. O poprawności tego rodzaju interpretacji przesądza zastosowanie przez ustawodawcę zaimka „niej”. W tym przypadku stosowanie rozszerzającej wykładni należy uznać za niedopuszczalne, gdyż ustawodawca w innych regulacjach w ramach k.k. wykorzystuje zwrot „przemoc wobec osoby” (np. art. 280 § 1 k.k. – przestępstwo rozboju), nie konkretyzując tym samym adresata przemocy, odmiennie niż w przypadku np. przestępstwa wymuszonej

---

<sup>451</sup> Tak też: L. Gardocki, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 252.

<sup>452</sup> Patrz: M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przesłępstwa przeciwko wolności. Art. 191* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 598.

<sup>453</sup> Więcej na ten temat: M. Jachimowicz, *Przesłępstwo utrwalania wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, KKSSiP 2012, z. 2, s.24. Por. Wyrok SA w Krakowie z 12.08.1999 r., II AKa 59/99, LEX nr 38532.

<sup>454</sup> Tak też: M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej albo rozpowszechnianie takich treści (art. 191a k.k.)*, [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przesłępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 526. Por. S. Hyps, *op. cit.*, s. 923.

aborcji, gdzie zwrot „przemoc wobec kobiety w ciąży” (153 § 1 k.k.) dookreśla przedmiot kierunku zachowania sprawcy. Co więcej, funkcja gwarancyjna prawa nie dozwala na rozszerzającą interpretację niniejszego terminu, osoba podejmująca konkretne zachowanie ma prawo wiedzieć, czy wypełnia ono znamiona określonego przestępstwa oraz czy powinna się liczyć z orzeczeniem kary. Poza tym należy pamiętać, iż każdy fragment przepisu prawa ma znaczenie dla jego interpretacji. Oczywiście należy zastanowić się, czy obecne brzmienie art. 191a § 1 k.k. pozwala wystarczająco skutecznie zabezpieczyć przedmiot ochrony już na etapie stosowania prawa. Jednak rozszerzenie ochrony w postaci włączenia do regulacji przemocy skierowanej względem osoby innej aniżeli ta, której wizerunek został utrwalony lub rozpowszechniony wymaga interwencji ustawodawcy w brzmienie przepisu prawa. Obecnie, treść wskazanej regulacji nie umożliwia przypisania innego zachowania aniżeli przemoc względem pokrzywdzonego do zespołu znamion art. 191a § 1 k.k.

Przechodząc do analizy postaci zachowań, które egzemplifikują przemoc w ramach charakteryzowanego przestępstwa, należy przychylić się do zdania, iż zarówno działanie, jak i zaniechanie wykonania obowiązkowych czynności może wypełnić znamię czynu zabronionego ujętego w art. 191a § 1 k.k. Zaniechanie może odbyć się np. przez niepodanie przez lekarza leku ratującego życie<sup>455</sup>. Ponadto w wyroku SN z 6 września 1994 r. (II KRN 159/94) znalazło się twierdzenie, iż przemoc może przybrać formę „czystego” zaniechania, czyli takiego, które nie zostało poprzedzone działaniem polegającym na zastosowaniu przemocy<sup>456</sup>. Przede wszystkim należy uwzględnić, że tego rodzaju realizacja może przybrać zarówno postać przymusu absolutnego (*vis absoluta*), jak i kompulsywnego (*vis compulsiva*)<sup>457</sup>.

Określenie postaci przemocy stosowanej przez sprawcę jest pośrednio związane z potencjalną zdolnością pokrzywdzonego do oporu wobec konkretnego zachowania. Jak słusznie zauważa T. Bigoszewski, istotą oporu jest sprzeciw ofiary, który to stanowi wyraz negatywnej decyzji woli. Z kolei formy jego uzewnętrznienia nie należą do konstytutywnych okoliczności, dlatego nie jest konieczne by pokrzywdzony zewnętrznym zachowaniem wyraźnie okazywał opór<sup>458</sup>. Oczywiście, należy mieć na uwadze, iż na gruncie analizowanej regulacji, w kontekście utrwalania wizerunku, opór

---

<sup>455</sup> Patrz: J. Kosonoga, *Karnoprawna...*, *op. cit.*, s. 232.

<sup>456</sup> Wyrok SN z 06.09.1994 r., II KRN 159/94, OSNKW 1994, z. 9-10, poz. 61.

<sup>457</sup> *Ibidem*.

<sup>458</sup> Patrz: T. Bigoszewski, *Przemoc jako znamię strony przedmiotowej*, CZPKiNP 1997, Nr 2, s. 28.



potencjalnej ofiary pozostaje prawnie irrelevantny, jeżeli nie został on poprzedzony działaniem sprawcy z wykorzystaniem przemocy.

Niewątpliwie czynnikiem mającym wpływ na możliwość wyrażenia oporu przez osobę jest natężenie siły fizycznej, z którym musi działać sprawca. Oczywiście, dla każdej osoby występującej w roli pokrzywdzonego będzie się ono inaczej kształtować. Próg bólu człowieka na różnego rodzaju bodźce pochodzące z zewnątrz jest ukształtowany indywidualnie. Co więcej, jest on uzależniony od wielu zmiennych czynników, np. od stanu emocjonalnego człowieka<sup>459</sup>. W przypadku, gdy natężenie oddziaływania fizycznego na ciało pokrzywdzonego okaże się zbyt niskie, by „ukierunkować”, czy to procesy motywacyjne, czy wykonanie określonego działania zgodnie z zapatrywaniami sprawcy, wówczas dojdzie do usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2 k.k.). Z kolei można zastanowić się nad rozpatrzeniem czynu sprawcy np. w ramach przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.). Wydaje się, że słuszne rozwiązanie podsuwa M. Surkont, który uważa, iż istotny element przemocy stanowi użycie siły fizycznej, która ma przewagę nad siłą pokrzywdzonego<sup>460</sup>. W dodatku, pomocnym w ustaleniu minimalnej wysokości natężenia siły fizycznej z uwagi na użycie przemocy, będzie wyrok SN z 16 maja 1968 r. (V KRN 170/68)<sup>461</sup>. Zostało w nim zawarte stwierdzenie, iż „(...) przemocą jest każde działanie zmierzające do fizycznego przełamania oporu. Jeżeli intensywność oporu jest niewielka, to wystarczy niewielka intensywność przemocy”<sup>462</sup>. Natomiast trudno zgodzić się z poglądem, wedle którego dla realizacji znamion przestępstwa wystarczającym jest na tyle silny nacisk sprawcy, aby stanowił istotny czynnik, który jest w stanie (wedle obiektywnego obserwatora) ograniczyć wolność wyboru postępowania przez inną osobę<sup>463</sup>. Wypada podkreślić, że w ramach oceny natężenia siły do przełamania oporu osoby pokrzywdzonej, kryterium w postaci „obiektywnego obserwatora” nie spełni zakładanej funkcji, ponieważ jak zostało zauważone powyżej, każdego człowieka cechuje odmienny próg bólu zdeterminowany różnymi czynnikami. Np. z pozoru postawny, zdrowo wyglądający mężczyzna może chorować na chorobę, która znacząco wpływa negatywnie na jego stan fizyczny, dlatego nawet nieznaczny stopień natężenia siły skierowany w jego

---

<sup>459</sup> Więcej na temat odczuwania bólu z uwagi na aspekt psychologiczny: K. de Walden-Gałuszko, *Psychologiczne aspekty bólu*, Przewodnik lekarza 2001, Nr 4, s. 58-59.

<sup>460</sup> M. Surkont, *Przestępstwo zmuszania w polskim prawie karnym*, Uniwersytet Gdański, Gdańsk 1991, s. 57.

<sup>461</sup> Wyrok SN z 16.05.1968 r., V KRN 170/68, OSNKW 1968, Nr 12, poz. 142.

<sup>462</sup> *Ibidem*.

<sup>463</sup> Patrz: A. Zoll, *op. cit.*, s. 606. Por. M. Jachimowicz, *op. cit.*, s.24.

kierunku jest w stanie uniemożliwić opór lub go przełamać bądź też wpłynąć na kształtowanie woli zmuszanego lub procesy motywacyjne w pożądanym przez sprawcę kierunku. Możliwa jest również odwrotna sytuacja, w zakresie której sprawca działa z natężeniem siły wystarczającym, aby osiągnąć jego cel w konfrontacji z większością kobiet, ale w tym przypadku ma do czynienia z wyjątkowo silną kobietą. Z tego powodu jego środek zmuszenia okaże się nieskuteczny. Podobnie należy podejść do sytuacji, gdy siła „(...) z uwagi na wiek i sprawność fizyczną, w tym także ograniczoną spożyciem przez pokrzywdzonego alkoholu lub innych środków odurzających czy substancji psychotropowych, wystarczy ona na do utrwalenia wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej”<sup>464</sup>. Wówczas warto zadać pytanie, czy sprawca ma ponosić odpowiedzialność karną za dokonanie czynu zabronionego na gruncie art. 191a § 1 k.k., skoro jego zachowanie można zakwalifikować jedynie na podstawie art. 217 § 1 k.k. W następstwie przedstawionych przykładów należy uznać, że zastosowanie konstrukcji „obiektywnego obserwatora” celem oceny czy stopień natężenia użytej siły fizycznej jest wystarczający, aby dane zachowanie zakwalifikować jako przejaw przemocy, przeczy założeniom funkcji gwarancyjnej oraz sprawiedliwościowej prawa karnego, a w określonych stanach faktycznych utrudni efektywne zabezpieczenie przedmiotu ochrony.

W powiązaniu z powyższym zagadnieniem pozostaje problem, które z uzewnętrzniczonych zachowań można zakwalifikować jako posłużenie się przemocą wobec osoby, której wizerunek w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej został utrwalony lub rozpowszechniony. Zdaniem A. Zolla, na gruncie art. 191a § 1 k.k., przemoc będzie polegała na użyciu siły celem zmuszenia drugiej osoby do rozebrania się. Co więcej, zdaniem autora poglądu „przemoc może polegać także na zdjęciu siłą ubrania albo na zabraniu ubrania np. osobie kąpiącej się nago w jeziorze. Przemoc może być też ukierunkowana na zmuszenie drugiej osoby do wykonania lub poddania się czynności seksualnej. W tym wypadku zachodzić będzie zbieg kumulatywny z art. 197 § 1 lub 2”<sup>465</sup>. Wywód zaprezentowany przez przedstawiciela doktryny nasuwa pewne wątpliwości, ponieważ zdjęcie siłą ubrania należałoby rozważyć w ramach czynu ujętego zakresem art. 217 k.k. Przede wszystkim, charakter czynności (czyn zabroniony lub czyn niewypełniający zespołu znamion żadnego z przestępstw) pozbawienia odzieży pokrzywdzonego nie determinuje jeszcze realizacji przestępstwa przewidzianego

---

<sup>464</sup> Patrz: M. Jachimowicz, *op. cit.*, s.24.

<sup>465</sup> A. Zoll, *op. cit.*, s. 608.

art. 191a § 1 k.k. Jeżeli, sprawca użyje przemocy w celu pozbawienia ubrań pokrzywdzonego, a następnie utwali wizerunek nagiej osoby bez posłużenia się przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem wówczas jego czyn nie będzie podlegał penalizacji w ramach analizowanej regulacji. Oczywiście wyjątkowo może mieć miejsce przypadek, gdy fakt pozbawienia odzieży spowodował u pokrzywdzonego zakłócenie jego procesów motywacyjnych (np. na skutek urazu psychicznego), które to sprawca wykorzysta do utrwalenia wizerunku, aczkolwiek wydaje się, iż tego rodzaju sytuacja ma charakter wyjątkowy. Z tej racji nieuzasadnione jest założenie, iż pozbawienie odzieży ofiary będzie zawsze równoznaczne z użyciem przemocy w rozumieniu desygnatu znamienia z art. 191a § 1 k.k. W rozważanym przykładzie ocena czy pozbawienie odzieży stanowi przejaw przemocy powinna być dokonana *in concreto*. Ponadto w niektórych przypadkach, celem rozstrzygnięcia tego problemu, może zachodzić potrzeba skorzystania z pomocy biegłego specjalisty z zakresu psychologii

Poza tym fakt dobrowolności wykonania lub poddania się czynności seksualnej, w odróżnieniu od utrwalenia albo rozpowszechnienia wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, pozostaje prawnie irrelevantny z uwagi na wspomniany przepis. Ma to przede wszystkim związek z indywidualnym przedmiotem ochrony w ramach art. 191a k.k., który przejawia się w wolności od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic intymności.

Kontynuując egemplifikację poszczególnych przykładów posłużenia się przemocą w ramach analizowanej regulacji, R. Krajewski twierdzi, że przemoc może przejawiać się zwłaszcza jako przytrzymanie przez sprawcę nagiej osoby celem wykonania jej zdjęcia. Ponadto możliwe jest także zastosowanie siły do odkrycia osób dokonujących czynność seksualną w celu utrwalenia ich wizerunku<sup>466</sup>. Przywołanie pierwszego przypadku jako przykładu wykorzystania przemocy do dokonania czynu w ramach art. 191a § 1 k.k. należy uznać za w pełni uzasadnione, gdyż przytrzymanie lub związanie rąk uniemożliwia wykonanie aktu woli pokrzywdzonego. Jednak wątpliwości zdaje się budzić kwalifikacja odkrycia osób uczestniczących w czynności seksualnej. Przede wszystkim, nie do końca wiadomo, czy autor poglądu miał na myśli odkrycie osób w kontekście używanego w trakcie czynności przez nich nakrycia lub osłony, czy sugerował odkrycie tego faktu przez sprawcę. Należy się zastanowić, czy pozbawienie

---

<sup>466</sup> R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, Prok. i Pr. 2012, Nr 5, s. 33.

osoby w trakcie czynności seksualnej okrycia nawet wskutek wykorzystania w tym celu przemocy przesądza o uniemożliwieniu lub przełamaniu oporu pokrzywdzonego, jak i wywieraniu nacisku na procesy motywacyjne w kontekście utrwalenia wizerunku. Dopóki zastosowana przemoc nie jest bezpośrednio związana z samą czynnością utrwalania, nie sposób mówić o czynie zabronionym. Innymi słowy, jeżeli sprawca użyje przemocy do ściągnięcia okrycia z osoby (osób) w trakcie czynności seksualnej, aczkolwiek utrwalając jej (ich) wizerunek odstąpi od dalszego stosowania, nie popełni on przestępstwa przewidzianego w art. 191a k.k. Wydaje się, iż analogicznie do wyżej przedstawionej sytuacji należałoby potraktować przypadek, jeżeli sprawca powziąłby wiadomość o odbywanej czynności seksualnej stosując przemoc, aczkolwiek w ramach utrwalania wizerunku zaprzestanie jej wykorzystania. Poza tym również w ramach tego przykładu, w zakresie oceny całokształtu okoliczności towarzyszących popełnionemu czynowi, należy zwrócić uwagę, że do zrealizowania zespołu znamion składających się na omawiane przestępstwo niezbędne jest, aby zastosowane działanie służyło uniemożliwieniu, bądź przełamaniu oporu ofiary, bądź wywieraniu nacisku za pomocą aktualnie wyrządzanej dolegliwości na jej procesy motywacyjne podczas czynności utrwalania osoby w trakcie czynności seksualnej. Dlatego, zastosowanie przemocy w etapie poprzedzającym czynność utrwalania może być rozpatrywane, np. na gruncie art. 217 k.k.

W końcu, sięgając do praktyki orzeczniczej związanej z posłużeniem się przez sprawcę przemocą w kontekście popełnienia czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k., można zauważyć, iż ten środek realizacji celu sprawcy wybierają by utrwalić wizerunek pokrzywdzonego, nie zaś go rozpowszechnić<sup>467</sup>. Taki stan rzeczy wynika z faktu, iż do wypełnienia znamienia niniejszej regulacji, w wariacie rozpowszechniania wizerunku „wystarczy” brak zgody pokrzywdzonego. Z kolei posłużenie się przemocą wobec pokrzywdzonego względem niewyrażenia przez niego zgody na rozpowszechnienie należy poczytać za w wyższym stopniu ingerencyjny środek osiągnięcia celu przez sprawcę (w kontekście naruszenia integralności człowieka), a to z kolei może

---

<sup>467</sup> Patrz: Wyrok SO w Częstochowie z 09.11.2016 r., II K 104/16, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/\\$N/151510000001006\\_II\\_K\\_000104\\_1016\\_Uz\\_2016-11-09\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/$N/151510000001006_II_K_000104_1016_Uz_2016-11-09_002), [dostęp 20.10.2019 r.], Wyrok SN z 09.03.2017 r., IV KK 345/16, LEX nr 2242373, Wyrok SO w Kielcach z 09.10.2014 r., IX Ka 1041/14, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/\\$N/152005000004506\\_IX\\_Ka\\_001041\\_2014\\_Uz\\_2014-10-09\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/$N/152005000004506_IX_Ka_001041_2014_Uz_2014-10-09_001), [dostęp: 20.10.2019 r.], Wyrok SO w Jeleniej Górze z 26.07.2013 r., VI Ka 307/13, [www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155005000003006\\_VI\\_Ka\\_000307\\_2013\\_Uz\\_2013-07-26\\_002](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155005000003006_VI_Ka_000307_2013_Uz_2013-07-26_002), [dostęp: 20.10.2019].

przekładać się na ogólną ocenę karygodności popełnionego czynu, a w konsekwencji również na rodzaj oraz wysokość orzeczonej kary. Co do sposobu uzewnętrznienia aktów przemocy, nie można wysnuć jednoznacznego wniosku, gdyż w części przypadków sprawcy nie wykorzystywali do przełamania oporu ofiary przedmiotów<sup>468</sup>, natomiast w pozostałych stanach faktycznych posłużyli się m.in. butelką (umieszczając jej szyjkę w pochwie kobiety)<sup>469</sup>, sztangą (umieszczając końcówkę w pochwie kobiety), maszynką do golenia (ogolenie głowy kobiety)<sup>470</sup>.

### **3.2 Groźba bezprawna jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191a § 1 k.k.**

Groźba bezprawna jako jedyny sposób działania sprawcy w zakresie regulacji zawartej w art. 191a § 1 k.k. doczekała się definicji ustawowej. Została ona ujęta w słowniczku pojęć k.k., w art. 115 § 12 k.k. Pomimo tego faktu, wokół pojęcia pojawiły się pewne niejasności, co ma odzwierciedlenie zarówno w zainteresowaniu przedmiotem w ramach doktryny prawa karnego, jak i stało się ono zagadnieniem częstokroć rozważanym w judykaturze.

Wedle słownika języka polskiego, termin „groźba” oznacza „(...) zapowiedź niebezpieczeństwa, kary, zemsty itp.; pogroźka (...)”<sup>471</sup>, natomiast określenie „bezprawny” – „(...) niezgodny z prawem, zabroniony przez prawo; nielegalny (...)”<sup>472</sup>. Można przyjąć, iż skoro ustawodawca zdecydował o umieszczeniu legalnej definicji pojęcia w k.k., to wykładnię literalną cechował niski stopień określoności. Co więcej, wydaje się, że w tym przypadku wyżej wspomniany rodzaj wykładni nie zapewniłby prawidłowej subsumpcji pojęcia na etapie stosowania prawa.

---

<sup>468</sup> Patrz: Wyrok SO w Kielcach z 09.10.2014 r., IX Ka 1041/14, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/\\$N/152005000004506\\_IX\\_Ka\\_001041\\_2014\\_Uz\\_2014-10-09\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/$N/152005000004506_IX_Ka_001041_2014_Uz_2014-10-09_001), [dostęp: 20.10.2019 r.], Wyrok SO w Częstochowie z 09.11.2016 r., II K 104/16, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/\\$N/151510000001006\\_II\\_K\\_000104\\_1016\\_Uz\\_2016-11-09\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/$N/151510000001006_II_K_000104_1016_Uz_2016-11-09_002), [dostęp 20.10.2019 r.].

<sup>469</sup> Patrz: Wyrok SN z 09.03.2017 r., IV KK 345/16, LEX nr 2242373.

<sup>470</sup> Patrz: Wyrok SO w Jeleniej Górze z 26.07.2013 r., VI Ka 307/13, [www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155005000003006\\_VI\\_Ka\\_000307\\_2013\\_Uz\\_2013-07-26\\_002](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155005000003006_VI_Ka_000307_2013_Uz_2013-07-26_002), [dostęp: 20.10.2019]. Więcej na temat niniejszego rozstrzygnięcia: Patrz: K. Witczak, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 26 lipca 2013 r., VI Ka 307/13*, *Folia Iuridica* 2018, Nr 82, s. 125 i n., R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w czynności seksualnej*, Prok. i Pr. 2012, Nr 5, s. 27.

<sup>471</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. A-J, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 1081.

<sup>472</sup> *Ibidem*, s. 237.

Ustawodawca przewidział kilka rodzajów gróźb, które zaliczają się do zakresu pojęcia „groźba bezprawna”. Należy nadmienić, iż wskazany katalog wyróżnia się zamkniętym charakterem. Z kolei pomiędzy poszczególnymi typami groźby zachodzi relacja alternatywy. Innymi słowy, wystarczy, aby sprawca zastosował jeden rodzaj groźby wymieniony w 115 § 12 k.k. wobec pokrzywdzonego, aby zostało zrealizowane znamię groźby bezprawnej.

### 3.2.1 Groźba karalna

W analizowanym przepisie prawa zostało użyte sformułowanie „groźba, o której mowa w art. 190”, aczkolwiek wymiennie używa się pojęcia groźby karalnej. Przede wszystkim, znamię „grozi popełnieniem przestępstwa” sugeruje, iż treścią jest zapowiedź popełnienia przestępstwa (zbrodni lub występku) na szkodę zagrożonego lub osoby mu najbliższej. Ustawodawca nie stworzył katalogu przestępstw, których dokonanie miałyby zostać uwzględnione jako zapowiedź przestępstwa w ramach art. 190 § 1 k.k.<sup>473</sup>.

Gwoli zaznaczenia przedmiotu ochrony występującego na gruncie analizowanej regulacji, wypada zaznaczyć, iż poglądy w literaturze wskazują przede wszystkim na wolność od strachu przestępstwa na szkodę zagrożonego lub jego najbliższych i zapewnieniu poczucia bezpieczeństwa<sup>474</sup>. Natomiast, trafnie S. Hyps dodaje, iż wspomniane poczucie bezpieczeństwa człowieka powinno być chronione w zgodzie z jego subiektywnym odczuciem zagrożenia<sup>475</sup>. Wspomniany kształt przedmiotu ochrony sugeruje, że sprawca musi grozić dokonaniem przestępstwa, nie czynu zabronionego<sup>476</sup>. Nie zrealizuje znamion zawartych w analizowanej regulacji zagrożenie popełnieniem wykroczenia, deliktu dyscyplinarnego, naruszeniem zasad współżycia społecznego lub naruszeniem norm zwyczajowych<sup>477</sup>. Podobnie należy ocenić problem w odniesieniu do przestępstwa skarbowego. Groźby bezprawnej nie stanowi również zagrożenie niewykonaniem umowy, jednak przy założeniu, iż czyn ten nie wypełni znamion przestępstwa. Ponadto w gestii sądu leży ocena czy czyn, którego popełnieniem groził sprawca, jest faktycznie przestępstwem. Jeżeli, wedle sądu karygodność zachowania

---

<sup>473</sup> Tak też: K. Nazar-Gutowska, *Groźba bezprawna w polskim prawie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 138.

<sup>474</sup> Por. M. Mozgawa, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 190* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 565,

<sup>475</sup> Patrz: S. Hyps, *op. cit.*, s. 908.

<sup>476</sup> Tak też: J. Kosonoga, *Karnoprawna...*, *op. cit.*, s. 233.

<sup>477</sup> Więcej na ten temat: J. Lachowski, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 190* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 861.

należy określić na poziomie znikomego stopnia społecznej szkodliwości, wówczas sprawca nie poniesie odpowiedzialności karnej na podstawie art. 190 § 1 k.k.<sup>478</sup>.

Kolejnym elementem w strukturze tego przestępstwa jest wymóg, aby groźba wzbudziła u adresata uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona. Należy poprzeć zdanie wyrażone przez S. Hypsia, iż groźba jest „(...) zapowiedzią spowodowania określonej dolegliwości, tj. wykonania czegoś, co zagrożony odczuje jako przykrość (krzywdę), a co wzbudzi u osoby zagrożonej uzasadnione poczucie obawy, że może się realnie wydarzyć. Groźba jest zatem rodzajem oddziaływania na psychikę ofiary przez przedstawienie jej zła (szkody), które ją spotka ze strony sprawcy lub innej osoby, na którą sprawca ma realny wpływ, i jest zdolny ją w bliżej nieokreślonym czasie wypełnić”<sup>479</sup>. Wyodrębnienie tej cechy w ramach instytucji groźby karalnej stanowi wynik linii orzeczniczej powstałej przy okazji rozważania tego zagadnienia. Przywołując jedynie kilka przykładowych rozstrzygnięć dotyczących powyższego przedmiotu, warto zwrócić uwagę na wyrok SN z 10 maja 1972 r. (I KR 74/72), gdzie teza jego brzmi „Dla bytu przestępstwa, określonego w art. 166 k.k. nie jest konieczne stwierdzenie obiektywnego niebezpieczeństwa realizacji groźby, a wystarczy by wzbudzała u zagrożonego obawę jej wykonania”<sup>480</sup>. Kolejnym z orzeczeń, które dotyczy charakteru groźby, jest wyrok SA w Krakowie z 17 grudnia 2008 r. (II AKa 196/08). Zostało w nim zawarte, iż dla wypełnienia zespołu znamion przestępstwa z art. 190 § 1 k.k. nie jest wymagane spełnienie przez sprawcę groźby. Ponadto wystąpienie obiektywnego niebezpieczeństwa realizacji groźby nie ma obligatoryjnego charakteru. Przystępność czynu nastąpi, jeżeli groźba wzbudziła uzasadnioną obawę, iż będzie spełniona<sup>481</sup>. Również w wyroku SA w Katowicach z 20 sierpnia 2009 r. (II AKa 123/09) zostało zawarte: „Zachowanie realizujące przestępstwa z art. 190 § 1 k.k. polega na groźeniu innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej i możliwą jest groźba, której celem jest tylko wywołanie stanu obawy przed jej spełnieniem. Dla bytu tego przestępstwa nie jest wymagane, aby sprawca miał rzeczywiście zamiar wykonać groźbę, ani też, aby istniały obiektywne okoliczności jej realizacji, a wystarczy, aby z punktu widzenia pokrzywdzonego, w subiektywnym jego odczuciu, groźba ta wywoływała przekonanie, że jest poważna oraz że może zostać spełniona”<sup>482</sup>. Obecnie nie wymaga się

---

<sup>478</sup> *Ibidem*.

<sup>479</sup> S. Hyps, *op. cit.*, s. 908.

<sup>480</sup> Wyrok SN z 10.05.1972 r., I KR 74/72, LEX nr 21490.

<sup>481</sup> Wyrok SA w Krakowie z 17.12.2008 r., II AKa 196/08, LEX 500194.

<sup>482</sup> Wyrok SA w Katowicach, 20.08.2009 r., II AKa 123/09, LEX nr 553860.

stwierdzenia obiektywnego niebezpieczeństwa zrealizowania groźby, aczkolwiek wydaje się, iż nie należy całkowicie pomijać obiektywnego czynnika<sup>483</sup>.

Jako tego rodzaju czynnik należy wskazać przymiot obawy, a mianowicie fakt, czy jest ona „uzasadniona”. Z jednej strony pokrzywdzony musi odczuwać obawę, tzn., że odnosi się ona do jego podmiotowych uczuć. Z drugiej – musi być ona uzasadniona według skali przeciętnych, uznanych w określonym środowisku ocen<sup>484</sup>. Wedle wyroku SN z 16 lutego 2007 r. (WA 5/07) o spełnieniu uzasadnionej obawy można mówić, gdy „(...) przeciętny człowiek o porównywalnych do ofiary cechach osobowości, psychiki, intelektu i umysłowości, w porównywalnych warunkach uznałby tę groźbę za realną i wzbudzającą obawę”<sup>485</sup>. W pełni należy poprzeć opinię, iż uzasadniona obawa również wystąpi, gdy nie można stwierdzić zaistnienia obiektywnego niebezpieczeństwa spełnienia groźby, np. jeżeli sprawca grozi spowodowaniem wybuchu, posługując się jedynie atrapą bomby, jednak groźba jest wypowiedziana w na tyle sugestywny sposób, że wzbudza ona obawę<sup>486</sup>. Zachowanie sprawcy oraz jego odbiór przez pokrzywdzonego wymagają pewnego zrelatywizowania<sup>487</sup>. Do oceny tej kwestii może posłużyć, np. środowisko, w którym przebywa groźący i adresat groźby, jeżeli zaprezentowane zachowanie jest wpisane w specyfikę języka, którego używają lub znacząca dysproporcja sił wyłączająca obawę spełnienia groźby<sup>488</sup>.

Pomocnym przykładem dla wyznaczenia zespołu desygnatów pojęcia „wywołanie uzasadnionej obawy jej spełnienia” na etapie subsumpcji prawa jest postanowienie SN z 25 lipca 2018 r. (IV KK 262/18)<sup>489</sup>. Rozważono w nim stan faktyczny, w którym sprawca zastosował wobec pokrzywdzonej groźbę bezprawną w formie zapowiedzi upublicznienia jej zdjęć w bieliźnie za pomocą Internetu. Groźba wzbudziła w kobiecie uzasadnioną obawę jej spełnienia i doprowadziła do możliwości utrwalenia nagiego wizerunku kobiety, dotykania przez sprawcę jej piersi, narządów rodnych<sup>490</sup>. Warto zwrócić uwagę na niniejszy stan faktyczny, gdyż stanowi interesujący przykład, sytuacji, gdy między czynami zabronionymi uregulowanymi w art. 190 § 1 k.k. oraz w art. 191a § 1 k.k. zajdzie wzajemna relacja zawierania. Sprawca, pragnąc dokonać

---

<sup>483</sup> Tak też: K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 64-65.

<sup>484</sup> Patrz: J. Śliwowski, *Prawo karne*, wyd. 2, PWN, Warszawa 1979, s. 384.

<sup>485</sup> Wyrok SN z 16.02.2007 r., WA 5/07, LEX nr 445909.

<sup>486</sup> Tak też: K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 65.

<sup>487</sup> Patrz: J. Kosonoga, *Karnopravna...*, *op. cit.*, s. 234.

<sup>488</sup> Patrz: wyrok SN z 07.11.2008 r., III KK 153/08, OSN Prok. i Pr. 2009, Nr 4, poz. 6.

<sup>489</sup> Postanowienie SN z 25.07.2018 r., IV KK 262/18, , [www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv\\_kk\\_262-18.docx.html](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv_kk_262-18.docx.html), [dostęp: 21.11.2019 r.].

<sup>490</sup> *Ibidem*.



czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k. w wariantcie utrwalania, posługuje się groźbą dokonania czynu zabronionego (przy założeniu, że w tym przypadku bielizna została wykonana z prześwitującej tkaniny) z art. 191a § 1 k.k. w wariantcie rozpowszechniania. Z uwagi na fakt, iż sprawca posługując się wymienioną groźbą osiągnął zakładany cel, można przypuszczać, iż możliwość zapoznania się ze zdjęciami przedstawiającymi pokrzywdzoną w bieliźnie przez albo oznaczonych, albo nieoznaczonych<sup>491</sup> odbiorców tego rodzaju treści zostały ocenione przez nią jako zachowanie w wyższym stopniu dolegliwe aniżeli to samo przestępstwo w wariantcie utrwalania wizerunku. Podejście pokrzywdzonej sprawia, iż nie sposób nie zadać pytania o zasadność wprowadzenia kwalifikowanego typu przestępstwa do struktury art. 191a § 1 k.k., a w konsekwencji zróżnicowania zagrożenia ustawowego karą w zależności od znamienia czynnościowego. Kobieta stojąc przed wyborem, który z wariantów tego przestępstwa jest w jej ocenie mniej dolegliwy, „umożliwiła” utrwalenie sprawcy własnego wizerunku w stanie nagości. Jednakże jako istotę i jednocześnie odpowiedź dla niniejszego problemu należy wskazać subiektywność odczuć. Mimo iż z przynależymy do z pozoru jednolitego kręgu kulturowego, to jednak wiele zróżnicowanych czynników wpływa na zakres kształtowanych granic sfery intymności (np. wartości wyniesione z domu, doświadczenia z dzieciństwa, prowadzony tryb życia, zaburzenia psychiczne, etc.). Dlatego, wyodrębnienie typu kwalifikowanego czynu zabronionego z art. 191a k.k. ze względu na znamie sprawcze, nie byłoby w tym przypadku pożądane, gdyż nie jest możliwe posłużenie się w pełni obiektywnymi kryteriami dokonując tego rodzaju rozróżnienia, a w konsekwencji mogłoby to stwarzać ryzyko do nadużyć w płaszczyźnie zasady równości obywatela wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP) oraz prawa do sprawiedliwego procesu (art. 45 Konstytucji RP).

Również w orzeczeniu SR w Szczecinie z 29 listopada 2017 r. (V K 905/17) rozpatrzeniu podlegał czyn sprawcy m.in. z uwagi na regulację zawartą w art. 191a k.k. oraz posłużenie się przez sprawcę groźbą dla osiągnięcia celu<sup>492</sup>. Sprawca przez Internet przy pomocy aplikacji do prowadzenia korespondencji zastosował groźbę bezprawną, polegającą na groźeniu rozpowszechnieniem nagich zdjęć małoletniej (14 lat). Zmuszał ją do określonego zachowania, w postaci wykonywania różnego rodzaju zadań, w tym

---

<sup>491</sup>W postanowieniu SN z 25 lipca 2018 r. (IV KK 262/18) nie zawarto informacji w przedmiocie charakteru kręgu potencjalnych adresatów zdjęć. Patrz: Postanowienie SN z 25.07.2018 r., IV KK 262/18, [www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv\\_kk\\_262-18.docx.html](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv_kk_262-18.docx.html), [dostęp: 21.11.2019 r.].

<sup>492</sup> Wyrok Szczecin-Centrum w Szczecinie z 29.11.2017 r., V K 905/17, LEX nr 2427901.

samookaleczenia się, nakazując ich wykonywanie poprzez przesyłanie wiadomości wraz ze stosownymi fotografiami za pomocą wspomnianej aplikacji. Treść groźby w ocenie sądu wzbudziła w pokrzywdzonej uzasadnioną obawę, iż zostanie ona spełniona<sup>493</sup>. Nie ulega wątpliwości, iż wyrażona groźba rzeczywiście wywołała w małoletnią obawę, skoro strach wobec rozpowszechnienia jej wizerunku w stanie nagości sprawił, iż była skłonna do dokonania samookaleczenia. Podany stan faktyczny ukazuje możliwe natężenie oddziaływania groźby bezprawnej jako narzędzia nacisku na psychikę zagrożonego. Należy zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię. Otóż porównując wszystkie przytoczone stany faktyczne, nie sposób nie zauważyć pewnej prawidłowości. Przepięstwo uregulowane w art. 191a § 1 k.k. w wariantcie rozpowszechniania wizerunku często stanowi element treści groźby z uwagi na art. 190 § 1 k.k. Oczywiście jak zostało uprzednio zasygnalizowane, wynika to z faktu, że dla wielu osób rozpowszechnienie utrwalenia ich wizerunku w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej czy to wśród odbiorców znanych, czy anonimowych, jest czynnością związaną z kształtowaniem granic sfery intymnej, ingerującą w głębokim stopniu w ich wolność, która jest przecież z charakteru zindywidualizowana oraz immanentnie przypisana do określonego człowieka. W następstwie, jeżeli bezprawna ingerencja jest odbierana przez pryzmat wskazanych przymiotów, może być oceniona przez pokrzywdzonego jako szczególnie dolegliwa.

W powiązaniu z podniesionym powyżej problemem subiektywnych odczuć osoby pozostaje treść postanowienia SN z 15 lutego 2007 r. (IV KK 273/06), w którym zostało zawarte, iż oceny znamion groźby karalnej można dokonać także poprzez pryzmat charakteru i czasu podjęcia przez pokrzywdzonego działań, które mają na celu ochronę naruszonego dobra<sup>494</sup>. Zachowanie pokrzywdzonego można potraktować jako wyznacznik poziomu jego negatywnych dolegliwości w sferze psychicznej, tj. poziomu obaw, strachu lub przerażenia, stanowiących rezultat bezprawnych działań sprawcy<sup>495</sup>. Groźba karalna nie wystąpi, jeżeli zagrożony miał świadomość, że groźący nie ma zamiaru spełnić swojej zapowiedzi, ponieważ tego rodzaju groźba nie wywołuje u adresata uzasadnionej obawy, że zostanie spełniona. Jeżeli, wystosowana groźba była żartem, wówczas należy rozważyć, czy osoby postronne wiedziały, iż sprawca nie chce

---

<sup>493</sup> *Ibidem*.

<sup>494</sup> Postanowienie SN z 15.02.2007 r., IV K.K. 273/06, OSNSK 2007, Nr 1, poz. 44.

<sup>495</sup> *Ibidem*.

spełnić swojej zapowiedzi<sup>496</sup>. Odmienne jednak należy ocenić przypadek, jeżeli sprawca grozi pokrzywdzonemu, że bezpośrednim wykonawcą czynu będzie osoba niepoczytalna, nieletnia lub działająca w błędzie, na której działania jest on w stanie wywrzeć bezpośredni wpływ. Innymi słowy, w tym przypadku osoba niezdolna do zawinienia nie będzie traktowana jako sprawca a jedynie „narzędzie” w rękach rzeczywistego sprawcy. Wówczas tego rodzaju zachowanie wypełnia zespół znamion groźby karalnej<sup>497</sup>.

Podając za przykład kilka zachowań uznanych przez sąd za przejaw groźby karalnej (w ramach art. 190 § 1 k.k.), należy sięgnąć do orzeczenia SO w Kielcach z 13 listopada 2013 r. (IX Ka 1446/13). Stwierdzono tam, że grożenie sprawcy może przybrać formę posługiwania się zwrotami „załatwię cię”, „nie masz już życia”, „nie będziesz miał życia”; „jesteś trupem”, „już nie żyjesz”<sup>498</sup>. Z kolei, zwroty „popamiętasz mnie”, „ja ci pokażę jeszcze”, „zemszczę się”, „znajdę cię”, „ostrzegam cię” zostały uznane w wyroku z 15 października 2008 r. przez SA w Krakowie (II AKa 140/08) za zbyt ogólne, by mogły być zaszeregowane w sposób jednoznaczny jako groźba karalna<sup>499</sup>. Ocenie we wskazanych przypadkach podlega kontekst, w którym zostały wypowiedziane określone słowa. Natomiast, w wyroku SN z 3 kwietnia 2008 r. (IV KK 471/07), za emanację groźby uznano zbyt bliskie podjeżdżanie autem do pokrzywdzonej osoby, z jednoczesnym zwiększaniem obrotów pracy silnika, gwałtowne hamowania lub przyspieszenia oraz robienie tzw. kółek wokół jej dzieci<sup>500</sup>.

Kolejną kwestią wartą omówienia jest odróżnienie groźby od zmuszania. Przede wszystkim osoba grożąca do niczego nie zmusza adresata groźby. Jej działanie sprowadza się do zapowiedzi przedsięwzięcia czynności, która będzie w stanie wywołać u odbiorcy obawę. W następstwie treść groźby musi wyróżniać się cechami, mogącymi spowodować wzbudzenie obawy. Jeżeli, zapowiedź odnosi się do następstw albo okoliczności irrelevantnych w kontekście porządku prawnego, to nie może ona skutkować penalizacją czynu sprawcy<sup>501</sup>. Natomiast, gdy zapowiedź czynu dotyczy przestępstwa, można mówić o groźbie bezprawnej. Przykładem zastosowania groźby karalnej na gruncie art. 191a § 1 k.k. jest sytuacja użycia przez sprawcę, szantażu wobec

---

<sup>496</sup> Por. A. Spotowski, *Przestępstwa przeciwko wolności, czci i nietykalności* [w:] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, t. 4, cz. 2, Ossolineum, Wrocław 1989, s. 35.

<sup>497</sup> Tak też: M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 190* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1169.

<sup>498</sup> Wyrok SO w Kielcach z 13.11.2013 r., IX Ka 1446/13, LEX nr 1717624.

<sup>499</sup> Wyrok SA w Krakowie z 15.10.2008 r., II AKa 140/08, LEX nr 490993.

<sup>500</sup> Wyrok SN z 03.04.2008 r., IV KK 471/07, LEX nr 388595.

<sup>501</sup> K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 67.

pokrzywdzonego, który ma na celu doprowadzenie do utrwalenia wizerunku (przewidzianego w art. 191a k.k.), za pomocą groźenia, iż w przeciwnym razie sprawca pobije pokrzywdzonego lub osobę jemu najbliższą.

Co więcej należy również rozróżnić groźbę od ostrzeżenia. Przede wszystkim różnicy między nimi należy upatrywać w motywacji oraz celach, które występują u sprawcy. W przypadku ostrzeżenia motywacja sprawcy ma wymiar pozytywny, np. w formie życzliwości dla ostrzeganej osoby. Z kolei w trakcie stosowania groźby, sprawca stosuje zastraszanie innej osoby. Jednakże, jeżeli osoba ostrzega kogoś przed swoim własnym zachowaniem, które ma zamiar spełnić, to w takim rzekomym ostrzeżeniu należy odczytywać groźbę. Jednak, w teorii jest możliwa sytuacja, gdy zapowiedź własnego nieprzyjaznego działania z uwagi na cele i motywację, może stanowić ostrzeżenie, acz należy ją postrzegać w kategorii wyjątku<sup>502</sup>. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem J. Kosonogi, iż trudno uznać, że ktoś ma zamiar uchronić inną osobę przed zagrażającym jej działaniem, którego sam ma być źródłem<sup>503</sup>. Można wyobrazić sobie stan faktyczny, w którym osoba ostrzega o swoim zamierzonym działaniu względem potencjalnej ofiary licząc, że dzięki tej informacji spowoduje określone zachowanie lub uzyska bardziej wartościowe dobro, aniżeli w przypadku, gdyby uprzednio „pokrzywdzony” nie dysponował taką informacją.

Pozostając w problematyce odróżnienia groźby od innych zachowań, które mają na celu wyrzucić określone działanie lub zaniechanie na jej adresacie, warto zaakcentować rozdział zachodzący pomiędzy groźbą karalną a pogroźką. Ta ostatnia zakłada, że zapowiedź spowodowania dolegliwości jest na tyle niejasna oraz ogólnikowa, iż nie jest możliwe skonkretyzowanie na czyją szkodę ma zostać popełnione przestępstwo<sup>504</sup>. Natomiast ustawodawca wyraził *expressis verbis*, iż groźba karalna ma być wyrażona względem oznaczonego adresata (zagrożonego lub jego bliskich). Dlatego też adresat groźby musi być ściśle oznaczony, chociaż nie jest obligatoryjne, aby została ona wypowiedziana w jego obecności. Nie ma również obowiązku, aby groźba podlegała natychmiastowej realizacji<sup>505</sup>. Realizacja czynu zabronionego, uwzględnionego w analizowanym przepisie prawa, nie jest zdeterminowana przez podjęcie przez sprawcę jakichkolwiek działań zmierzających do spełnienia groźby, czy też przez rzeczywisty

---

<sup>502</sup> Tak też: K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *op. cit.*, s. 131-132.

<sup>503</sup> Patrz: J. Kosonoga, *Art. 190...*, *op. cit.*, s. 1125.

<sup>504</sup> Patrz: A. Spotowski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24.08 1987 r., I KR 225/87*, NP 1989, Nr 7-8, s. 180.

<sup>505</sup> K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 140.

zamiar jej spełnienia. Ponadto irrelewantne w przypadku oceny czynu na gruncie art. 190 § 1 k.k. pozostają faktyczne możliwości spełnienia groźby, a także faktyczny cel, w którym została wyrażona groźba.

W nawiązaniu do powyższego stwierdzenia, odbiorcą groźby może być zarówno pokrzywdzony, jak i osoby najbliższe pokrzywdzonemu. Innymi słowy, adresatem groźby będzie wyłącznie osoba fizyczna. Nie można skierować zapowiedzi w stronę osoby prawnej, gdyż nie odczuwa ona lęku, chyba że z jej treści wynika zagrożenie dla osób fizycznych, które ją reprezentują. W rezultacie to one mogą odczuć lęk lub obawę spełnienia zagrożenia<sup>506</sup>.

Kontynuując problematykę możliwych odbiorców groźby uregulowanej w art. 190 § 1 k.k., wypada nadmienić, iż zgodnie z art. 115 § 11 k.k. jako osobę najbliższą poczytuje się małżonka, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osobę pozostającą w stosunku przysposobienia oraz jej małżonka, a także osobę pozostającą we wspólnym pożyciu. Należy podkreślić, że niesłuszne jest utożsamianie terminu „osoby pozostającej we wspólnym pożyciu” z konkubinatem. Oczywiście, można przypuszczać, iż konkubinaty będą mieściły się w zakresie wyżej wymienionego pojęcia. Skoro osoby pozostają w relacji emocjonalnej, a w następstwie również więzi ekonomicznej oraz pożyciu fizycznym, zbliżonym w kształcie do małżeństwa, to wydaje się, iż nie ma przeszkód, aby taką osobę zaliczyć do grona najbliższych pokrzywdzonemu. Ponadto K. Nazar-Gutowska stoi na stanowisku, że zawężanie pojęcia „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” jedynie do konkubinatu to niewłaściwe postrzeganie problemu<sup>507</sup>. Analogicznie należy potraktować przypadek nadmiernego – zdaniem przedstawicielki doktryny (przyp. red.), rozszerzenia zakresu omawianego terminu, przez utożsamianie go z prowadzeniem wspólnego gospodarstwa domowego i występowaniem więzi psychicznej. Przyjęcie takiego rozwiązania sprowadzałoby się do założenia, że osobami najbliższymi w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. będą dwie przyjaciółki wynajmujące stancję, a przy tym prowadzące wspólne gospodarstwo domowe. Przy wyznaczeniu terminu „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”, autorka powyższego poglądu wskazuje na wystąpienie szczególnego rodzaju relacji, który jest zbliżony do tej między małżonkami. Podkreśla ona również, iż w tym przypadku niezbędnym jest występowanie trzech więzi między osobami: fizycznej, psychicznej oraz gospodarczej. Wymienione przymioty, poza

---

<sup>506</sup> Tak też: L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Leon Frommer, Kraków 1936, s. 506.

<sup>507</sup> K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 71.

konkubinatem mogą dotyczyć również związku osób tej samej płci. Co więcej, w ramach informacji na temat pojęcia „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”, należy stwierdzić, że w rozumieniu art. 115 § 11 k.k., groźby karalnej nie będzie stanowiła zapowiedź skrzywdzenia osoby spokrewnionej lub spowinowaczonej w linii bocznej od trzeciego stopnia z pokrzywdzonym. Taką osobą może być np. wujek z bratankiem. Podobnie, poza zakresem kryminalizacji z uwagi na art. 190 § 1 k.k. znajduje się groźba fizycznego skrzywdzenia, np. siostrzenicy ofiary. W tym przypadku nie zostaną uwzględnione łączące z ofiarą silne więzy emocjonalne. Ponadto zagrożenie dokonaniem kradzieży, czy okaleczeniem zwierzęcia należącym do ofiary (w kontekście art. 278 § 1 k.k. – stanowi ono rzecz ruchomą, a więc może być przedmiotem wykonawczym czynów zabronionych) także nie stanowi przejawu groźby karalnej<sup>508</sup>. Tego rodzaju rozwiązanie należy uznać za niepozbawione wad, gdyż w różnych rodzinach w odmienny sposób kształtują się więzy emocjonalne. Stopień pokrewieństwa nie oddaje w pełni oddania czy przywiązania emocjonalnego między poszczególnymi członkami rodziny, etc. Czasami sytuacja rodzinna jest tak dalece skomplikowana, że dochodzi do wytworzenia silniejszych „zastępczych” więzów emocjonalnych pomiędzy wieloletnimi przyjaciółmi. Podobnie sytuacja kształtuje się w przypadku relacji np. właściciel – zwierzę domowe. W wielu gospodarstwach domowych zwierzę zyskuje status „pełnoprawnego” członka rodziny, a jego strata jest dotkliwa w równym stopniu, co śmierć pozostałych członków rodziny. Dlatego groźba popełnienia przestępstwa na szkodę zwierzęcia może okazać się równie skuteczna, co wystosowanie zbliżonej treści groźby względem człowieka. Wyłączenie spod zakresu kryminalizacji przytoczonych przypadków utrudnia osiągnięcie optymalnego poziomu efektywności niniejszej regulacji na etapie stosowania prawa oraz co najmniej czyni wątpliwym spójność niniejszego rozwiązania z założeniami wykładni funkcjonalnej, aczkolwiek poczynione powyżej uwagi obecnie wymagałyby interwencji ustawodawcy w treść przepisu art. 115 § 11 k.k.

Należy zgodzić się z opinią, iż w ramach groźby karalnej może wystąpić relacja, gdy groźący jest osobą najbliższą dla osoby zagrożonej realizacją groźby. Zapowiada on dokonanie czynu na samym sobie, aczkolwiek działanie to, aby mogło być rozpatrywane w kontekście groźby karalnej, musi stanowić przestępstwo w ramach karnoprawnego porządku. Ponadto warto podkreślić, że może zaistnieć sytuacja, gdy sprawca grozi

---

<sup>508</sup> *Ibidem*, s. 72-73.

samookaleczeniem lub popełnieniem samobójstwa, jednakże czyny te nie stanowią przestępstwa w rozumieniu k.k.<sup>509</sup>.

Kolejnym zagadnieniem związanym z konkretyzacją adresata groźby karalnej jest tzw. groźba pośrednia. Sprowadza się ona do sytuacji, gdy groźący kieruje groźbę nie bezpośrednio do osoby zagrożonej, lecz do innej osoby, która stanowi wyłącznie środek przekazu zapowiedzi skierowanej do adresata. Należy nadmienić, że omawiany rodzaj groźby jest podstawą odpowiedzialności karnej jedynie wtedy, gdy między osobą stosującą groźbę a osobą, za której pośrednictwem dociera ona do pokrzywdzonego, istnieje porozumienie lub, gdy sprawca, informując osobę trzecią o groźbie, co najmniej przewidywał, że treść ta dojdzie do pokrzywdzonego i godził się na to<sup>510</sup>. Celem systematyzacji, warto podkreślić, iż o groźbie karalnej można mówić, gdy zostanie wykazane, że groźba w mniemaniu zagrożonego wywołała obawę spełnienia. Na dalszym etapie musi nastąpić weryfikacja w kategoriach obiektywnych, tj. ustalenie, czy zaistniałe okoliczności sprawiały, że zagrożony istotnie mógł w ten sposób ją poczytać. Należy przy tym podkreślić, że obydwie wymienione przesłanki muszą być spełnione łącznie. Zatem, w przypadku, gdy sprawca stosuje groźbę karalną w celu utrwalenia (rozpowszechnienia) wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej, niezbędnym jest wykazanie, że wystosowana treść wzbudziła w pokrzywdzonym uzasadnioną obawę, iż zostanie ona spełniona.

Prócz wymienionych uprzednio, ważnym składnikiem konstrukcji przestępstwa wyrażenia groźby karalnej, mimo iż nie uwzględnionym *expressis verbis* w k.k. jest świadomość po stronie adresata groźby. Powinien on uświadamiać sobie, że zostanie popełnione przestępstwo na jego szkodę lub osoby mu najbliższej. W konsekwencji zdaniem A. Spotowskiego, odpowiedniego poziomu świadomości w analizowanym kontekście nie przejawia niemowlę oraz cudzoziemiec, który nie włada językiem polskim, gdyż nie są oni w stanie właściwie odebrać treści komunikatu pochodzącego od sprawcy<sup>511</sup>. Wydaje się, iż jeżeli sprawca włada innym językiem, aniżeli język polski, którym jednocześnie posługuje się odbiorca groźby w dostatecznym stopniu, aby zrozumieć przekazywaną treść, to zachowanie sprawcy można zakwalifikować jako groźbę karalną. Poza tym tak samo należy potraktować sytuację, gdy sprawca, nie posługując się językiem polskim, celem groźenia, wykorzystuje gesty, które są czytelne

---

<sup>509</sup> K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *Groźba w polskim prawie karnym*, PWN, Warszawa 1958, s. 83-84.

<sup>510</sup> Więcej na ten temat: K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *op. cit.*, s. 133-134.

<sup>511</sup> A. Spotowski, *Przestępstwa...*, *op. cit.* s. 29. Por. J. Lachowski, *op. cit.*, s. 861-862.

dla osoby zagrożonej. Ponadto od formy, w której została wyrażona groźba zależy, zarówno ilość, jak i jakość wyrażen odczytywanych przez zagrożonego. To z kolei implikuje nasilenie odczuwanego przez niego strachu oraz zmniejszenie oporu. Zdarzają się bowiem przypadki, gdy osoba poddawana presji, ulega dopiero w momencie, kiedy groźący zmienił formę groźby lub zwiększył ilość wyrażen odbieranych przez zagrożoną osobę<sup>512</sup>. Zarówno groźba karalna, jak i wydaje się pozostałe postaci groźby bezprawnej mogą przybrać postać wyraźnej lub dorozumianej. Co więcej, zdaniem L. Peipera, jest możliwa również groźba sytuacyjna, która polega na tym, że z uwagi na konkretne okoliczności jest wiadome, iż sprawca zapowiada dokonanie przestępstwa na szkodę zagrożonego<sup>513</sup>. Innymi słowy, sprawca wykorzystując zaistniały kontekst sytuacyjny, grozi w sposób niezrozumiały dla postronnych, ale czytelny dla adresata zachowania. Groźba może przybrać słowną jak i pisemną formę. Może ona również zostać wyrażona gestem, czy innym zachowaniem<sup>514</sup>. Jednakże musi ona być wystosowana w sposób zrozumiały dla adresata, aby mógł się zapoznać z jej treścią. Groźba w postaci konkludentnej stwarza ryzyko uchylenia się od odpowiedzialności przez sprawcę. Może wystąpić sytuacja, gdy groźący czyni to w sposób niezrozumiały dla postronnych, ale wyraźny dla zagrożonego, np. wypowiadając ciąg słów jasny tylko dla nich. W rezultacie całokształt okoliczności składających się na określony stan faktyczny powinien być poddany szczegółowej analizie dla zapobieżenia nadmiernego rozszerzenia zakresu groźby karalnej<sup>515</sup>.

Kolejną ważną kwestią, którą wypada poruszyć w odniesieniu do treści groźby, a tym samym potencjalnej zdolności jej recepcji jest fakt, iż na gruncie art. 190 k.k. nie musi zachodzić tożsamość osoby zapowiadającej przestępstwo i sprawcy. Jednakże relacja między groźącym oraz sprawcą musi być tego rodzaju, aby groźący mógł wywrzeć wpływ na sprawcę w kwestii popełnienia czynu zabronionego, który stanowi treść groźby<sup>516</sup>.

Dla egzemplifikacji zachowań sprawcy w postaci posłużenia się groźbą, aby osiągnąć zamierzony cel na gruncie art. 191a § 1 k.k., warto wskazać orzeczenie SO

---

<sup>512</sup> Patrz: K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *op. cit.*, s. 121.

<sup>513</sup> Patrz: L. Peiper, *op. cit.*, s. 505.

<sup>514</sup> Wyrok SN z 08.10.1934 r., I K 626/34, OSN(K) 1934, nr 4, poz. 148.

<sup>515</sup> Tak też: K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 144. Więcej na temat pojęcia groźby konkludentnej: K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *op. cit.*, s. 131.

<sup>516</sup> K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *op. cit.*, s. 95.



w Częstochowie z 9 listopada 2016 r. (II K 104/16)<sup>517</sup>. Zwroty użyte przez sprawcę w sposób bezpośredni oraz pośredni do pokrzywdzonego - „nagrywaj, jak urżnę mu łeb”, „ty s...u jak nie znajdziesz roboty to ci łeb urżnę” - nie pozostawiają żadnych wątpliwości, co do przynależności do zakresu pojęcia „groźba karalna”. Poza tym, zachowanie przejawiające się przystawieniem noża do gardła pokrzywdzonego jest powszechnie znanym gestem, sugerującym uszkodzenie ciała lub zabójstwo. Treść niniejszego rozstrzygnięcia wskazuje, że całokształt okoliczności jest w stanie wzbudzić uzasadnioną obawę u zagrożonego. Z kolei w wyroku SO w Jeleniej Górze z 26 lipca 2013 r. (VI Ka 307/13)<sup>518</sup>, sprawca groził m.in. wywiezieniem pokrzywdzonej za granicę. Poza tym, w treści zacytowanego orzeczenia pojawia się dorozumiana postać groźby bezprawnej, tj. napisanie listu pożegnalnego zaadresowanego do matki. Tego rodzaju zachowanie ma w założeniu sugerować zamiar popełnienia samobójstwa (jako komunikat dla odbiorcy listu), a także oczekiwanie na zabójstwo (jako komunikat dla ofiary), więc bez wątpienia może ono wzbudzić obawę u osoby, która zostaje zmuszona do podjęcia tego rodzaju działania<sup>519</sup>.

Czyn opisany w regulacji z art. 190 k.k. jest przestępstwem skutkowym. W tym przypadku jako skutek należy poczytać wywołanie obawy u pokrzywdzonego spełnienia zapowiedzi. Słusznie, zdaniem K. Nazar-Gutowskiej, samo spełnienie obawy nie stanowi skutku<sup>520</sup>. Innymi słowy, penalizacja czynu nie jest zdeterminowana przez spełnienie zapowiedzi. Przestępstwo stosowania groźby karalnej wyróżnia się umyślnym charakterem. Może ono zostać popełnione w zamiarze bezpośrednim. Jednakże, na gruncie dyskursu naukowego pojawiają się wątpliwości co do zamiaru ewentualnego<sup>521</sup>. Należy przychylić się do opinii, które dopuszczają możliwość popełnienia niniejszego czynu zabronionego w zamiarze ewentualnym. Nie wydaje się, aby charakter czynności

---

<sup>517</sup> Wyrok SO w Częstochowie z 09.11.2016 r., II K 104/16 [www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/15502015001006\\_II\\_K\\_00497\\_2013\\_Uz\\_2015-04-14\\_002](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/15502015001006_II_K_00497_2013_Uz_2015-04-14_002), [dostęp: 20.11.2019].

<sup>518</sup> Wyrok SO w Jeleniej Górze z 26.07.2013 r., VI Ka 307/13, [www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155005000003006\\_VI\\_Ka\\_000307\\_2013\\_Uz\\_2013-07-26\\_002](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155005000003006_VI_Ka_000307_2013_Uz_2013-07-26_002), [dostęp: 25.11.2019].

<sup>519</sup> Więcej na ten temat: K. Witczak, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 26 lipca 2013 r., VI Ka 307/13*, Folia Iuridica 2018, Nr 82, s. 125 i n.,

<sup>520</sup> Patrz: K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 151.

<sup>521</sup> Tak też: K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 160, A. Spotowski, *op. cit.*, s. 35, J. Lachowski, *op. cit.*, s. 862. Por. A. Marek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 317, O. Górniok, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 190* [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Komentarz do artykułów 117-221. Część szczególna*, t. 1, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 187.

sprawczej - „grozić” - implikował chęć wzbudzenia w zagrożonym uzasadnionej obawy, że groźba zostanie spełniona.

Dla wypełnienia znamion uwzględnionych w art. 190 § 1 k.k. bez znaczenia pozostają pobudki, którymi sprawca kierował się w czasie czynu, jak i również, czy zamierza on spełnić groźbę oraz czy ma taką możliwość<sup>522</sup>. Należy w pełni poprzeć opinie J. Lachowskiego w kwestii konstrukcji usiłowania przestępstwa z art. 190 § 1 k.k., iż wedle art. 13 § 1 k.k. w ramach strony podmiotowej, usiłowanie następuje, gdy sprawca bezpośrednio zmierza do dokonania, które nie następuje, a więc musi dopuszczać się zachowań, które bezpośrednio poprzedzają rozpoczęcie realizacji zespołu znamion przestępstwa. Wyrażanie groźby najczęściej będzie stanowić czynność, która pośrednio zmierza do dokonania czynu zabronionego<sup>523</sup>.

### **3.2.2 Groźba spowodowania postępowania karnego lub innego postępowania, w którym może zostać nałożona kara administracyjna pieniężna**

Zapowiedź spowodowania postępowania karnego lub innego postępowania, w którym może zostać nałożona kara administracyjna nie stanowi samoistnego przestępstwa. Innymi słowy, chodzi tutaj o popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego (aczkolwiek nie, wykroczenia, wykroczenia skarbowego lub postępowania dyscyplinarnego). J. Majewski wyrażone zdanie popiera stwierdzeniem, że wskazówkę dla wyznaczenia terminu „postępowanie karne” stanowi jedna z językowych dyrektyw interpretacyjnych<sup>524</sup>. Nakazuje ona tym samym zwrotom językowym w obrębie danego aktu prawnego przypisywać takie samo znaczenie. Z kolei zwrot „postępowanie karne” został również uwzględniony w art. 239 k.k. (przestępstwo poplecznictwa). Z analizy tego przepisu wynika, że zapowiedź postępowania karnego stanowi znamię jednej z postaci groźby bezprawnej z art. 115 § 12 k.k.<sup>525</sup>. Odnosząc powyższe poglądy w przedmiocie groźby spowodowania postępowania karnego lub innego postępowania, w którym może zostać nałożona kara administracyjna do regulacji z art. 191a § 1 k.k. można przypuszczać, że zakres pojęcia w szerokim ujęciu, dostatecznie efektywnie

---

<sup>522</sup> Tak też: O. Górniok, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 190* [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Komentarz do artykułów 117-221. Część szczególna*, t. 1, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 187, M. Berent, M. Filar, *op. cit.*, s. 1170, Wyrok SA w Lublinie z 26.06.2012 r., II AKa 136/12, LEX nr 1213853. Por. J. Lachowski, *op. cit.*, s. 862.

<sup>523</sup> J. Lachowski, *op. cit.*, s. 862.

<sup>524</sup> J. Majewski, *op. cit.*, s. 1004. Por. P. Daniluk, *Art. 115. Rozdział XIV. Objasnienie wyrażeń ustawowych* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 752.

<sup>525</sup> *Ibidem*.

zabezpieczy przedmiot karnoprawnej ochrony (wolność od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności). Tego rodzaju groźba może oddziaływać w niepożądany sposób w kontekście zdrowia psychicznego zagrożonej osoby, gdyż przyjmuje ona formę nacisku. Tym samym, tego typu zapowiedź może wpłynąć na procesy motywacyjne pokrzywdzonego, a następnie nastawić jego decyzję w pożądanym przez sprawcę kierunku. Zarówno zapowiedź spowodowania postępowania karnego, jak i zapowiedź spowodowania postępowania karno-skarbowego może stanowić przyczynek do gwałtownej zmiany trybu życia zagrożonego. Np. informacja o zainicjowaniu postępowania w przedmiocie przestępstwa skarbowego, zwykle nie służy prowadzeniu działalności gospodarczej, gdyż zniechęca potencjalnych klientów, kontrahentów lub współników, którzy mogą obawiać się o wiarygodność osoby, której to postępowanie dotyczy. Z tej racji, nietrudno wyobrazić sobie sytuację, gdy groźący powziął informację o popełnionym przestępstwie powiązanim bezpośrednio z działalnością gospodarczą ofiary. Ta z kolei, chcąc uniknąć dolegliwości wynikających z postępowania karno-skarbowego, spełnia żądanie sprawcy i umożliwia utrwalenie własnego wizerunku, gdzie występuje w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej.

Oczywiście pozostając dalej w temacie dotyczącym interpretacji zachowania w postaci spowodowania postępowania karnego, należy nadmienić, iż jeżeli nastąpi to na skutek działania osoby, która powzięła informację o popełnieniu przestępstwa będącym przedmiotem zawiadomienia, które uznaje się za obowiązek społeczny (art. 304 k.p.k.), to ten rodzaj groźby nie podlega penalizacji, nawet jeżeli sprawca by ją zrealizował<sup>526</sup>. Jednakże, na gruncie k.k. nie można wykorzystywać tego rodzaju informacji do zmuszania osoby do określonego zachowania. W tym przypadku wypada wskazać na pewne wyjątki. Przede wszystkim, chodzi tu o sytuacje, gdy groźący został uprzednio poszkodowany przestępstwem osoby zagrożonej. Z tego powodu zapowiada on spowodowanie postępowania, aby uzyskać naprawienie szkody<sup>527</sup>. Z kolei, jeżeli sprawca zdaje sobie sprawę, że pokrzywdzony przestępstwa nie popełnił, to groźba spowodowania postępowania karnego (postępowania skarbowego) stanowi groźbę fałszywego oskarżenia przed organem powołanym do ścigania lub nakładania kar o charakterze administracyjnym. Stwarza to możliwość odpowiedzialności za tę groźbę także

---

<sup>526</sup> Tak też: K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 73.

<sup>527</sup> Więcej na ten temat: A. Spotowski, *op. cit.*, s. 44.

w przypadku, gdy nie posługiwano się nią jako środkiem zmuszania<sup>528</sup>. Dlatego nie ma znaczenia czy postępowanie karne poczytuje się za merytorycznie uzasadnione i czy powinno się toczyć. W rezultacie prawdziwość lub nieprawdziwość informacji będącej treścią groźby, jak i świadomość w tym przedmiocie zarówno grożącego, jak i zagrożonego, nie mają znaczenia w kontekście oceny zaistnienia groźby. W tym przypadku należy poddać analizie przede wszystkim kontekst przekazanej informacji - tj. czy przekazana wiadomość stanowi element służący do wywołania obawy. Groźba będzie wyróżniała się bezprawnym charakterem, bez względu na to, czy powstała na podstawie zmyślonych, czy prawdziwych faktów. Ta, która powstała na bazie nieprawdziwych informacji może stanowić również skuteczny środek zmuszania<sup>529</sup>.

W tym miejscu warto wymienić możliwe postacie groźby spowodowania postępowania karnego lub innego postępowania, w którym może zostać nałożona kara administracyjna. Będą nimi zapowiedzi zawiadomienia organów ścigania o popełnieniu przez określoną osobę przestępstwa ściganego z urzędu, zapowiedź wniesienia oskarżenia przez pokrzywdzonego w charakterze oskarżyciela prywatnego, zapowiedź złożenia wniosku o ściganie przy przestępstwach ściganych na wniosek, a także zapowiedź anonimowego powiadomienia o przestępstwie. Innymi słowy, bez znaczenia pozostaje forma zainicjowania postępowania karnego (postępowania karno-skarbowego)<sup>530</sup>. Warto podkreślić, że nie jest wymagane zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa. J. Majewski do powyższych sytuacji dodaje jeszcze przypadek zapowiedzi poinformowania pokrzywdzonego o tym, że zagrożony jest przez osobę, która popełniła przestępstwo na jego szkodę<sup>531</sup>. Z kolei groźbą spowodowania wskazanych postępowań nie będzie podjęcie działań w związku z już toczącym się postępowaniem, np. złożenie obciążających zeznań. Wynika to przede wszystkim z wykładni językowej, gdyż termin „spowodować” oznacza „(...) stać się przyczyną czegoś, wywołać coś, pociągnąć coś za sobą, doprowadzić do czegoś, sprawić coś”<sup>532</sup>. Co więcej, należy zgodzić się z P. Danilukiem, który podkreśla, że groźbę bezprawną stanowi wyrażona przez sprawcę

---

<sup>528</sup> Patrz: K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 75.

<sup>529</sup> Tak też: K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 75, A. Wąsek, *Rozdział XIV. Objaśnienie wyrażeń ustawowych. Art. 115* [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz do art. 1-116*, t. 1, Arche, Gdańsk 2005, s. 843, J. Bojarski, O. Górniok, *Rozdział XIV. Objaśnienie wyrażeń ustawowych* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 815.

<sup>530</sup> Tak też: J. Kosonoga, *Karnopravna...*, *op. cit.*, s. 235.

<sup>531</sup> Patrz: J. Majewski, *op. cit.*, s. 1005.

<sup>532</sup> Patrz: S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. P-Ś, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 1343.

podczas toczącego się postępowania karnego (*in rem*), zapowiedź doprowadzenia do wszczęcia postępowania karnego przeciwko osobie (*in personam*)<sup>533</sup>. Postępowanie z fazy *in rem* przechodzi w fazę *in personam* z chwilą wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów lub postawieniem zarzutu w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego (art. 71 § 1 k.p.k.).

Omawiając groźbę w kontekście spowodowania postępowania karnego, nie sposób pominąć zagadnienia charakteru groźby spowodowania postępowania w sprawie nieletniego. Słusznie M. Mozgawa poddaje w wątpliwość możliwości zastosowania groźby spowodowania postępowania w sprawach nieletnich, gdyż nie jest ono postępowaniem karnym. Jednak jak zaznacza autor poglądu „(...) jeżeli weźmiemy pod uwagę płaszczyznę postępowania w sprawach o czyny karalne (a zatem o czyny stanowiące przestępstwo, przestępstwo skarbowe albo wykroczenia enumeratywnie wymienione w art. 1 § 2 u.p.n.), to sytuacja nie jest już tak jednoznaczna. Dlaczego bowiem możemy uznawać za zachowanie spełniające warunki groźby spowodowania postępowania karnego w przypadku skierowania takiej groźby w stosunku do osoby dorosłej, nie ma zaś takiej możliwości, gdy analogicznie ktoś zachowuje się w ten sposób wobec nieletniego (a zatem osoby, na której – z racji młodego wieku – owa groźba może wywrzeć zdecydowanie większe wrażenie)”<sup>534</sup>.

Dla właściwej interpretacji powyższego rodzaju groźby bezprawnej, prócz scharakteryzowania rodzajów postępowań, które wchodzą w jej zakres, wypada też podkreślić też znaczenie wyrazu „jedynie” w art. 115 § 12 zd. 2 k.k. W ramach legalnej definicji groźby bezprawnej, ustawodawca zdecydował, że zapowiedź postępowania karnego nie stanowi groźby, jeżeli ma ona jedynie na celu ochronę prawa naruszonego przestępstwem. Użyte wyrażenie „jedynie” nie przesądza o tym, że groźba bezprawna wystąpi, gdy ochrona prawa naruszonego przestępstwem stanowi wyłączny cel zapowiedzi spowodowania postępowania karnego<sup>535</sup>. Należy mieć w tym przypadku na uwadze przede wszystkim założenia wykładni celowościowej.

W powiązaniu z powyższym zagadnieniem pozostaje kwestia interpretacji sformułowania „ochrona prawa naruszonego przestępstwem”. Wypada zgodzić się

---

<sup>533</sup> Więcej na ten temat: P. Daniluk, *op. cit.*, s. 753.

<sup>534</sup> M. Mozgawa, *Rozdział XVI. Objaśnienie wyrazów ustawowych. Art. 115 § 12* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 369. Por. K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 77.

<sup>535</sup> Tak też: P. Daniluk, *op. cit.*, s. 753, M. Surkont, *Groźba spowodowania postępowania karnego jako postać groźby bezprawnej w polskim prawie karnym*, Pal. 1993, z. 9-10, s. 18, M. Mozgawa, *Rozdział XIV...*, *op. cit.*, 371.

z opinią, że pojęcie „przestępstwo” ujęte w art. 115 § 12 zd. 2 k.k. powinno być pochytywane jako „czyn zabroniony pod groźbą kary”. Za niniejszym rozwiązaniem przemawiają względy celowościowe w postaci ochrony prawa, gdyż cel sprawcy może zostać osiągnięty zarówno groźeniem popełnienia przestępstwa, jak i nieprzestępnego czynu zabronionego (przypadek nieletniości lub niepoczytalności sprawcy czynu zabronionego)<sup>536</sup>. J. Majewski dodaje, iż groźbę bezprawną stanowi zapowiedź spowodowania postępowania karnego w sprawie innego przestępstwa niż to, które naruszyło prawo, jakie groźący chce chronić<sup>537</sup>.

W tym miejscu wypada zwrócić uwagę na problem w związku z oceną skutków, które albo powinno albo nie powinno (w zależności od zajmowanego stanowiska – przyp. red.) wywołać zachowanie sprawcy. W art. 190 § 1 k.k. ustawodawca *expressis verbis* uwzględnił przymiot statuujący groźbę karalną w postaci wzbudzenia w zagrożonym uzasadnionej obawy. Pozostałe z wariantów zachowań stanowiących przejawy groźby bezprawnej nie zostały opatrzone tego rodzaju wymogiem<sup>538</sup>. Jednakże uwzględniając znaczenie funkcji gwarancyjnej oraz sprawiedliwościowej prawa karnego, a także zasady wykładni funkcjonalnej należy podjąć próbę obiektywizacji kryterium, dlatego wydaje się, iż natężenie właściwości „powagi” groźby powinno być na tyle wysokie, aby pokrzywdzony był przekonany o zrealizowaniu zapowiedzianego niebezpieczeństwa. Należy zauważyć, iż groźba bezprawna stanowi znanie dla niektórych typów przestępstw (w tym również dla przestępstwa uregulowanego w art. 191a § 1 k.k.), dlatego jest ona jedynie etapem w realizacji czynu zabronionego. Nieprzyjęcie tego rodzaju kryterium mogłoby prowadzić do nadmiernej kryminalizacji niektórych zachowań, a co za tym idzie również do nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności karnej sprawcy<sup>539</sup>.

---

<sup>536</sup> Tak też: P. Daniluk, *op. cit.*, s. 754, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 84.

<sup>537</sup> Patrz: J. Majewski, *op. cit.*, s. 1006. Por. P. Daniluk, *op. cit.*, s. 753. Por. R. Zawłocki, *Rozdział XIV. Objaśnienie wyrażeń ustawowych* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32-116*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 782.

<sup>538</sup> Uwagi w temacie wzbudzenia uzasadnionej obawy u zagrożonego odnoszą się również do groźby rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej.

<sup>539</sup> Tak też: A. Zoll, *Rozdział XIV. Objaśnienie wyrażeń ustawowych* [w:] K. Buchała, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116*, Zakamycze, Kraków 1998, s. 636, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 90, S. Hypś, *Rozdział XIV. Objaśnienie wyrażeń ustawowych* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 703, Wyrok SN z 19.12.1949 r., WaK 605/49 PiP 1950, z. 7, s. 140. Por. J. Majewski, *op. cit.*, s. 1007-1008, P. Daniluk, *op. cit.*, s. 751, Wyrok SN z 02.12.1948 r., K 1668/48, PiP 1949 z. 4, s. 145.

### 3.2.3 Groźba rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej

Kolejną postacią groźby bezprawnej (art. 115 § 12 k.k.) jest groźba rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej. Przedmiot tego typu groźby sprowadza się do zachowania polegającego na rozgłoszeniu określonej wiadomości, które by naruszało cześć zagrożonego lub osoby mu najbliższej w rozumieniu przepisów prawa cywilnego o ochronie dóbr osobistych<sup>540</sup>.

Groźenie rozgłoszeniem tego rodzaju wiadomości, jeżeli nie ma na celu zmuszenia, nie podlega odpowiedzialności karnej. Determinantą tego rodzaju odpowiedzialności jest zamiar sprawcy, który stosuje groźbę do narzucenia osobie pokrzywdzonej określonego zachowania. Sprawca oddziałuje na psychikę adresata groźby. Żądanie sprawcy może być następstwem powzięcia przez sprawcę informacji w przedmiocie pokrzywdzonego lub jego najbliższych<sup>541</sup>. Skoro sprawca rozgłasza wiadomości, które uwłaczają czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej, to muszą one przynosić ujmę, uszczerbek dla dobrego imienia pokrzywdzonego. Wedle definicji słownikowej pojęcie „uwłaczający” oznacza „(...) przynoszący ujmę; obraźliwy”<sup>542</sup>. Z kolei już bezpośrednio na gruncie prawa charakteryzowany rodzaj wiadomości może ujawniać moralnie naganne zachowanie, czy też wskazywać na wady charakterologiczne, które dyskwalifikują określoną osobę w danym środowisku lub w ogóle, bądź zagrażać pozycji społeczno-etycznej zagrożonego. Należy nadmienić, iż określenie, czy konkretna wiadomość nosi cechy uwłaczającej jest uzależniona od okoliczności w związku z określoną sytuacją, a zwłaszcza panującymi zwyczajami, normami moralnymi, poziomem kulturalnym i panującymi regułami współżycia. Jako egzemplifikację działania charakterystycznego dla uwłaczania czci należy wskazać zhańbienie, okazanie lekceważenia, negację poszanowania, pogardliwe poniżenie, narażenie na śmieszność, wzgardę, lekceważenie. Często przejawiają się one jako obwinienie, zakomunikowanie wiadomości, która może poniżyć, zarzucającej niegodny postępek, posądzającej lub obwiniającej<sup>543</sup>. Natomiast, przez termin „cześć” należy rozumieć „(...) szacunek,

---

<sup>540</sup> Tak też: J. Majewski, *op. cit.*, s. 1006.

<sup>541</sup> Patrz: M. Surkont, *Zapowiedź rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci jako postać groźby bezprawnej*, NP 1989, Nr 5-6, s. 101-113.

<sup>542</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. T-Ż, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 313.

<sup>543</sup> M. Surkont, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 108. Por. K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 80.

poważanie, poszanowanie, uznanie (...)”<sup>544</sup>. Jednakże warto zwrócić uwagę, iż wskazane pojęcie charakteryzuje się zmiennym zespołem desygnatów. Innymi słowy, podlega ono stałej ewolucji. Wynika to przede wszystkim z faktu, że wraz z postępowaniem cywilizacyjnym, a także rozwojem technizacyjnym oraz technologicznym zmianie ulegają również normy społeczno-obyczajowe podzielane w społeczeństwie. Z kolei pojęcie czci pozostaje w stałej koherencji ze wspomnianymi zagadnieniami. Niewątpliwym jest fakt, że cześć należy do kanonu dóbr osobistych, a zatem podlega ochronie prawnej.

Oczywiście zgodnie z art. 115 § 12 k.k. wyżej wspomniana cześć ma zostać naruszona przez rozgłoszenie wiadomości uwłaczającej dla zagrożonego (lub jego osoby najbliższej). Wedle słownika języka polskiego, pojęcie „rozgłosić (rozgłaszać)” należy rozumieć jako „(...) głośząc rozpowszechnić (rozpowszechnić), opowiedzieć (opowiadać) coś wszystkim wokół; rozpowiedzieć (rozpowiadać)”<sup>545</sup>. Oczywiście w każdym stanie faktycznym należy przyznać prymat wykładni językowej, o ile jest możliwe posłużenie się nią bez uszczerbku dla prawidłowości oraz skuteczności interpretacji niniejszego pojęcia. Zabieg ten służy uprzystępnieniu przepisów prawa w ramach karnoprawnego porządku dla osób, które nie wyróżniają się wiedzą prawniczą. Ponadto stanowi przejaw funkcji gwarancyjnej prawa karnego, a także jego subsydiarnego charakteru, jak i służy zabezpieczeniu prawidłowej realizacji prawa do sprawiedliwego procesu. Jednak wydaje się, iż rozbieżność poglądów<sup>546</sup>, co do jego zakresu, występująca w literaturze przedmiotu, wskazuje, iż w praktyce wystąpiły stany faktyczne, gdzie posłużenie się potocznym rozumieniem tego terminu nie doprowadziło do pożądanego rezultatu względem subsumpcji prawa. Jeżeli chodzi o przykład wyłączenia z zakresu znaczeniowego groźby rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej - zapowiedzi przekazania wiadomości małżonkowi o niemoralnym prowadzeniu się drugiego małżonka, to na gruncie art. 191a k.k., takie rozwiązanie *prima facie* wydaje się godzić w efektywną ochronę dobra zagrożonego. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy groźący zapowiada przekazanie tego rodzaju informacji, jeżeli zagrożony nie zgodzi się pozować w trakcie

---

<sup>544</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. A-J, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 520.

<sup>545</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. P-Ś..., *op. cit.*, s. 998.

<sup>546</sup> Patrz: W. Wolter, *Rozdział XVI. Wyjaśnienie wyrażeń ustawowych (art. 120)* [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter (red.), *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 380, J. Bojarski, O. Górniak, *op. cit.*, s. 815, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 82,



wspólnego uczestniczenia w czynności seksualnej. Z tego powodu interpretacja terminu „rozgłoszenie” jako przekazanie wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub osoby jemu najbliższej jednej tylko, określonej osobie, mogłaby w niektórych sytuacjach zwiększyć efektywność karnoprawnej ochrony określonego dobra. Niemniej jednak literalne brzmienie pojęcia „rozgłoszenie” nie pozostawia wątpliwości co do interpretacji tego rodzaju zachowania. Należy przyjąć, że przekazanie tego typu wiadomości wyłącznie jednej osobie pozostanie poza zakresem tej postaci groźby bezprawnej. Dla zobrazowania istoty groźby bezprawnej w postaci groźby rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej można wskazać przypadek, gdy sprawca, korzystając z usług osoby trudniącej się prostytutką, zmuszając ją przy tym do utrwalenia czynności seksualnych, w których z nią uczestniczył, grożąc jednocześnie, że jeśli się temu nie podda, rozgłosi informację, że zagrożony (zagrożona) uczestniczy w tym procederze<sup>547</sup>.

Na etapie stosowania prawa może pojawić się problem rozróżnienia groźby bezprawnej od zniesławienia. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że groźba, która odnosi się do wiadomości uwłaczającej czci jest zakresowo szerszym określeniem, aniżeli zniesławienie<sup>548</sup>. Dla unormowania tej instytucji wykorzystano bowiem pojęcia „postępowanie” oraz „właściwości”. Postępowanie to sposób zachowania się danej osoby, sposób jej poczynań, sprawowania się. Na postępowanie składają się czyny<sup>549</sup>. Natomiast, właściwości są powiązane z wrodzonymi lub nabytymi cechami. Z kolei zastosowanie pojęcia „wiadomości” w ramach definicji groźby bezprawnej wydaje się właściwym zabiegiem. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż mogą wystąpić okoliczności, których nie można poczytać za postępowanie pokrzywdzonej osoby, jak i właściwości o hańbiącym charakterze, np. rozgłoszenie, że osobę wyrzucono z domu lub spoliczkowano. Z tego powodu termin „wiadomości” wypada uznać za wyczerpujący z uwagi na zakres treści informacji, które mogą uwłaczać<sup>550</sup>. Należy przy tym nadmienić, iż wiadomości, które uwłaczają czci, mogą być fałszywe lub prawdziwe.

Odróżnienie przestępstwa groźby bezprawnej w postaci groźby rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej od przestępstwa zniesławienia nasuwa kolejne pytanie związane z relacją między tego rodzaju groźbą

---

<sup>547</sup> R. Krajewski, *op. cit.*, s. 34.

<sup>548</sup> Patrz: M. Surkont, *Pomawianie jako sposób działania zniesławiającego*, Pal. 1979, z. 10, s. 36 i n. Por. P. Daniluk, *op. cit.*, s. 754, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 82.

<sup>549</sup> *Ibidem*.

<sup>550</sup> Patrz: K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 80.

a groźbą karalną. Ostatnia z wymienionych regulacji odnosi się do groźby popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa (także skierowanego przeciw czci), dlatego wykorzystując wnioskowanie *a contrario*, można stwierdzić, że groźba rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci, nie może stanowić jednocześnie groźby z art. 190 k.k.<sup>551</sup>. W przeciwnym razie zakresy obydwu przestępstw pokrywałyby się.

Przechodząc do przedmiotu czynności sprawczej, wypada stwierdzić, że może być nim w tym przypadku zagrożony lub jego najbliższa osoba, o której sprawca powziął wiadomość o charakterze uwłaczającym dla czci. Jednak, jak spostrzegł M. Surkont „(...) zagrożenie czci może narazić nie tylko najbliższego, jednakowe wiadomości mogą kompromitować także pozornie pośrednio zainteresowaną osobę”<sup>552</sup>. Co więcej, należy uznać, iż jest możliwa groźba rozgłoszenia uwłaczających wiadomości o osobach zmarłych, najbliższych dla zagrożonego. Należy mieć świadomość, że śmierć nie niweczy rodzinnych powiązań, natomiast szacunek, którym obdarza się najbliższych zmarłych, może je wzmacniać<sup>553</sup>. W rezultacie wypada uznać, iż w niektórych przypadkach groźba rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci osoby najbliższej, zmarłej może być bardziej dolegliwa dla jej członka rodziny aniżeli gdyby sytuacja odnosiła się do osoby żyjącej. Niektóre z treści mogą być trudno lub nawet nieweryfikowalne, a więc i nie do sprostowania w wiarygodny sposób dla kręgu odbiorców tego rodzaju wiadomości. Zatem, znaczenie wykładni celowościowej przemawia za objęciem zakresem pojęcia „osoba najbliższa” również osób zmarłych w chwili rozgłaszania wiadomości uwłaczającej czci.

Celem podsumowania zagadnienia groźby bezprawnej warto podkreślić, że ten sposób zachowania mający na celu wymuszenie określonego zachowania przez sprawcę jest mniej ryzykowny, aniżeli przemoc. Natomiast poziom skuteczności obydwóch środków jest porównywalny<sup>554</sup>. Poza tym, tytułem zasygnalizowania problemu warto dodać, iż w trakcie analizy orzecznictwa na potrzeby omawianego zagadnienia z uwagi na środek dokonania przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., nasuwa się konstatacja, iż groźba karalna stanowi na tym tle dominującą postać groźby bezprawnej. Z kolei dwie pozostałe formy groźby odgrywają jedynie marginalną rolę.

---

<sup>551</sup> Patrz: A. Marek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 317-318.

<sup>552</sup> M. Surkont, *Podmioty karnej ochrony czci i godności osobistej*, Pal. 1979, z. 1, s. 25.

<sup>553</sup> Tak też: M. Surkont, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 114. Por. K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 80.

<sup>554</sup> Tak też: M. Jachimowicz, *Przestępstwo utrwalania wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, KKSSiP 2012, z. 2, s.

### 3.3 Podstęp jako sposób działania sprawcy w kontekście

#### art. 191 § 1 k.k.

Rozpoczynając rozważania na temat podstępu jako środka, którym posługuje się sprawca celem zmuszenia ofiary do poddania się utrwaleniu albo do rozpowszechnienia jej wizerunku przewidzianego w art. 191a § 1 k.k., warto podkreślić, iż wielu autorów w zbliżony sposób pojmuje zakres desygnatów tego pojęcia do tego, który wynika z brzmienia art. 197 k.k.<sup>555</sup> Ponadto należy przytoczyć definicję ujętą w słowniku języka polskiego. Otóż wedle niej, termin ten oznacza „(...) obmyślane, sprytne działanie mające na celu zmylenie kogoś; fortel, wybieg, trik (...)”<sup>556</sup>. Wydaje się jednak, iż mnogość powstałych poglądów w ramach dyskursu naukowego odnoszących się do pojęcia „podstęp”, sugeruje, iż potoczne brzmienie niniejszego terminu poniekąd przysparza trudności w warunkach subsumpcji prawa z uwagi na przymiot efektywności.

W tym miejscu wypada nadmienić, że w doktrynie prawa karnego zostały wyodrębnione dwa ujęcia podstępu. W węższym ujęciu sprowadza się on do wprowadzenia w błąd lub wykorzystania błędu ofiary, co do przesłanek motywacyjnych, które determinują powzięcie przez ofiarę decyzji co do wyrażonego przyzwolenia. Natomiast, w szerszym ujęciu podstęp polega na wprowadzeniu w błąd lub wykorzystaniu błędu w sferze przesłanek procesu motywacyjnego ofiary, jak również na wyzyskaniu lub spowodowaniu błędu ofiary, w którym nie mogła podjąć lub wypełnić decyzji woli z uwagi na wyłączenie aparatu decyzyjnego lub ruchowego<sup>557</sup>. W kontekście treści art. 191a § 1 k.k. zdecydowanie przeważa pogląd o potrzebie ujęcia podstępu w szerokim aspekcie<sup>558</sup>. Niewątpliwie należy zgodzić się z tym stanowiskiem, gdyż jest

---

<sup>555</sup> Patrz: S. Hypś, *Rozdział XXIII. Przepęstwa przeciwko wolności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 923, M. Mozgawa, *Rozdział XXIII. Przepęstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 583, J. Lachowski, *Rozdział XXIII. Przepęstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 874, A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 449.

<sup>556</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN, t. P-Ś...*, op. cit., s. 261. Por. J. Warylewski, § 23. *Przepęstwo zgwałcenia (art. 197 k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przepęstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 691.

<sup>557</sup> Patrz: M. Filar, *Przepęstwa w dziedzinie stosunków seksualnych* [w:] I. Andrejew (red.), *System prawa karnego*, Ossolineum, Warszawa 1989, s. 168. Więcej na ten temat: Wyrok SN z 04.03.2009 r., IV KK 339/08, LEX nr 491341, Wyrok SN z 27.10.1986 r., II KR 134/86, OSNPG 1987, Nr 7, poz. 80.

<sup>558</sup> Patrz: A. Marek, *Kodeks...*, op. cit., s. 385, S. Hypś, *Rozdział XXV. Przepęstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 948, M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV. Przepęstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*

ono w stanie skutecznie przyczynić się do zapewnienia optymalnego poziomu ochrony wolności od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności. Dysponent dobrem, aby móc świadomie i dobrowolnie nakreślać tego rodzaju granice, musi mieć do tego stworzoną płaszczyznę w okresie przed rozpoczęciem wypełniania znamion czynu zabronionego przez sprawcę. Dlatego należy zgodzić się ze stwierdzeniem M. Filara, iż podstęp nie odnosi się wyłącznie do samego stosunku (w omawianym przypadku utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku z art. 191a § 1 k.k. – przyp. red.), ale dotyczy również okresu poprzedzającego stosunek, gdyż jego zadaniem jest stworzenie gruntu dla stosunku poprzez wykluczenie możliwości oporu<sup>559</sup>. Wynika to przede wszystkim ze specyficznego charakteru dóbr indywidualnych – każde z nich jest immanentnie związane z określonym człowiekiem. W związku z tym tego rodzaju rozwiązanie wynika z wykładni celowościowej niniejszego przepisu prawa, jak i stanowi następstwo gwarancyjnej funkcji prawa karnego.

Dla wyjaśnienia powyższych definicji pojęcia „podstęp” należy nadmienić, że błąd to niezgodność świadomości z rzeczywistością<sup>560</sup>. Dlatego istota podstępu zawiera się w braku świadomości pokrzywdzonego, co do rzeczywistego całokształtu okoliczności lub co do możliwego przyszłego kształtu, który pozostaje w ścisłym powiązaniu z wykorzystaniem podstępu przez sprawcę<sup>561</sup>. M. Rodzyńkiewicz dodaje, iż między błędem ofiary a jej decyzją lub stanem niemożności podejmowania decyzji musi zachodzić związek *sine qua non*. Polega on na tym, że „(...) bez błędu wywołanego przez sprawcę podstępnie, ofiara nie podjęłaby decyzji o wyrażeniu zgody (...) albo też nie doprowadziłaby się do stanu psychicznej lub fizycznej niemożności podjęcia decyzji w tym względzie”<sup>562</sup>. Poza tym trafnym skondensowaniem niniejszego problemu jest zdanie wyrażone przez J. Warylewskiego, który twierdzi, że podstęp zachodzi, jeżeli dysponent dobrem wyraża zgodę i jest ona rezultatem jego decyzji, przy zachowanej wolności woli, lub nie wyraża sprzeciwu, ponieważ nie może tego zrobić”<sup>563</sup>.

---

*Kodeksu karnego*, t.2, Zakamycze, Kraków 1999, s. 518, Wyrok SN z 10.01.1985 r, II KR 239/84, OSNKW 1985, Nr 9 – 10, poz. 74.

<sup>559</sup> M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, PWN, Warszawa – Poznań 1974, s. 105 i n.

<sup>560</sup> Patrz: W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, PWN, Warszawa 1965, s. 8.

<sup>561</sup> Tak też: V. Konarska-Wrzosek, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 895.

<sup>562</sup> Patrz: M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 518. Por. M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII...*, *op. cit.*, s. 610.

<sup>563</sup> J. Warylewski, *op. cit.*, s. 692.

Co do właściwości, którymi będzie wyróżniał się sprawca, aby stwierdzić, że posługuje się podstępem, musi on działać z góry powziętym zamiarem osłabienia lub wyłączenia zdolności pokrzywdzonego względem ewentualnej odmowy<sup>564</sup>. Z kolei w wyroku SN z 10 stycznia 1985 r. (II KR 239/84) znalazło się słuszne ze względów celowościowych twierdzenie, iż błąd ofiary popełniony w ramach podstępu może dotyczyć zarówno tożsamości sprawcy, jak i podejmowanych przez niego czynności<sup>565</sup>. Prawnie irrelevantnym w kontekście kwalifikacji określonego zachowania jako podstęp pozostaje fakt, czy pokrzywdzony mógł z łatwością rozpoznać wykorzystanie podstępu przez sprawcę, gdyż nie można wymagać od ofiary ponadprzeciętnej ostrożności<sup>566</sup>.

Przechodząc do aspektów praktycznych posłużenia się podstępem na gruncie art. 191a § 1 k.k., wypada wskazać przykład, gdy osoba, która pozostaje w błędzie, wyraża zgodę na utrwalenie własnego wizerunku w stanie nagości (np. sprawca stwierdza, że aparat fotograficzny nie działa), osoba ta nie jest świadoma faktu utrwalania wizerunku i w związku z tym nie wyrazi sprzeciwu<sup>567</sup>. Ponadto zachowanie sprowadzające się do sfotografowania wizerunku nagiej osoby przez sprawcę, który podaje się za lekarza i powołuje się na konieczność wykonania dokumentacji medycznej, zrealizuje znamię podstępu. W taki sam sposób należy ocenić, gdy pokrzywdzony (-a) jest przekonany (- a), iż fotografie wykonuje jego małżonka (-ek)<sup>568</sup>.

W kwestii postaci wykorzystania podstępu, nie sposób nie wskazać doprowadzenia do stanu nieprzytomności przy użyciu środków chemicznych dodanych do trunku lub potrawy spożywanej przez ofiarę<sup>569</sup>. Przykładem takiego środka może być tzw. pigułka gwałtu. Rozpuszczona w alkoholu powoduje wyłączenie świadomości, a także kilkugodzinne zwiotczenie mięśni<sup>570</sup>. W konsekwencji ofiara znajduje się w stanie, który uniemożliwia jej swobodne kształtowanie procesów motywacyjnych, a zatem nastąpiło wyzyskanie błędu. Oczywiście należy uwzględnić fakt, iż ze względu na stale zachodzący postęp, zwłaszcza w dziedzinach chemicznych i im pokrewnych w niektórych stanach faktycznych pojawi się konieczność skorzystania z opinii biegłych

---

<sup>564</sup> Tak też: S. Hypś, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 948.

<sup>565</sup> Wyrok SN z 10.01.1985 r., II KR 239/84, OSNKW 1985, Nr 9 – 10, poz. 74.

<sup>566</sup> Patrz: J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo zgwałcenia (art. 197 k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 692. Tak też: wyrok SA w Rzeszowie z 17.10.2002 r., II AKa 96/02, OSP 2005, z. 3, poz. 43, z glosą B. Kurzępy, OSP 2005, z. 3, poz. 178. Por. Postanowienie SN z 30.07.2008 r., II KK 21/08, OSNKW 2008, poz. 1550.

<sup>567</sup> Patrz: M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie...*, *op. cit.*, s. 527.

<sup>568</sup> J. Kosonoga, *Karnoprawna...*, *op. cit.*, s. 237.

<sup>569</sup> Patrz: J. Kosonoga, *Karnoprawna...*, *op. cit.*, s. 237

<sup>570</sup> M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie...*, *op. cit.*, s. 527.

w przedmiocie oceny właściwości określonego środka<sup>571</sup>. O ile nieświadome przyjęcie tego rodzaju środków niewątpliwie należy zakwalifikować jako posłużenie się podstępem, o tyle jawne wykorzystywanie tego rodzaju środków, wbrew woli pokrzywdzonego należy uznać za przemoc<sup>572</sup>. Z kolei jako podstęp nie należy poczytywać podania innej osobie tzw. afrodyzjaków, ponieważ tego typu środki nie wyłączają możliwości podjęcia decyzji woli w kwestii zachowań mieszczących się w sferze intymnej człowieka<sup>573</sup>.

Natomiast kwalifikacja wprowadzenia w stan upojenia alkoholowego pokrzywdzonego przez osoby trzecie jako podstęp wydaje się bardziej złożoną kwestią, aniżeli tego rodzaju ocena w przypadku podania afrodyzjaku. Trudno bowiem za przejaw podstępnego działania uznać upicie nawet osoby małoletniej alkoholem przez osoby trzecie (przy założeniu, że świadomie i dobrowolnie go spożywa). W dzisiejszych czasach trudno wyobrazić sobie, że ktoś nie znał działania, a co za tym idzie potencjalnych skutków spożywania alkoholu. Jeżeli nie spożywał nigdy napojów alkoholowych, to zapewne zna osoby, które to robiły lub widział interpretacje następstw w filmie lub teatrze. Jeżeli tego rodzaju zachowanie zostałyby poczytane za podstępne, wówczas doszłoby do nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności karnej. Jednakże nie każdy stan faktyczny odnosi się do pokrzywdzonego, który będzie w pełni świadomy skutków spożycia alkoholu. Nie sposób mówić o pełnym poziomie świadomości oraz dobrowolności tego rodzaju zachowania w przypadku np. 3-letniego dziecka, a przecież także ono może wystąpić w roli osoby pokrzywdzonej na gruncie 191a § 1 k.k. Z tej racji ze względów celowościowych oraz z uwagi na funkcję gwarancyjną prawa karnego istnieje potrzeba każdorazowej oceny czy stan upicia, który towarzyszył osobie pokrzywdzonej, może być zaklasyfikowany jako posłużenie się przez sprawcę podstępem<sup>574</sup>.

Podobnie jak w przypadku wprowadzenia w stan upojenia alkoholowego przez inne osoby, trudno dokonać jednoznacznej oceny w kwestii wprowadzenia osoby w stan

---

<sup>571</sup> Tak też: L. Wachholz, *Medycyna sądowa na podstawie ustaw obowiązujących na ziemiach polskich*, Gebethner i Wolf, Kraków 1920, s. 474.

<sup>572</sup> Patrz: M. Bieniek, *Zgwałcenie. Studium prawnokryminologiczne*, Akademia Spraw Wewnętrznych. Instytut Prawa, Warszawa 1974, s. 38.

<sup>573</sup> Tak też: M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie...*, *op. cit.*, s. 527, J. Warylewski, *op. cit.*, s. 695. Por. M. Bieniek, *op. cit.*, s. 40.

<sup>574</sup> Tak też: N. Kłaczyńska, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 522. Por. J. Kosonoga, *Karnopravna...*, *op. cit.*, s. 237. Por. Wyrok SN z 26.09.1974 r., III KR 105/74, OSNKW 1974, Nr 12, poz. 229, Wyrok SN z 08.07.1983 r., IV KR 124/83, OSNKW 1984, Nr 1 – 2, poz. 13, J. Warylewski, *op. cit.*, s. 696.

snu hipnotycznego. Jednakże z uwagi na fakt, iż wydaje się niemożliwe, aby wprowadzić kogoś w trans bez jego aktywnego współdziałania oraz ukształtowanej w tym kierunku woli, należy ocenić, iż proces ten wyróżnia się selektywnym charakterem, które w tym kontekście wymaga pewnego zobiektywizowania. Dlatego trudno w tym przypadku mówić o podstępnym działaniu<sup>575</sup>.

Równie ciekawym zagadnieniem wydaje się ocena z uwagi możliwości posłużenia się podstępem w ramach regulacji art. 191a § 1 k.k., w sytuacji, gdy pokrzywdzony śpi. To zagadnienie stało się przedmiotem rozstrzygnięcia zawartego w wyroku SR w Legionowie z 1 lipca 2019 r. (II K 71/19)<sup>576</sup>. Sąd uznał, że oskarżony swoim czynem wypełnił znamiona czynu zabronionego ujętego w art. 191a § 1 k.k. (w wariacie rozpowszechniania tego rodzaju wizerunku). Swoje stanowisko Sąd argumentuje stwierdzeniem, że „Zdjęcie wykonane przez oskarżonego pokrzywdzonej było nadużyciem zaufania jakim wówczas go otaczała jako jego partnerka. Związek partnerski powinno cechować dbałość o dobro innej osoby i niewykorzystywanie jej niekorzystnego położenia. Analizując zdjęcie pokrzywdzonej zamieszczone przez oskarżonego w portalu internetowym stwierdzić należy, że przedstawia ono śpiącą pokrzywdzoną, która niewątpliwie jest częściowo naga, przy czym nagość dotyczy dolnej części ciała. Podkreślić należy, że zdjęcie to nie powinno być publicznie rozpowszechniane, gdyż dotyczyło jej sfery prywatnej i prezentuje ono nagi wizerunek pokrzywdzonej”<sup>577</sup>. Wypada podkreślić, że w tym przypadku realizacja znamion rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby bez jej zgody nie budzi wątpliwości. Co do utrwalania nagiej osoby w trakcie jej snu (bez jej zgody, a zatem ewentualnie używając do tego celu podstępu) Sąd nie odniósł się bezpośrednio w kontekście możliwości dokonania przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., aczkolwiek w uzasadnieniu do wyroku dostrzega przez sprawcę fakt wykorzystania niekorzystnego położenia kobiety. Z jednej

---

<sup>575</sup> Tak też: M. Berent, *Kryminalistyczna problematyka hipermnezji hipnotycznej i praktyczne możliwości jej wykorzystania w świetle art. 171 § 5 pkt 2 Kodeksu postępowania karnego* [w:] M. Zelek (red.), *III Dni Kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego. Materiały z konferencji*, Koło Naukowe Prawa Karnego Studentów Uniwersytetu Rzeszowskiego „Iustitia”, Rzeszów 2009, s. 207, M. Mozgawa, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 608. Por. L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Leon Frommer, Kraków 1936, s. 562, W. Grzywo-Dąbrowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1957, s. 312, M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, PWN, Warszawa – Poznań 1974, s. 113, J. Warylewski, *op. cit.*, s. 695.

<sup>576</sup> Wyrok SR w Legionowie z 01.07. 2019 r., II K 71/19, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154510050001006\\_II\\_K\\_000071\\_2019\\_Uz\\_2019-07-12\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154510050001006_II_K_000071_2019_Uz_2019-07-12_001), [dostęp: 21.04.2020].

<sup>577</sup> *Ibidem*.

strony można odnieść wrażenie, że Sąd nie rozważając działania podjętego przez sprawcę w postaci utrwalenia wizerunku partnerki w stanie nagości we wskazanych okolicznościach, kieruje się swoistym odpowiednikiem zasady *clara non sunt interpretanda*, tym samym zakładając, że skoro czyn jest prawnie irrelevantny to nie ma potrzeby, aby poddawać go analizie. Jednakże drugą możliwą opcją wydaje się być, iż sąd skupił się na czynie w postaci rozpowszechnienia wizerunku nagiej osoby bez jej zgody jako realizacji czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k., gdyż w tym przypadku całokształt okoliczności towarzyszących popełnieniu przestępstwa nie podlega zakwestionowaniu. Poza tym można przypuszczać, że zachowania sprawcy mogłyby zostać rozważone na podstawie art. 12 § 1 k.k., aczkolwiek jak zostało wcześniej zaznaczone, sąd wprost odniósł się do czynu w formie rozpowszechniania w ramach analizowanej regulacji.

Nie ulega wątpliwości, iż sprawca wykorzystał sytuację, gdy jego ówczesna partnerka, pozostając w tamtym momencie poza świadomością, nie jest w stanie wyrazić sprzeciwu wobec podjętego działania. Należy zdawać sobie sprawę z faktu, iż sen jest naturalnym stanem fizjologicznym człowieka, w przeciwieństwie do stanu upojenia alkoholowego, czy stanu wywołanego innego rodzaju substancjami odurzającymi. W przypadku tych ostatnich niezbędne jest działanie stanowiące swoisty katalizator umożliwiający doprowadzenie osoby do takiego stanu. Natomiast sen w przedmiocie prawidłowego funkcjonowania ludzkiego organizmu jest stanem naturalnym, a wręcz w niektórych przypadkach – pożądanym. W konsekwencji trudno mówić o dobrowolności podjętego zachowania. Z tego powodu należy rozważyć, czy zasadnym jest poczytywanie sytuacji snu, który jest stanem fizjologicznym w sposób analogiczny względem dobrowolnego wprowadzenia się w stan upojenia alkoholowego. Oczywiście nie wolno pomijać sytuacji, gdy sen jest wynikiem zażycia (np. pigułka doustna) lub zastosowania (np. narkozy) środków farmakologicznych. Wówczas wydaje się, iż analogia dotycząca dobrowolnego lub niedobrowolnego wprowadzenia w stan upojenia alkoholowego, a użycia przez sprawcę podstępny mogłaby znaleźć zastosowanie, gdyż pojawia się tutaj czynnik inicjujący stan snu w postaci intencjonalnego działania (ze strony sprawcy lub dysponenta dobrem). Niemniej z etycznego punktu widzenia ocena działania człowieka, który dobrowolnie przyjmuje tabletkę o działaniu nasennym, po wielu nieprzespanych nocach – wynikających z nieprawidłowego funkcjonowania organizmu (np. wzmożonego stresu czy specyfiki choroby) można uznać za dyskusyjną. Uprzedzając ewentualne uwagi, naturalne środki stosowane w celach szybszego zaśnięcia



(np. wypicie ciepłego mleka), czy zachowania będące następstwem kręgu kulturowego, do którego przynależymy (np. zaśpiewanie kołysanki przed snem), należy poczytać jako irrelewantne z punktu widzenia oceny wypełnienia znamion ujętych w art. 191a § 1 k.k. Odmienne założenie mogłoby prowadzić w niektórych przypadkach do kuriozalnych rezultatów.

W literaturze pojawił się pogląd, iż cech podstępu nie będzie nosił czyn w postaci fotografowania z dużej odległości za pomocą odpowiedniego obiektywu osoby nagiej np. opalającej się we własnym ogrodzie<sup>578</sup>. W podanym przykładzie należy rozważyć całokształt okoliczności wynikających z określonego stanu faktycznego, a zwłaszcza kontekst towarzyszący czynowi oraz czy zachodzi umyślność zachowania po stronie sprawcy. Jeżeli tego rodzaju utrwalenie ma charakter incydentalny, tzn. ktoś utrwał wizerunek osoby przypadkiem, przy okazji fotografowania innych treści, np. otaczającej go przyrody, wówczas zachodzi nieumyślność czynu. Z kolei założenie możliwości nieumyślnego działania sprawcy w ramach podstępu na etapie kwalifikacji prawnej prowadziłyby do absurdalnych rezultatów, gdyż istota podstępu zakłada umyślne działanie sprawcy. Natomiast, jeżeli sprawca intencjonalnie wykorzystuje specjalistyczny sprzęt w postaci np. odpowiedniego obiektywu (tj. podejmuje określone przygotowania) do wykonania fotografii osoby znajdującej się w stanie nagości, gdyż zdaje sobie sprawę z tego, że ma ona w zwyczaju wybierać taką formę opalania, to tego rodzaju działanie może być rozważone na podstawie art. 191a k.k. (oczywiście przy przyjęciu, iż wizerunek cechuje rozpoznawalność, a na utrwaleniu można wskazać stan nagości). Ponadto znaczenie ma również fakt czy sprawca podejmuje określone działanie potajemnie, czy jawnie. Jawne działanie bez wątplenia pozostanie poza zakresem podstępu z uwagi na sposób popełnienia charakteryzowanego czynu. Poza tym, wedle M. Filara oraz M. Berenta, przypadek zainstalowania w sypialni ukrytej kamery należy poczytywać jako przejaw wykorzystania podstępu<sup>579</sup>. Zachodzi analogia pomiędzy przykładem przytoczonym przez przedstawicieli doktryny a rozważanym przypadkiem –

---

<sup>578</sup> Patrz: J. Kosonoga, *Karnopravna...*, *op. cit.*, s. 238.

<sup>579</sup> M. Berent, M. Filar, *op. cit.*, s. 1188. Tak też: A. Zoll, Art. 191a k.k. *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-211a*, t. 2, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 608, M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie...*, *op. cit.*, s. 528, : Wyrok SR w Świdnicy z 14.04.2015 r., II K 497/13, LEX Nr 186435, Postanowienie SO w Elblągu z 16.07.2018 r., II Kop 17/18, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/151010000001006\\_II\\_Kop\\_000017\\_2018\\_Uz\\_2018-07-16\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/151010000001006_II_Kop_000017_2018_Uz_2018-07-16_001), [dostęp 03.12.2019 r.], Wyrok SA w Gdańsku z 09.02.2017 r., II AKa 294/16, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/151000000001006\\_II\\_AKa\\_000294\\_2016\\_Uz\\_2017-02-09\\_002](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/151000000001006_II_AKa_000294_2016_Uz_2017-02-09_002), [dostęp: 21.02.2020]

tj. utrwaleniem wizerunku nagiej osoby z dużej odległości za pomocą specjalistycznego sprzętu. W obydwu sytuacjach osoba pokrzywdzona pozostaje nieświadoma działania sprawcy, dlatego jest pozbawiona możliwości wyrażenia sprzeciwu lub podjęcia zachowania, które zapobiegłoby dokonaniu przestępstwa. Poza tym, w obu przypadkach sprawca posłużył się sprzętem technicznym służącym rejestracji do obrazu. Należy się jednak zastanowić, czy jeżeli zachowanie ma charakter potajemny, to czy mieści się ono w granicach podstępu. Z jednej strony odnosząc ten przykład do poglądu, iż szersze ujęcie podstępu (przyjęte na gruncie art. 191a k.k.) sprowadza się do zachowania, które zmierza do uniemożliwienia ofierze sprzeciwu<sup>580</sup>, wypada stwierdzić, iż wykonywanie zdjęć z ukrycia oraz z dalekiej odległości, za pomocą specjalistycznego obiektywu, z pewnością uniemożliwia wyrażenie sprzeciwu, bądź zgody dysponentowi dobrem. Z drugiej strony, przypadek ten (opalenie się w stanie nagości) można odnieść do wyżej wspomnianego dobrowolnego wprowadzenia się w stan upojenia alkoholowego, który może skutkować wyłączeniem świadomości. W tym przypadku, podobnie jak w sytuacji utrwalania wizerunku z art. 191a k.k. z ukrycia, pokrzywdzony pozostaje w nieświadomości popełnionego czynu przez sprawcę, ale jednocześnie działanie to, czyli utrwalanie wizerunku nagiej osoby bez zgody osoby uprawnionej jest następstwem świadomie podjętej, dobrowolnej decyzji woli w przedmiocie opalania w stanie nagości. Z tej racji należy uznać, iż w wąskim ujęciu podstępu działanie sprawcy nie byłoby zaszeregowane jako podstępne, aczkolwiek, jak zostało wspomniane we wcześniejszych fragmentach niniejszego opracowania na gruncie art. 191a k.k. powszechnie przyjmuje się szerokie rozumienie podstępu. Jedyne takie rozwiązanie, choć nie wynika bezpośrednio z brzmienia analizowanego przepisu, wydaje się chronić w dostatecznie efektywny sposób zagrożone dobro. Zaproponowane stanowisko przychyliła się do względów funkcjonalnych wynikających z treści charakteryzowanej regulacji, a także w szczególności uwzględnia obecne możliwości technologiczne w przedmiocie utrwalania i rozpowszechniania treści przez osoby do tego nieuprawnione. W ramach dodatkowego argumentu przemawiającego za uznaniem szerokiego rozumienia podstępu, warto nadmienić, iż w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy wprowadzającej art. 191a k.k. (Druk sejmowy nr 1394)<sup>581</sup> została podniesiona kwestia

---

<sup>580</sup> J. Warylewski, *op. cit.*, s. 691.

<sup>581</sup> *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Sejm VI kadencji, Druk Nr 1394, s. 18.

potajemnego utrwalania przebiegu stosunków seksualnych jako środka działania, wybranego przez sprawcę, który chce uzyskać treści, bezprawnie ingerujące w zakres kształtowania granic intymności pokrzywdzonego. Z tej racji można przypuszczać, że już na etapie tworzenia prawa, projektodawca postrzegał charakter takiej czynności jako ewentualną postać podstępu w kontekście utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej.

O ile uprzednio analizowane działania w kontekście uznania ich za podstęp, wydają się być trudne dla dokonania ich jednoznacznej oceny, o tyle nie należy także poczytywać za podstęp, np. oszukańczego przyrzeczenia małżeństwa lub takiego rodzaju przyrzeczenia materialnej rekompensaty za utrwalenie lub rozpowszechnienie wizerunku osoby w stanie nagości lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej<sup>582</sup>. Przenosząc twierdzenie M. Bielskiego na grunt charakteryzowanego przepisu, niewątpliwie, należy się zgodzić z autorem poglądu, iż stan cywilny potencjalnego partnera seksualnego pozostaje indyferentny z uwagi na ocenę, czy w określonym przypadku sprawca posłużył się podstępem<sup>583</sup>. Jednak należałoby zastanowić się nad brakiem chociażby przykładowego doprecyzowania, treści kryterium, które można zaczerpnąć z wzorca kulturowego, gdyż negatywne ujęcie zawarte w wypowiedzi przedstawiciela doktryny, nie przekazuje całkowicie zapatrywań autora. Poza tym, wydaje się, że np. obecnie możliwość wprowadzenia osoby w stan hipnozy jest na tyle dyskusyjnym zagadnieniem, że trudno mówić w tym przypadku o jasnym, miarodajnym wzorcu kulturowym. Dlatego, tego rodzaju wzorzec może stanowić jedynie subsydiarną wskazówkę dla sędziego, jeżeli całokształt okoliczności przedstawionych w postępowaniu pozostawia jakieś niejasności. Niemniej nie umożliwia on dokonania jednoznacznej oceny zachowania sprawcy. Przede wszystkim sąd winien ocenić, czy na podstawie ustalonego stanu faktycznego, w ten sam sposób ukształtowana byłaby decyzja woli pokrzywdzonego, gdyby nie nastąpiło wprowadzenie w błąd lub wykorzystanie błędu, wyzyskanie lub spowodowanie błędu ofiary.

Pośrednio z powyższym zagadnieniem jest związany problem wykorzystania zdobytego zaufania (w szczególności osoby małoletniej) w kontekście posłużenia się podstępem przez sprawcę. Z treści wyroku SO we Wrocławiu z 23 października 2015 r.

---

<sup>582</sup> Tak też: J. Kosonoga, *Karnoprawna...*, *op. cit.*, s. 237.

<sup>583</sup> Por. M. Bielski, *197 k.k. Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 709-710.

(III K 128/15) wynika, że nie należy utożsamiać wykorzystywania zdobytego zaufania małoletniej (jeżeli wiedziała o utrwalaniu wizerunku) z podstępem<sup>584</sup>. Należy zgodzić się z wnioskami, do których doszedł Sąd, gdyż z całokształtu okoliczności faktycznych wynikało, że analizowana relacja miała charakter intymny, pojawiły się w niej uczucia. Tym samym opierała się ona na obopólnej dobrowolności, a utrwalenie wizerunku nagiej małoletniej odbyło się w ramach udzielonej przez nią zgody. Dlatego, nawet jeżeli oskarżony wykorzystał w tym celu zdobyte zaufanie, nie należy z góry postrzegać tego działania jako podstępnego. Dla zaistnienia podstępu sprawca musi wprowadzić ofiarę w błąd lub go wykorzystać, bądź wyzyskać lub spowodować tego rodzaju błąd, w którym ofiara nie jest w stanie podjąć lub wypełnić decyzji woli z uwagi na wyłączenie aparatu decyzyjnego lub ruchowego. Natomiast, w tym przypadku nie występuje żadna z powyższych możliwości, gdyż kobieta była świadoma czynu dokonywanego przez sprawcę, jak i całokształtu okoliczności towarzyszących jego popełnieniu, decydowała które ze zdjęć sprawca ma usunąć z pamięci telefonu, gdyż niekorzystnie na nich wyszła<sup>585</sup>. Jednakże oddzielną kwestią pozostaje zakres dysponowania własnym wizerunkiem w stanie nagości przez osobę, która nie ukończyła 15 lat. Warto rozważyć, czy zgoda wyrażona przez małoletniego poniżej lat 15. bądź wyrażona przez małoletniego jest wyposażona w przedmiot relewantności na gruncie art. 191a § 1 k.k. Innymi słowy, wskazanym jest określenie granicy wiekowej, od której osoba może swobodnie eksploatować własny wizerunek (w ramach analizowanego przepisu)<sup>586</sup>.

Pewnego zobiektywizowania wymaga również ocena w przedmiocie podstępności działania sprawcy<sup>587</sup>. Pośrednio zagadnienie to zostało poruszone przez SN w postanowieniu z 25 lipca 2018 r. (IV KK 262/18)<sup>588</sup>. Należy się zastanowić nad trafnością argumentu przedstawionego przez SN w przedmiocie zgody udzielonej przez kobiety. Przede wszystkim istota podstępu wyklucza możliwość wyrażenia prawnie ważnej zgody, gdyż osoba jej udzielająca została wprowadzona w błąd lub sprawca podejmuje się wykorzystania jej błędu w sferze przesłanek procesu motywacyjnego, jak również próbuje wyzyskać lub spowodować błąd ofiary. Poza tym sam typ przestępstwa w którym występuje znamię utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie

---

<sup>584</sup> Wyrok SO we Wrocławiu z 23.10.2015 r., III K 128/15, LEX Nr 1933402.

<sup>585</sup> Patrz: K. Witzak, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 23 października 2015 r., III K 128/15*, *Folia Iuridica* 2018, Nr 83, s. 129-138.

<sup>586</sup> Więcej na ten temat: *Rozdział V. Konstrukcja zgody na gruncie art. 191 § 1 k.k.*

<sup>587</sup> Tak też: J. Kosonoga, *Karnoprawna...*, *op. cit.*, s. 237.

<sup>588</sup> Postanowienie SN z 25.07.2018 r., IV KK 262/18, [www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv\\_kk\\_262-18.docx.html](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv_kk_262-18.docx.html), [dostęp: 21.11.2019 r.].

czynności seksualnej pozostawia kwestię wyrażenia zgody (wykluczając sytuację, w której sprawca posługuje się przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem, jednak w takim przypadku jak wspomniano, nie wystąpi zgoda o znaczeniu dla karnoprawnego porządku) przez pokrzywdzonego prawnie indyferentną z uwagi na realizację czynu zabronionego wymienionego w art. 191a § 1 k.k. Natomiast, jeżeli chodzi o ocenę, czy w analizowanym przypadku sprawca wykorzystał podstęp do osiągnięcia zakładanego celu, można przypuszczać, iż odpowiedź będzie twierdząca. Wątpliwą bowiem wydaje się sytuacja, że którakolwiek z pokrzywdzonych pozowałaby do utrwałenia, mając świadomość, że nie bierze udziału w rekrutacji pracowniczej. Poza tym, podobne spostrzeżenie na temat wykreowanego wyobrażenia kobiet wyraził sam oskarżony. Co więcej, po odkryciu prawdy w przedmiocie motywacji i celu sprawcy, żadna z ofiar nie zdecydowała się na kontynuowanie znajomości. Można odnieść wrażenie, iż kobiety poczuły się wykorzystane.

### **3.4 Właściwości wspólne dla przemocy, groźby bezprawnej oraz podstępu z uwagi na art. 191a § 1 k.k.**

Przede wszystkim, obecne brzmienie przepisu art. 191a § 1 k.k., a zwłaszcza użyte tam sformułowanie „wobec niej” przesądza, iż zarówno przemoc, groźba bezprawna, jak i podstęp muszą być wykorzystane bezpośrednio wobec pokrzywdzonego. Treść niniejszego przepisu prawa zdecydowanie ogranicza zakres odpowiedzialności sprawcy, co w tym przypadku ma wymiar negatywny. Każdy środek z powyższej triady zastosowany wobec osoby najbliższej pokrzywdzonemu może być w istocie skutecznym sposobem osiągnięcia celu sprawcy w postaci uzyskania wpływu na kształtowanie jego procesów wolicjonalnych. Właściwie istnieje możliwość, że sprawcy uda się osiągnąć powzięty cel, posługując się przemocą, groźbą lub podstępem nawet wobec obcej osoby dla ofiary. Jest to zdeterminowane zarówno czynnikami kulturowymi i pośrednio związanymi z nimi systemem wartości, a także z aspektem biologicznym. Taka sytuacja może wystąpić, gdy np. w miejscu publicznym, sprawca przykładą nóż do gardła dziecka (nieznanego dla ofiary), grożąc jej, że jeżeli nie umożliwi utrwalenia jej wizerunku w stanie nagości, zabije to dziecko. Polska znajduje się w kręgu państw, w których życie ludzkie powszechnie zajmuje szczególne miejsce w hierarchii wartości, czego wyrazem jest m.in. konstytucyjna zasada ochrony życia (art. 38 Konstytucji RP). Z tej racji większość społeczeństwa jest wychowywana w kulturze poszanowania życia. Poza tym,

odkładając na chwilę względy etyczne, wydaje się, iż w wyniku procesów ewolucyjnych (zwłaszcza mechanizmów służących przetrwaniu gatunku), wielu ludzi w podanym stanie faktycznym instynktownie „poświęciłoby” własną wolność od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic intymności na rzecz ochrony cudzego życia. Dlatego też art. 191a § 1 k.k. w obecnym brzmieniu nie zabezpiecza w sposób dostateczny przedmiotu ochrony niniejszej regulacji. Co więcej, nie sposób w jego przypadku mówić o zgodności z założeniami funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego. W następstwie jako trafniejsze wyrażenie wypada uznać: „posługując się w tym celu przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem wobec osoby”<sup>589</sup>. Skoro zgodnie z dyrektywą interpretacyjną wykładni językowej, każde słowo wykorzystane w tekście prawnym jest niezbędne z uwagi na problem rekonstrukcji określonej normy postępowania<sup>590</sup>, należałoby oddzielić zwrot „przemoc, groźba bezprawna lub podstęp wobec osoby” od sformułowania „przemoc, groźba bezprawna lub podstęp wobec niej”. Warto zauważyć, że określenie „wobec niej” w wyższym stopniu zawęża krąg adresatów działania sprawcy, aniżeli zwrot „wobec osoby”. Dlatego, można zinterpretować, że ostatni z nich dotyczy zarówno zmuszanego, jak i innych osób, jeżeli sprawca chce wywrzeć wpływ na zachowanie pokrzywdzonego<sup>591</sup>. Wydaje się, jednak, iż za potrzebą zmiany w obecnym brzmieniu analizowanej regulacji, przede wszystkim przemawiają względy funkcjonalne. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, gdy napastnicy stosują przemoc fizyczną w postaci np. uderzeń pięścią w stosunku do młodszego rodzeństwa małoletniego pokrzywdzonego celem zmuszenia go do umożliwienia utrwalenia jego nagiego wizerunku. Przyjmując wynikający z literalnego brzmienia, zawężony zakres desygnatów sformułowania „używając wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu”, w przedstawionym przypadku nie dojdzie do wypełnienia znamienia. W rezultacie czyn sprawcy niesłusznie pozostałby poza zakresem penalizacji.

Przechodząc do kwestii posłużenia się środkiem działania przestępnego a chwilą utrwalenia lub rozpowszechnienia wizerunku, nie wymaga się by sposób działania sprawcy odbywał się równocześnie z czynnością sprawczą<sup>592</sup>. Co więcej, A. Marek zastanawia się, czy wybrany środek działania sprawcy (przemoc, groźba bezprawna, podstęp) ma być użytym celem doprowadzenia pokrzywdzonego do wykonania

---

<sup>589</sup> Por. J. Kosonoga, *Karnoprawna...*, *op. cit.*, s. 230-231.

<sup>590</sup> L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, wyd. 2, TNOiK, Toruń 2010, s. 122-123.

<sup>591</sup> Patrz: Wyrok TK z 09.10.2001 r., SK/8/00, TK 2001, Nr 7, poz. 211.

<sup>592</sup> Tak też: M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie...*, *op. cit.*, s. 526.

czynności seksualnej, „(...) czy jedynie do zgody na utrwalanie takich czynności w sytuacji, gdy pokrzywdzony podjął ich wykonywanie dobrowolnie”<sup>593</sup>. Autor poglądu skłania się ku stanowisku, iż chodzi o drugi z wymienionych przypadków, gdyż pierwszy został objęty zakresem art. 197 k.k.<sup>594</sup>. Przede wszystkim do powyższego stanowiska należy poczynić uwagę, iż jeżeli sprawca do utrwalenia lub rozpowszechnienia wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej posłużył się co najmniej jedną z wymienionych metod działania, nie sposób mówić o dobrowolności czynu ze strony ofiary. Tym samym instytucja zgody została, w podanej sytuacji, przywołana w nieodpowiednim kontekście. Sprawca w tym przypadku jest w stanie utrwalić określony wizerunek pokrzywdzonego, lecz jakkolwiek działanie to będzie pozbawione konsensualnego charakteru. Efektywne zastosowanie przemocy, groźby bezprawnej lub podstępni niweczy możliwość wyrażenia prawnie relewantnej zgody. Zaś nawet, jeżeli zachowanie pokrzywdzonego stwarza przekonanie o udzieleniu zgody, będzie to jedynie zafałszowany obraz rzeczywistego stanu (stanowiący konsekwencję np. wywołania uczucia strachu przez sprawcę)<sup>595</sup>. Natomiast przekonanie o wykorzystaniu przez sprawcę jednego z wymienionych w art. 191a § 1 k.k. sposobów działania do utrwalania wizerunku, zamiast do odbycia czynności seksualnej przez osobę jest trafne, gdyż dobrowolność tej czynności pozostaje poza zakresem zainteresowania ustawodawcy (oczywiście jedynie z uwagi na art. 191a k.k.). Kształt przyjętego rozwiązania wynika przede wszystkim z faktu, iż bliższym dobrem w kontekście indywidualnego przedmiotu ochrony pozostaje wolność od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic intymności, nie zaś wolność seksualna.

---

<sup>593</sup> A. Marek, *Kodeks..., op. cit.*, s. 441.

<sup>594</sup> *Ibidem*.

<sup>595</sup> Więcej na ten temat: *Rozdział IV. Konstrukcja zgody na gruncie art. 191 § 1 k.k.*

## Rozdział IV

### Konstrukcja zgody na gruncie art. 191a § 1 k.k.

#### 4.1 Charakter zgody i jej rola w strukturze przestępstwa

W literaturze przedmiotu można dostrzec wiele rozbieżności, co do charakteru zgody oraz jej miejsca w strukturze przestępstwa. Niniejszy fragment opracowania służy w szczególności przybliżeniu głównych nurtów w tej kwestii, by następnie ocenić powstałe skutki wskutek przeniesienia założeń tych koncepcji na grunt treści art. 191a § 1 k.k.

Rozpoczynając, omówienie zagadnienia wyrażenia zgody przez dysponenta dobrem warto przytoczyć pogląd, wedle którego zgoda dysponenta dobrem to swoiste oświadczenie, w ramach którego dysponent w odniesieniu do przynależnego mu dobra prawnego deklaruje, że godzi się na jego naruszenie<sup>596</sup>. Poza tym można zgodzić się z K. Szczuckim, iż zaistnienie zgody, bez względu na rodzaj płaszczyzny, na której ono nastąpi, sprawia, że nie można mówić o stanie pokrzywdzenia. Ponadto jego zdaniem, na gruncie karnoprawnego porządku pojęcie „zgoda dysponenta dobrem” może pełnić dwie funkcje. Po pierwsze zgoda dysponenta dobrem może spowodować dekompletację znamion czynu zabronionego. Po drugie w określonych przypadkach może wyłączać bezprawność czynu. W rezultacie, jeżeli brak zgody stanowi jedno ze znamion przestępstwa, jej wyrażenie niweczy realizację znamion. Innymi słowy, przestępstwo nie zostanie popełnione<sup>597</sup>.

Przeprowadzony podział jest stworzony na kanwie myśli niemieckiej doktryny prawa karnego, gdzie zostały wyszczególnione pojęcia *Einverständnis* oraz *Einwilligung*. W zakresie pierwszego z wymienionych ujęta jest konstrukcja zgody, której skutek polega na niewyczerpaniu zespołu znamion czynu zabronionego, np. nie dojdzie do przestępstwa zmuszania, jeżeli ktoś zgadza się z żądaniem potencjalnego sprawcy<sup>598</sup>. Sprowadzając to na grunt przykładowej regulacji prawnej, należy uściślić, iż ustawowy

---

<sup>596</sup> Patrz: J. Długosz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego* [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 2.

<sup>597</sup> K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, CZPKiNP 2011, z. 1, s. 31. Tak też: A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, PiP 1972, Nr 3, s. 82. Por. J. Giezek, *Zezwolenie na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowa* [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. Urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2009, s. 139.

<sup>598</sup> Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 283.



opis czynu pewnych typów przestępstw zawiera negatywne znamię braku zgody, np. art. 192 k.k. (przestępstwo wykonywania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta). Wówczas zgoda powoduje dekompletację znamion istoty czynu. Innymi słowy, jej brak musi być objęty zamiarem sprawcy<sup>599</sup>. Jednakże możliwy jest również inny typ przestępstw, gdzie brak zgody jest równoznaczny z przyczynkiem do dekompletacji zespołu znamion. Dlatego w kwestii oddziaływania zgody, która powoduje brak wyczerpania czynu zabronionego, wypada przytoczyć pogląd W. Świdy, że w zakresie oddziaływania zgody, która powoduje brak wyczerpania czynu zabronionego, istnieją dwie grupy przestępstw. Pierwszą z nich stanowią przestępstwa, których treść znamion bezpośrednio oznacza brak zezwolenia. Natomiast, druga grupa to takie, w których znamię braku zezwolenia nie zostało wyrażone wprost, aczkolwiek jego obecność jest zdeterminowana przez charakter przestępstw oraz wynika ona z interpretacji. Z kolei termin *Einwilligung* odnosi się do zgody wyłączającej bezprawność czynu, tzw. zgoda usprawiedliwiająca<sup>600</sup>. Tego rodzaju zgodę wyróżnia charakter wtórny względem realizacji znamion czynu zabronionego. Wynika to z faktu, że następuje wyłączenie bezprawności, pomimo wypełnienia znamion czynu zabronionego<sup>601</sup>.

Jak zauważa K. Szczucki, zarówno akceptacja zaprezentowanego podziału, jak i opowiedzenie się za jednym z powyższych nurtów jest zależne od sposobu ujęcia dobra prawnego<sup>602</sup>. Teoria *Einverständnis* zakłada, że zgoda wyłącza realizację znamion istoty czynu. Koncepcja ta (uznawana przez C. Roxina) jest powiązana z indywidualistycznym podejściem w kontekście rozumienia dobra prawnego. W rezultacie zadanie prawa karnego sprowadza się do zapewnienia obywatelowi nieskrępowanego i niezakłóconego współżycia wraz z przyznaniem wszystkich konstytucyjnie gwarantowanych praw zasadniczych. W założeniu dobra prawne mają za cel służyć nieskrępowanej samorealizacji jednostki. W następstwie nie może dojść do naruszenia dobra, jeżeli czyn polega na dysponowaniu nim<sup>603</sup>.

Natomiast, odmienne ujęcie dotyczące charakteru zakłada obiektywistyczną perspektywę postrzegania dobra prawnego (uznawana przez H.-H. Jeschecka)<sup>604</sup>. Wskazuje ono wartość pewnych dóbr, która pozostaje odrębną, obiektywistycznym

---

<sup>599</sup> *Ibidem*.

<sup>600</sup> W. Świda, *Prawo karne. Część ogólna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1970, s. 172. Por. A. Spotowski, *op. cit.*, s. 82.

<sup>601</sup> Patrz: K. Szczucki, *op. cit.*, s. 33.

<sup>602</sup> *Ibidem*.

<sup>603</sup> Podając za: Z. Jędrzejewski, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 38.

<sup>604</sup> Podając za: *ibidem*, s. 39.

sposobem postrzegania dobra prawnego oraz podkreśla wartość pewnych dóbr, niezależną od woli ich dzierżyciela. Zdaniem Z. Jędrzejewskiego, zastosowanie tego ujęcia zakłada, że skoro w określonej sytuacji jednostka decyduje się na rezygnację z ochrony, chociaż dobro nadal na nią zasługuje, to zwykle do usprawiedliwienia takiej ochrony ze strony prawa karnego nie wystarczy interes wspólnoty (wówczas zachodzi wyłączenie bezprawności). Jednakże w niektórych przypadkach interes społeczny w zakresie zabezpieczenia dobra może legitymować jego ochronę, bez względu na wolę dysponenta dobrem. W przypadku najistotniejszych dóbr prawnych, granice wyłączającej bezprawność zgody są ukształtowane przez społeczeństwo<sup>605</sup>. Z kolei wedle wyżej wskazanego autora „(...) subiektywizacja pojęcia dobra prawnego może skłaniać do traktowania zgody jako okoliczności wyłączającej realizację znamion istoty czynu (brak naruszenia dobra), natomiast jego socjalna obiektywizacja do ujmowania jej jako kontratytu bardzo często opartego na zasadzie rozważenia interesów (interes społeczeństwa w utrzymaniu dobra w kolizji z poszanowaniem wolności jednostki w jego dysponowaniu). Oceny przesądzające o usytuowaniu zgody w strukturze przestępstwa mają więc mocne polityczno-ideologiczne zabarwienie”<sup>606</sup>. Dlatego, H.-H. Jescheck ujmując zgodę jako okoliczność wyłączającą bezprawność zaznacza, że integralność cielesna, swoboda poruszania się, własność, cześć, tajemnica, w pierwszym rzędzie podlegają ochronie niezależnie od woli uprawnionego jako dobra wspólnoty, które konstytuują wolność, samookreślenie oraz godność człowieka<sup>607</sup>. W następstwie, jeśli osoba uprawniona do dysponowania którymś z powyższych dóbr poddaje je do ingerencji innego człowieka, to pomimo wyrażonej zgody, zdarzenie od początku nie można uznać za obojętne z uwagi na karnoprawny kontekst.

W nawiązaniu do zagadnienia relacji między możliwym interesem społeczeństwa a wyrażeniem zgody dysponenta dobrem na jego naruszenie E. Hryniewicz przyjęła, że interes społeczny zachodzi z chwilą, gdy określone zachowanie sprawcy (niekiedy przy uwzględnieniu okoliczności: czasu, miejsca lub sposobu tego zachowania) zostaje zaszeregowane jako społecznie niebezpieczne<sup>608</sup>. W ramach dóbr indywidualnych, nierzadko o społecznym niebezpieczeństwie konkretnego zachowania decydowała będzie okoliczność czy sprawca dopuścił się określonej czynności wbrew znanej mu lub

---

<sup>605</sup> Podając za: *ibidem*.

<sup>606</sup> Z. Jędrzejewski, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 39.

<sup>607</sup> Podając za: Z. Jędrzejewski, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 39.

<sup>608</sup> E. Hryniewicz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym na gruncie prawa karnego* [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 31.

domniemywanej woli dysponenta dobrem prawnym lub przy braku wymaganej zgody tego dysponenta. Dlatego, jeżeli dysponent wyrazi zgodę na ingerencję w to dobro, wówczas ochraniający je ustawowy zakaz lub nakaz „(...) nie znajdzie już uzasadnienia w postaci ochrony społeczeństwa przed samowolą sprawcy, gdyż samowola ta nie będzie miała miejsca”<sup>609</sup>.

Wyróżnienie terminów *Einverständnis* oraz *Einwilligung* rodzi określone skutki z uwagi na aspekt praktyczny. W zakresie pierwszego z nich zgoda przybiera postać wewnętrznej woli pokrzywdzonego, zaś w ramach drugiego pojęcia zakłada się uzewnętrznienie jej co najmniej w formie słownej lub dorozumianej. Poza tym, dla skuteczności zgody, która wyłącza realizację znamion istoty czynu, jedynie niezbędna jest tzw. naturalna wola dysponenta dobrem (również w przypadku młodego wieku lub upośledzenia umysłowego). Z kolei skuteczność zgody wyłączającej bezprawność czynu jest zdeterminowana przez zdolność osądu dysponenta dobrem oraz przez spokój dzierżyciela dobrem (celem rozpoznania zakresu i znaczenia swojego oświadczenia oraz możliwości rozsądnego rozważenia „za” i „przeciw”). Na skuteczność zgody w płaszczyźnie *Einverständnis* nie mają wpływu tzw. braki woli (podstęp, przymus, błąd), na gruncie *Einwilligung* taka zgoda pozostaje nieskuteczna. Poza tym na gruncie ostatniego z wymienionych pojęć można przyjąć koncepcje, które zakładają całkowite wyłączenie świadomości (teorie obiektywistyczne) oraz koncepcje wskazujące na odpowiedzialność za przestępstwo dokonane (teorie subiektywistyczne). Istnieje także możliwość stosowania zasad odpowiedzialności za usiłowanie<sup>610</sup>. Z kolei w sytuacji, gdy sprawca błędnie przyjmie istnienie zgody dysponenta dobrem, to w ramach *Einverständnis* następuje wyłączenie zamiaru. Natomiast, w ramach *Einwilligung* mamy do czynienia z urojeniem znamienia w kontekście kontratypu. Odnosząc problem do polskiego karnoprawnego porządku, należy stwierdzić, że urojenie zgody na gruncie *Einverständnis* skutkuje wyłączeniem zamiaru (art. 28 k.k.). Z kolei urojenie zgody z uwagi na *Einwilligung* winno się poczytywać w zakresie konstrukcji błędu co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu (art. 29 k.k.)<sup>611</sup>.

Kontynuując rozważania na temat charakteru zgody w poszczególnych przypadkach, wyrażenie (albo niewyrażenie) zgody przez dysponenta dobrem indywidualnym na naruszenie lub zagrożenie tego dobra pozostaje zbieżne z treścią

---

<sup>609</sup> *Ibidem*.

<sup>610</sup> Podając za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, *op. cit.*, s. 286.

<sup>611</sup> Podając za: *ibidem*. Tak też: K. Szczucki, *op. cit.*, s. 35-36.

ustawowego typu zabronionego, co powoduje, iż należy zadać pytanie o znaczenie zgody<sup>612</sup>. Zdaniem E. Hryniewicz, gdy tego rodzaju zgoda stanowi znamię typu uprzywilejowanego, wówczas jej znaczenie jest jasne. W taki sam sposób powinno poczytać się przypadek, gdy zgoda staje się elementem kontraktów ustawowego, którego treść została wyrażona bezpośrednio w k.k., np. art. 27 § 1 k.k. (eksperyment poznawczy, techniczny czy ekonomiczny), lub gdy jest ona uzupełniana regulacjami innych ustaw (np. eksperyment medyczny). W tego rodzaju przypadkach ustawodawca samodzielnie dokonuje korekty pierwotnego zakresu ingerencji prawa karnego. Warto zauważyć, że zgoda w ramach dyskursu nauki prawa karnego jest postrzegana także jako element kontraktów pozaustawowego (np. ryzyko sportowe), jak i również za samodzielną okoliczność wyłączającą bezprawność. Jednakże wówczas jawi się wątpliwość „(...) w jakim zakresie taką korektę w zakresie bezprawności może przeprowadzić, nie posiadając ustawowego umocowania, dysponent chronionego dobra. Skoro bowiem ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie ustawowego kontraktów zgody dysponenta dobrem, to być może należałoby uznać, że w ten sposób dopuścił skuteczność zgody dysponenta jedynie na płaszczyźnie realizacji ustawowych znamion (gdzie na etapie wykładni współtworzy ona – od strony negatywnej – treść typu czynu zabronionego)”<sup>613</sup>? By odpowiedzieć na powyższe pytanie, należy posłużyć się zasadami odnoszącymi się do stosowania *analogia iuris*. Powszechnie uznaje się analogię na korzyść sprawcy, dlatego w przypadku, gdy kontrakt pozaustawowy ma pełnić podobne funkcje do tych, które leżą w gestii kontraktów ustawowego, to jego tworzenie, a także stosowanie można poczytać za dopuszczalne. Niemniej, sporne mogą być jego przesłanki, w szczególności w zakresie kontraktów uwarunkowanych kulturowo oraz kryteria oceny. Jednakże wypada podkreślić, że instytucja kontraktów może być stosowana, jeżeli zachowanie sprawcy pozostaje w zgodności z typem czynu zabronionego. Jeżeli zgodność wyróżnia się jedynie pozornym charakterem (typ czynu zabronionego nie został zrealizowany), wówczas analizowane zachowanie nie ma ładunku społecznego niebezpieczeństwa, stanowiącego przyczynek do penalizacji czynu. Dlatego nie ma powodu, aby odwoływać się do instytucji kontraktów<sup>614</sup>. Jednakże

---

<sup>612</sup> E. Hryniewicz, *op. cit.*, s. 35.

<sup>613</sup> *Ibidem*

<sup>614</sup> *Ibidem*, s. 36. Por. A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W teorii i praktyce prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, C.H. Beck, Lublin 2005, s. 433-434, J. Lachowski, § 7. *Inne kontrakty* [w:] L. K. Paprzycki (red.), *System prawa karnego. Nauka o karze*, t.4, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2013, s. 425-428.

E. Hryniewicz stwierdza, iż skoro jednostka w trakcie wykluczania czynu zabronionego nie zrezygnowała z ochrony dobra poprzez udzielenie zgody, to wątpliwym jest, aby skorzystała z takiej możliwości na etapie kolizji dóbr (cechującej kontratyp)<sup>615</sup>. Co więcej, zakładając, że ustawa wskazuje, które zachowania są dopuszczalne, a które zabronione, to dzięki właściwemu sformułowaniu znamion, wola jednostki powinna być uwzględniona na etapie typizacji zachowań abstrakcyjnie społecznie szkodliwych. Natomiast, tracą one ten przymiot, jeżeli, dysponent dobrem udzieli na nie zgodę. Jeżeli jej nie wyraził, to brak podstaw, aby tworzyć taką domniemaną kompetencję, gdyż wówczas nastąpiłoby wyłączenie bezprawności zabronionych zachowań.

Na gruncie polskiej literatury, klasyfikacja *Einverständnis - Einwilligung* została odrzucona przez A. Zolla<sup>616</sup>. Wedle niego, określoność czynu, która typizuje karygodne zachowanie, powinna uwzględniać zarówno znamiona znajdujące się bezpośrednio w przepisie zawartym w części szczególnej k.k., jak i znamiona, które wynikają z systemu prawa. Dlatego, w zakresie określoności czynu mieszczą się znamiona konkretyzujące dobra stanowiące wartość społeczną oraz znamiona określające reguły postępowania z danym dobrem. Jeżeli, dobro chronione nie stało się przedmiotem zamachu przez konkretny czyn, bądź czyn ten nie naruszył reguł postępowania wobec danego dobra, to można mówić o wyłączeniu realizacji istoty czynu, a więc o braku zrealizowania zachowania typowego. Wyżej wspomniany przedstawiciel doktryny wyraża pogląd, iż dobro, które jest wartością społeczną, nie stanowi znamienia ujętego w ustawowym trzonie określoności czynu<sup>617</sup>. Ponadto może zaistnieć sytuacja, gdy realizacja znamion określonego typu nie będzie naruszać dobra stanowiącego jednocześnie wartość społeczną<sup>618</sup>.

Odrzucenie wyżej przedstawionej klasyfikacji w przedmiocie właściwości i roli zgody stało się przyczynkiem dla teorii odnoszącej się do jej jednolitej funkcji, w ramach której podkreśla się znaczenie interesu społecznego w kontekście jej oceny. Należy na wstępie zaznaczyć, iż ustawa może określić typ czynu zabronionego przez posłużenie się zwrotami „wbrew jej woli” lub „bez zgody”. Tego rodzaju znamiona występują, jeżeli typ czynu zabronionego odnosi się do dobra o charakterze indywidualnym. Jeśli dobro

---

<sup>615</sup> E. Hryniewicz, E. Hryniewicz *Czy zgoda dysponenta dobra może wyłączyć bezprawność czynu?* Prok. i Pr. 2014, Nr 9, s. 65.

<sup>616</sup> A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 91-92. Por. K. Szczucki, *op. cit.*, s. 41, M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, wyd. 3, PWN, Warszawa 1995, s. 218.

<sup>617</sup> *Ibidem*, s. 88.

<sup>618</sup> Patrz: K. Szczucki, *op. cit.*, s. 38. Więcej na ten temat: A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 92.

nie wyróżnia się takim charakterem, wówczas podobną funkcję pełnią znamiona „bez zezwolenia” lub „wbrew warunkom zezwolenia”<sup>619</sup>. Zdaniem A. Zolla, fakt, że k.k. częstokroć pomija powyższe znamiona, nie oznacza, iż zgoda dzierżyciela dobra pozostaje bez wpływu na ocenę, czy określony czyn zagraża dobru o wartości społecznej. Autor poglądu opowiada się za przyjęciem teorii w przedmiocie jednolitości funkcji zgody dysponenta dobrem. Zakłada ona, że zgoda na naruszenie dobra, nawet w przypadku, gdy określona norma nie chroni w sposób wyraźny woli podmiotu, wyklucza to dobro z zakresu dóbr chronionych treścią tej normy. W następstwie zgoda na naruszenie dobra skutkuje jego naruszeniem w sensie „fizykalnym”. Jednakże nie zachodzi naruszenie interesu społecznego, który to stanowi podstawę karnoprawnej ochrony. W rezultacie zgoda nie wyłącza bezprawności zachowania, a jego typowość. Podmiot wkraczający w płaszczyznę dobra za zgodą udzieloną przez jego dysponenta, nie wchodzi w zakres czynu zabronionego. W konsekwencji czyn ten należy poczytać jako pierwotnie legalny<sup>620</sup>. Zgoda dysponenta dobrem skutkuje brakiem naruszenia realizacji ustawowej określoności czynu, gdyż nie następuje naruszenie dobra. Dlatego w takim przypadku legalność czynu nie wymaga odnoszenia się do kontratywu. W dodatku znamię „bez zgody” w kontekście określoności ustawowej ma znaczenie wyłącznie procesowe. W takiej sytuacji każdorazowo musi być przeprowadzony dowód, co do wyrażenia zgody przez osobę dysponującą dobrem<sup>621</sup>. Powyższe podejście do problemu miejsca zgody w strukturze przestępstwa stało się przedmiotem krytyki ze strony J. Lachowskiego, który trafnie podnosi, że ugodzenie w cudze dobro prawne, nawet za zgodą dysponenta, zawsze należy traktować jako naruszenie. Wydaje się, że w przeciwnym przypadku dochodzi do pomieszczenia faktu, który obiektywnie zaistniał (naruszenie dobra), z jego prawną oceną<sup>622</sup>.

Podobnie do A. Zolla, Ł. Pohl wykorzystuje pojęcie wartości społecznej. Uważa on, że zgoda dysponenta dobrem względnej wartości społecznej na jego naruszenie będzie okolicznością o charakterze heterogenicznym. Co więcej „w pewnych sytuacjach będziemy bowiem ją uznawać za element wykluczający możliwość przyjęcia, iż zachowaniem podjętym w jej warunkach przekroczone prawo-karną normę sankcjonowaną. Będziemy jej nadawać taki status w tych przypadkach, w których

---

<sup>619</sup> A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 92. Por. E. Hryniewicz, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 37.

<sup>620</sup> Więcej na ten temat: *ibidem*.

<sup>621</sup> *Ibidem*, s. 94-95,

<sup>622</sup> Więcej na ten temat: J. Lachowski, § 7. *Inne kontratywy* [w:] L. K. Paprzycki (red.), *System prawa karnego*. Nauka o karze, t.4, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2013, s. 427.

wystąpienie zgody odbierało zachowaniu się człowieka cechę jego niezgodności z obowiązującymi w obrocie regułami postępowania z dobrem prawnie chronionym. To, że z tego rodzaju skutkiem owej zgody możemy mieć do czynienia nie ulega wątpliwości – wystarczy w tej mierze przykład zgody osoby mającej przynajmniej 15 lat na obcowanie płciowe z osobą będącą w takim wieku (...)”<sup>623</sup>. Natomiast jeżeli, wystąpienie zgody dysponenta tzw. względnej wartości społecznej nie niweczy niezgodności zachowania z obowiązującymi w obrocie regułami ostrożności wówczas, chodzi o sytuacje, gdy następuje legalne przekroczenie normy sankcjonowanej w ramach karnoprawnego porządku. Takim przypadkiem będzie np. zgoda na naruszenie nietykalności cielesnej<sup>624</sup>.

Na istotny problem kształtowania gradacji niebezpieczeństwa czynu zabronionego w kontekście udzielenia zgody przez dysponenta dobrem zwraca uwagę W. Świda stwierdzając, iż wyrażona zgoda przybierze postać pozaustawowego kontraktu jedynie w stosunku do przestępstw, których przedmiotem ochrony jest określone dobro stanowiące interes jednostki. Natomiast, interes społeczny znajduje się na dalszym planie, aczkolwiek wskazuje się na jego względny charakter nawet przy tego rodzaju przestępstwach. W rezultacie, skoro w określonych przypadkach interes społeczny wymaga ścigania przestępstwa, to zgoda pokrzywdzonego nie może przesądzać o braku bezprawności czynu. Wydaje się, że pominięto fakt, iż wyrażenie zgody przez osobę zainteresowaną na określony czyn zmienia w zasadniczy sposób charakter tego czynu i wpływa na zakres jego społecznego niebezpieczeństwa<sup>625</sup>.

Istnieje także drugi nurt krytykujący podział na *Einverständnis* oraz *Einwilligung*. Chociaż zakłada on istnienie tego rozróżnienia oraz wynikających z tego faktu konsekwencji systemowych to, podważa on ostry, dwupodział w kontekście warunków skuteczności zgody. W ramach tego poglądu panuje przekonanie, że przynajmniej w zakresie *Einverständnis* nie ma możliwości ustalenia generalnych wypowiedzi o warunkach jej skuteczności. Uważa się, że należy je określać w sposób zróżnicowany w zależności od konkretnej struktury każdorazowej czynu<sup>626</sup>.

W przedmiocie zgody dysponenta dobrem jako elementu w strukturze przestępstwa została zaprezentowana również koncepcja norm sprzężonych. Wedle niej,

---

<sup>623</sup> Ł. Pohl, *O usytuowaniu zgody dysponenta dobrem na jego naruszenie w strukturze przestępstwa i jego konsekwencjach na gruncie problematyki błędu w polskim prawie karnym (elementarna próba uporządkowania zagadnienia*, [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 78.

<sup>624</sup> *Ibidem*.

<sup>625</sup> Patrz: W. Świda, *op. cit.*, s. 173. Tak też: A. Spotowski, *op. cit.*, s. 84, E. Hryniewicz, *op. cit.*, s. 32.

<sup>626</sup> Podając za: Z. Jędrzejewski, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 43.

przepis prawa karnego umożliwia wyprowadzenie dwóch norm, mianowicie: sankcjonowanej – określa powinność konkretnego zachowania się oraz sankcjonującej - wprowadzającej karalność naruszenia normy sankcjonowanej. Norma sankcjonowana powinna być prakseologicznie wcześniejsza wobec normy sankcjonującej. Powinność ujęta w normie sankcjonowanej nie musi być powiązana z normą sankcjonującą, gdyż może mieć charakter *lex imperfecta* lub pozostawać w odniesieniu do sankcji prawa cywilnego<sup>627</sup>.

Kolejną teorią, którą nie sposób pominąć rozważając kwestię ulokowania zgody jako elementu czynu, jest teoria znamion negatywnych. Chociaż J. Giezek nie opowiedział się jednoznacznie, za żadną z teorii odnoszących się do elementu zgody w zakresie struktury przestępstwa to wydaje się, iż skłania się właśnie ku tej koncepcji<sup>628</sup>. Co więcej, stwierdza on, że jeżeli ją przyjmiemy, to zezwolenie znajdzie miejsce w strukturze normy sankcjonowanej. Natomiast, jeżeli wspomniana koncepcja ulega odrzuceniu, wówczas właściwym miejscem dla zezwolenia może okazać się struktura normy sankcjonującej. Zaprezentowany pogląd uwzględnia fakt, że usytuowanie zezwolenia na podjęcie zachowania prowadzącego do naruszenia albo narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, na określonym miejscu w strukturze może zostać ujęte trojako:

- 1) zezwolenie wyznacza zakres zastosowania normy sankcjonowanej;
- 2) zezwolenie wyznacza zakres zastosowania normy sankcjonującej;
- 3) zezwolenie wyznacza zakres normowania normy sankcjonowanej.

Wskazany autor przeprowadził analizę umiejscowienia tzw. zezwolenia w strukturze norm sprzężonych w zakresie dwóch pierwszych z trzech wymienionych możliwości. Swoją decyzję umotywował faktem, że ostatnia z opcji wydaje się najmniej przekonująca w analizowanym kontekście. Możliwość, iż zezwolenie wyznacza zakres normy sankcjonowanej wiąże się z założeniem, iż „(...) klauzula zanegowanego kontratypu (zezwoienia) usytuowana jest w zakresie zastosowania normy sankcjonowanej i w rezultacie zawęży ona odpowiednio zakres okoliczności, w których norma ta znajdzie zastosowanie (...) wystąpienie tzw. kontratypu wpływającego wszak na uadekwatnienie zakresu zastosowania normy sankcjonowanej, wyklucza możliwość

---

<sup>627</sup> M. Królikowski, R. Zawłocki, *Wprowadzenie*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Tom I, Komentarz. Art. 1-31*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 40. Por. K. Szczucki, *op. cit.*, s. 40-41.

<sup>628</sup> Patrz: J. Giezek, *op. cit.*, s. 143. Zwolennikiem tej koncepcji jest także W. Wolter. Patrz: W. Wolter, *Z problematyki struktury przepisów karnych*, PiP 1978, z. 11, s. 34 i n.



jej przekroczenia”<sup>629</sup>. Natomiast, w ramach drugiej ze wskazanych opcji, z powodu wykluczenia kontratytu ze struktury normy sankcjonowanej, nie ma możliwości poczytania jego zaprzeczenia w kategorii negatywnego znamienia typu, które miałyby uzupełniać opis zabronionego zachowania. Analiza wystąpienia kontratytu odbywa się na poziomie normy sankcjonującej, a dokładniej w jej zakresie zastosowania, tj. hipotezie tej normy. Dlatego, czyn zabroniony popełniony w warunkach kontratytu jest równoznaczny z niespełnieniem wymaganego warunku braku kontratytu. W następstwie nie zaktualizuje się norma sankcjonująca<sup>630</sup>. Jednak J. Giezek zwraca uwagę, iż takie ujęcie powoduje, że dyspozycja normy sankcjonowanej będzie różniła się istotnie względem hipotezy normy sankcjonującej. Z tej racji wynika z tego (przy zastosowaniu skrótu myślowego – przyp. red.), że w żadnych warunkach nie wolno zabijać (również w obronie koniecznej). Z kolei adresat normy sankcjonującej jest zobowiązany do ukarania sprawcy, jeżeli jego zachowanie nie zostało dokonane w obronie koniecznej<sup>631</sup>.

Kolejny pogląd (autorstwa G. Stratenwertha i L. Kuhlena) sprowadza się do założenia, że żadne ze schematycznych stanowisk nie będzie trafne<sup>632</sup>. Wynika to z faktu, iż dla wyłączającej realizację znamion istoty zgody czynu nie wystarczy jedynie faktyczne jej udzielenie. Także w ramach zgody wyłączającej bezprawność, warunki jej skuteczności nie muszą być zawsze surowsze. „Jest rzeczą oczywistą, że relatywizacja warunków skuteczności zgody w stosunku do konkretnego typu czynu zabronionego jest najmocniej akcentowana przez zwolenników zgody wyłączającej realizację znamion istoty czynu. Jednak zaznacza się to również w obszarze zgody wyłączającej bezprawność, chociaż w tym wypadku wpływa to zdecydowanie bardziej na podkreślenie różnicy w stosunku do warunków skuteczności zgody w ujęciu cywilistycznym”<sup>633</sup>.

W literaturze przedmiotu został wyrażony pogląd, który również wymyka się schematycznemu ujęciu, gdy zgodę w odniesieniu do poszczególnych dóbr może wyróżniać odmienny charakter. Przykładowo, zgoda ciężarnej na przerwanie ciąży z jednej strony jest okolicznością wyłączającą realizację czynu zabronionego (lekarz nie wypełni wówczas znamienia ujętego w art. 152 § 1 i 2 k.k.). Z drugiej strony w ten sposób, wskutek zabiegu nastąpi przejściowy rozstrój zdrowia kobiety (zostaną spełnione znamiona z art. 157 § 1 i 2 k.k.). Pomimo to, wydaje się, iż pociągnięcie do

---

<sup>629</sup> *Ibidem*, s. 151-152.

<sup>630</sup> Podając za: *ibidem*.

<sup>631</sup> *Ibidem*.

<sup>632</sup> Podając za: Z. Jędrzejewski, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 43.

<sup>633</sup> Z. Jędrzejewski, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 43.

odpowiedzialności karnej w tej sytuacji nie wydaje się zasadne, aczkolwiek może wymagać wskazania podstawy tego rodzaju wyłączenia<sup>634</sup>.

Kolejnym zagadnieniem powiązanim z miejscem zgody w strukturze przestępstwa jest relokacja zgody w odniesieniu do poszczególnych etapów badania popełnionego czynu. Na ten temat, interesującą tezę wysuwa E. Hryniewicz, że jeżeli, zgoda została wyrażona w skuteczny sposób, to uzyskuje samodzielne znaczenie w ramach badania znamion czynu zabronionego oraz przy wyłączaniu bezprawności czynu. Z kolei na etapie badania stopnia społecznej szkodliwości i winy, może zaistnieć sytuacja, gdy dojdzie do uwzględnienia nieskutecznie wyrażonej zgody. W konsekwencji następuje wyłączenie przestępnego charakteru czynu, aczkolwiek musi to spowodować uznanie stopnia społecznej szkodliwości czynu za znikomym. Mogą pojawić się również przesłanki wyłączenia winy w postaci przekonania o zaistnieniu zgody lub jej skuteczności poddających się kwalifikacji na podstawie art. 29 k.k. lub art. 30 k.k.<sup>635</sup>.

Jednakże co ciekawe można wywnioskować, iż w późniejszych latach przedstawicielka doktryny zweryfikowała zapatrywanie w przedmiocie miejsca oraz znaczenia zgody w strukturze czynu, gdyż w jej późniejszym opracowaniu naukowym można dopatrzeć się pewnych punktów stykających ze stanowiskiem prezentowanym przez A. Zolla<sup>636</sup> oraz Ł. Pohla<sup>637</sup> (aczkolwiek nie należy je z pewnością pojmować w tożsamy sposób – przyp. red.). Mianowicie, autorka zaproponowała zastosowanie koncepcji obiektywnego naruszenia bądź zagrożenia przedmiotu ochrony do zachowania sprawcy<sup>638</sup>. Celem syntetycznego podsumowania koncepcji wypada stwierdzić, że określone zachowanie podlega analizie z uwagi na to, czy stanowi ono czyn. Dlatego w trakcie weryfikacji bezprawności czynu zabronionego, nie następuje ocena charakteru ingerencji w dobro prawne. Co więcej, założenie podwójnego charakteru zgody dysponenta dobrem prawnym, „(...) pozbawiłoby instytucję obiektywnego przypisania znaczenia na płaszczyźnie czynu zabronionego przenosząc je na płaszczyznę bezprawności czynu”<sup>639</sup>. W następstwie, czyn zabroniony zostałby pozbawiony

---

<sup>634</sup> Więcej na ten temat: E. Hryniewicz, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 32-33.

<sup>635</sup> *Ibidem*, s. 40-41.

<sup>636</sup> Patrz: A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 91 i n.

<sup>637</sup> Patrz: Ł. Pohl, *O usytuowaniu zgody dysponenta dobrem na jego naruszenie w strukturze przestępstwa i jego konsekwencjach na gruncie problematyki błędu w polskim prawie karnym (elementarna próba uporządkowania zagadnienia* [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 78 i n.

<sup>638</sup> E. Hryniewicz *Czy zgoda dysponenta dobra może wyłączyć bezprawność czynu?* Prok. i Pr. 2014, Nr 9, s. 55 i n.

<sup>639</sup> *Ibidem*.

merytorycznej treści, a to z kolei spowodowałoby, że regulacja karna przybrałaby postać czysto formalnego zakazu podejmowania czynności określonych w ustawie.

Umieszczenie podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej łączy się z problemem błędu co do zaistnienia zgody i jej zakresu. Błąd, który jest analizowany w kontekście kwalifikacji zachowania jako czynu zabronionego lub jako czynu bezprawnego, na gruncie k.k. jest ujmowany różnorako. Z uwagi na treść art. 28 k.k., błąd dotyczący wyrażenia przez pacjenta skutecznej zgody na planowany zakres ingerencji w obszarze zdrowia, wyłącza umyślność zachowania lekarza. To z kolei skutkuje koniecznością sprawdzenia „(...) czy można mu przypisać zachowanie nieumyślne (na podstawie art. 156 § 2 k.k., względnie także art. 160 § 3 k.k. w przypadku wystąpienia bezpośredniego zagrożenia życia). W drugim wypadku (art. 29 k.k.) błąd prowadzi do wyłączenia winy sprawcy, gdy był on usprawiedliwiony, pozostawiając jednak czyn zabroniony, bezprawny i karygodny (...)”<sup>640</sup>. W następstwie jest dopuszczalne np. przeszkodzenie w podejmowanych przez lekarza czynnościach z uwagi na art. 25 § 1 k.k. Natomiast, nieusprawiedliwiony błąd nie wyłącza odpowiedzialności sprawcy za czyn zawarty w regulacji art. 156 § 1 k.k. lub 160 § 1 k.k., aczkolwiek istnieje możliwość złagodzenia kary<sup>641</sup>.

Niezależnie od wybranej koncepcji w przedmiocie zgody w strukturze przestępstwa, zgoda może obejmować naruszenie wyłącznie dobra, którym jego dysponent może swobodnie dysponować.

#### **4.2 Problem udzielenia zgody w ramach art. 191a § 1 k.k.**

Poprzedni fragment niniejszego opracowania służył przedstawieniu poglądów w kwestii ulokowania zgody w strukturze przestępstwa, aby przenieść wnioski płynące z ogólnych założeń na grunt art. 191a § 1 k.k. Dlatego, przyjmując dualny podział zgody na podstawie kryterium jej miejsca w strukturze przestępstwa, należy stwierdzić, że w tym przypadku, zgoda stanowi negatywne znamię typu czynu zabronionego i jest ona przede wszystkim okolicznością faktyczną. Pociąga to za sobą określone następstwa. Jej skuteczność nie jest zdeterminowana za pomocą określonych przesłanek prawnych niezbędnych do jej udzielenia: określonego wieku, stanu psychicznego dysponenta dobrem (powinna być wyrażona z właściwym rozeznaniem, w sposób wolny od

---

<sup>640</sup> *Ibidem.*

<sup>641</sup> *Ibidem.*

jakichkolwiek czynników zaburzających sferę intelektu lub woli uprawnionego)<sup>642</sup>, konkretnej formy jej wyrażenia czy wolności od wad prawnych. Zwłaszcza, musi być ona również wolna od błędu, który albo sprawca wywołał lub o nim wiedział albo o nim nie wiedział (wówczas zaistniały stan faktyczny będzie rozpatrywany w ramach błędu co do faktu lub błędu co do kontraktu)<sup>643</sup>. W rezultacie wymaga jedynie by została ona udzielona w sposób świadomy i swobodny, a także jej trwania w czasie podejmowania zachowania wypełniającego znamiona ujęte w konkretnej regulacji prawnej<sup>644</sup>. Innymi słowy, wyrażający zgodę musi być poczytalny oraz świadomy jej znaczenia i zasięgu. Ponadto udzielona zgoda pozostaje ważna jedynie w wyznaczonym zakresie i może być odwołana przed dokonaniem czynu. Zarówno późniejsze odwołanie, jak i późniejsza aprobata czynu pozostaje nieskuteczna. Niezbędne jest oświadczenie woli, z którego jasno wynika sposób działania sprawcy lub skutek, na który się zgadza. W konsekwencji, jeżeli sprawca w chwili czynu nie miał świadomości o istnieniu zgody, to mógłby on odpowiadać za usiłowanie nieudolne, aczkolwiek w ramach przestępstw ściganych na wniosek (oraz w trybie prywatnoskargowym) wydaje się, iż takie sytuacje w praktyce będą miały miejsce niezwykle rzadko. W przypadku tego rodzaju przestępstw, ze względów celowościowych należy przyznać prymat interesowi indywidualnemu, a tym samym dopuścić możliwość wyrażenia zgody przez dysponenta dobrem zarówno *ex ante*, jak i *ex post*. Tego rodzaju rozwiązanie tworzy płaszczyznę dla zindywidualizowanego zakresu eksploatacji dóbr indywidualnych w tym wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie zakresu granic sfery intymności.

Pozostając w temacie dóbr, które stanowią przedmiot karnoprawnej ochrony w ramach przestępstw ściganych na wniosek lub z oskarżenia prywatnoskargowego, wypada podkreślić, że wyróżniają się pełną swobodą dysponowania<sup>645</sup>. Pozostawiając decyzję o ściganiu sprawcy w gestii dysponenta dobrem, ustawodawca zdecydował o przyznaniu pierwszeństwa interesowi indywidualnemu (nad interesem społecznym)<sup>646</sup>. Nie należy jednak wskazanego kryterium poczytywać za absolutne, gdyż nie sprawdzi się

---

<sup>642</sup> Patrz: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 429.

<sup>643</sup> Słusznie A. Piaczyńska stwierdza, że świadomość sprawcy, iż udzielona zgoda jest nieważna, wyklucza możliwość uchylenia się odpowiedzialności karnej. Więcej na ten temat: A. Piaczyńska, *Jednolitość i dualizm zgody pokrzywdzonego w prawie karnym* [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 62.

<sup>644</sup> Patrz: E. Hryniewicz, *Zgoda...*, *op. cit.* s. 43. Por. A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, PiP 1972, Nr 3, s. 85, A. Piaczyńska, *op. cit.*, s. 65, P. Daniluk, *Zgoda uprawnionego a tryb ścigania*, PS 2007, Nr 4, s. 130 i n.

<sup>645</sup> Patrz: A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 177.

<sup>646</sup> Patrz: P. Daniluk, *Zgoda uprawnionego a tryb ścigania*, PS 2007, Nr 4, s. 130 i n.

ono w przypadku wolności. Np. przestępstwo z art. 189 § 1 k.k. jest ścigane z oskarżenia publicznego, a nie wydaje się celowym pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osoby, która za zgodą dysponenta pozbawiła go na określony czas swobody poruszania się<sup>647</sup>.

#### **4.2.1 Problem udzielenia zgody na rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę pełnoletnią**

W tym miejscu należy poczynić uwagę, iż pojęcie „zgoda” w zakresie charakteryzowanej regulacji zostało wymienione *expressis verbis* jedynie w wariantcie, gdy sprawca rozpowszechnia bez zgody wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej. Jednakże w drugim typie ze względu na konieczność wykorzystania przez sprawcę przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp (dla realizacji znamion z art. 191a § 1 k.k.), również dysponent dobrem nie wyrazi skutecznej zgody. Jeżeli dysponent dobrem nie wyraził zgody, acz sprawca nie posłużył się żadnym z trzech wymienionych sposobów, wówczas nie dojdzie do realizacji znamion czynu zabronionego. Natomiast, nastąpi ona, gdy utrwalenie odbyło się zgodnie z wolą wyrażoną przez dysponenta dobrem, który jednak nie wyraził zgody na jego rozpowszechnienie. Ponadto celem uporządkowania tematu, wszelkie zagadnienia oraz problemy w związku z udzieleniem zgody w ramach art. 191a § 1 k.k., odnoszące się wspólnie do osób pełnoletnich, jak i małoletnich będą ujęte w niniejszym fragmencie opracowania.

Rozpoczynając analizę implikacji, które wynikają z przyjęcia poszczególnych teorii w przedmiocie roli zgody i jej miejsca w strukturze przestępstwa<sup>648</sup>, warto rozpocząć rozważania od skutków w związku z uznaniem, iż wyrażona zgoda pełni funkcję negatywnego znamienia czynu zabronionego. Mianowicie, jeżeli przyjąć, iż udzielona zgoda przez dysponenta stanowi negatywne znamię czynu zabronionego w ramach art. 191a § 1 k.k., to niewątpliwie odnosząc się do poglądu W. Świdy w tym zakresie, można wyróżnić obydwa rodzaje negatywnych znamion<sup>649</sup>. I obydwa znajdują się w poszczególnych wariantach analizowanej regulacji. W ramach wariantu rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej została zawarta fraza „(...) bez jej zgody rozpowszechnia (...)”, dlatego należy przyjąć, iż brak zgody (zezwoienia – w zależności od przyjętego poglądu – przyp. red.) został

---

<sup>647</sup> J. Lachowski, *op. cit.*, s. 429.

<sup>648</sup> Więcej na ten temat: 4.1 Charakter zgody i jej rola w strukturze przestępstwa.

<sup>649</sup> Więcej na ten temat: 4.1 Charakter zgody i jej rola w strukturze przestępstwa. W. Świda, *op. cit.*, s. 170.

ujęty *expressis verbis*. Natomiast, ze względu na specyfikę środków działania sprawcy w postaci przemocy, groźby bezprawnej oraz podstęp, trudno mówić o możliwości wyrażenia skutecznej zgody<sup>650</sup>. Co więcej, trudno przyjąć, iż w przypadku charakteryzowanej konstrukcji prawnej zgodę cechuje „usprawiedliwiający” charakter, skoro została ona uwzględniona, czy to w sposób bezpośredni, czy pośredni w strukturze typu czynu zabronionego. Zatem wydaje się, że powinna ona wystąpić najpóźniej równocześnie z realizacją reszty znamion. Z drugiej strony, z uwagi na treść art. 191a § 2 k.k. można przypuszczać, że jeżeli tego rodzaju zgoda zostałaby wyrażona *ex post*, to dysponent dobrem najpewniej nie skorzysta z możliwości wystąpienia z wnioskiem o ściganie.

W dodatku uwzględniając kontekst ujęcia określonego dobra prawnego (indywidualistyczny lub obiektywistyczny)<sup>651</sup>, należy postawić pytanie, które dobro lub dobra brać pod uwagę, te określane jako: rodzajowy przedmiot ochrony, bezpośredni przedmiot ochrony, czy dalszy przedmiot ochrony. Np., jeżeli pokrzywdzonym przestępstwem jest małoletni, to można wyróżnić jako przedmiot karnoprawnej ochrony prawidłowy rozwój psychofizyczny małoletniego. Wydaje się, że wówczas zaistnieje interes społeczny dla ochrony tak ukształtowanego dobra. W rezultacie można rozważyć, czy nie zachodzi interes społeczny i jednocześnie okoliczność wyłączająca bezprawność. Jednakże z uwagi na względy funkcjonalne, właściwym będzie odwołanie się do bezpośredniego przedmiotu ochrony, gdyż dalszy przedmiot ochrony ma w podanym przykładzie wymiar epizodyczny, tzn. zaktualizuje się jedynie w przypadku, gdy osoba pokrzywdzona przestępstwem w momencie popełnienia czynu nie osiągnęła pełnoletności. Z kolei, pomimo że rodzajowy przedmiot ochrony w postaci wolności, bez wątpienia zasługuje na ochronę, również ze względu na interes społeczny, to zakres przestępstw ujętych w ramach *Rozdziału XXIII k.k.* został na tyle rozlegle zakreślony, że dokonując w jego obrębie konkretyzacji istoty poszczególnych dóbr, można wyszczególnić między nimi znaczne różnice (zwłaszcza, z uwagi na cel wyodrębnienia dobra, jego treść i charakter). Dlatego, rozważeniu w powyższym kontekście powinien podlegać bezpośredni, indywidualny przedmiot ochrony w postaci wolności od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności jednostki. Jest ona przypisana immanentnie do określonego człowieka i bezpośrednio dotyka kwestii

---

<sup>650</sup> Więcej na ten temat: *Rozdział III. Alternatywne sposoby działania sprawcy na gruncie art. 191a § 1 k.k.*

<sup>651</sup> Więcej na ten temat: *Rozdział III. Alternatywne sposoby działania sprawcy na gruncie art. 191a § 1 k.k.*, K. Szczucki, *op. cit.*, s. 33, Z. Jędrzejewski, *Zgoda..., op. cit.*, s. 38-39.

związanej ze sferą intymną, dlatego trudno tu wskazać interes społeczny, zasługujący na ochronę, mimo woli osoby, której problem dotyczy.

Zakładając, że skuteczna zgoda na gruncie art. 191a § 1 k.k. niweczy czyn zabroniony, to w sytuacji, gdy sprawca błędnie przyjmie istnienie zgody dysponenta dobrem, wówczas nastąpi wyłączenie zamiaru. W przypadku wariantu analizowanego przestępstwa ze znamieniem „utrwalanie” po stronie sprawcy wystąpi zamiar bezpośredni. Z kolei w ramach znamienia „rozpowszechnianie” należy przyjąć, iż możliwy jest również zamiar ewentualny<sup>652</sup>. Natomiast, jeżeli przyjmiemy, że wyrażenie zgody w kontekście analizowanej regulacji wyłącza bezprawność, wówczas mamy do czynienia z urojeniem znamienia w zakresie kontratypu. W rezultacie urojenie zgody, w przypadku, gdy dekompletuje ona zespół znamion czynu zabronionego, skutkuje wyłączeniem zamiaru (art. 28 k.k.). Natomiast, urojenie zgody wyłączającej bezprawność winno się poczytywać w zakresie konstrukcji błędu co do okoliczności wyłączającej odpowiedzialność (art. 29 k.k.)<sup>653</sup>. Zatem, w drugim przypadku, błąd co do faktycznego wyrażenia zgody na naruszenie dobra w ramach art. 191a § 1 k.k. wyłączy – jeżeli był usprawiedliwiony lub może zmniejszyć stopień winy sprawcy. Z kolei zgodnie z regulacją zawartą w art. 28 k.k., błąd co do faktycznego zaistnienia skutecznej zgody wyłączającej zabroniony charakter zachowania nie zostanie uwzględniony na etapie badania winy. Nie wyróżnia go bowiem stopniowalny charakter. Tego rodzaju błąd rodzi skutki w postaci kwalifikacji zachowania sprawcy jako czynu zabronionego, wyłączając jedynie jego umyślność, bądź kształtując łagodniejszą odpowiedzialność sprawcy. Z uwagi na stopień społecznej szkodliwości, a także błędy determinujące stopień winy (art. 53 § 1 k.k.) oraz okoliczności spoza struktury przestępstwa (art. 53 § 2 k.k.), zgoda na naruszenie, bądź zagrożenie dobra może być uwzględniona przy wymiarze kary<sup>654</sup>. Innymi słowy, jeżeli zostanie poczynione założenie, że zgoda ujęta w regulacji art. 191a § 1 k.k. stanowi negatywne znamię, wówczas urojenie o jej wyrażeniu wyłączy zamiar sprawcy (art. 28 § 1 k.k.). A zatem nie zostanie popełnione przestępstwo. Przykładem usprawiedliwionego błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego z uwagi na charakteryzowaną konstrukcję prawną może sytuacja, gdy

---

<sup>652</sup> M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej albo rozpowszechnianie takich treści (art. 191a k.k.)*, [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 531. Problem postaci zamiaru przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. zostanie omówiony w dalszej części pracy.

<sup>653</sup> Patrz: Z. Jędrzejewski, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 39.

<sup>654</sup> E. Hryniewicz, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 39.

fotograf pod wpływem skrajnego wzburzenia uważa, że dokumenty podpisane przez klienta, dotyczą oświadczenia w przedmiocie zgody na publikację jego aktów, a w rzeczywistości dotyczą one odmiennej kwestii. W następstwie tego faktu fotograf umieszcza utrwalenia na stronie internetowej własnej działalności jako przykładową ofertę usług.

Z kolei na podstawie art. 29 k.k. można przytoczyć podobną sytuację. Może być uznane za niezawinione zachowanie sprawcy, który był przekonany o wyrażeniu zgody przez dysponenta dobrem z powodu nieprawidłowo skonstruowanej umowy, w dodatku po uzyskaniu w tym przedmiocie opinii prawnej. Jednak w większości przypadków z praktycznego punktu widzenia w płaszczyźnie art. 191a k.k., konsekwencje dla sprawcy po rozważeniu obydwu opcji (w ramach podziału zgody na wyłączającą albo istotę czynu zabronionego albo bezprawność) będą zbliżone.

Inaczej aniżeli w przypadku przyjęcia powyższej teorii, pogląd wyrażony przez A. Zolla w przedmiocie negacji podziału zgody na podstawie pełnionej przez nią w prawie karnym funkcji, wyłącza problem oceny charakteru zgody na gruncie art. 191a § 1 k.k.<sup>655</sup>. Jest to wynikiem przyjęcia, że zgoda na gruncie każdego typu przestępstwa powinna być rozumiana w sposób jednolity. W analizowanej regulacji występuje zarówno *expressis verbis* pojęcie zgody, jak i jest ono zawarte w istocie terminów: przemoc, groźba bezprawna oraz podstęp. Żadne ze znamion z nimi związanych nie zostanie zrealizowane, jeżeli dysponent dobrem udzieli skutecznej zgody na naruszenie. W rezultacie wydaje się, że błąd sprawcy w kwestii wyrażenia skutecznej zgody przez dysponenta dobrem prawnym może być rozpatrywany na podstawie art. 28 k.k. – podobnie jak problem zgody jako negatywnego znamienia wchodzącego w skład analizowanego przestępstwa. Kolejną kwestią jest ocena czy fakt, że dane dobro zostało wyposażone w przymiot wartości społecznej, należy połączyć z charakterem dobra, które stanowi dalszy przedmiot ochrony. Ma to szczególne znaczenie, jeżeli pokrzywdzonym przestępstwem z art. 191a § 1 k.k. jest małoletni. Wydaje się, że o ile można uznać dobro w postaci wolności od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności jednostki za pozbawione wspomnianej wartości, to prawidłowy rozwój psychofizyczny małoletniej osoby, bez wątplenia nosi wartość społeczną. W tej samej koncepcji pojawiło się założenie, iż brak skutecznej zgody w zakresie art. 191a § 1 k.k. nie spowoduje naruszenia dobra z powodu niespełnienia

---

<sup>655</sup> Patrz: A. Zoll, *Okoliczności...*, *op. cit.*, Warszawa 1982, s. 88-92.



ustawowej określoności czynu. W związku z tym, przyjmując niniejsze twierdzenie, a także przez wzgląd na kształt charakteryzowanej regulacji zgoda będzie badana każdorazowo. Biorąc pod uwagę specyfikę rozważanego zachowania, tego rodzaju badanie wydaje się słuszne, ponieważ charakter czynu wymaga takiego rozwiązania. Jednakże nie sposób nie przyznać racji wątpliwościom podniesionym przez J. Lachowskiego wobec poglądu zaprezentowanego przez A. Zolla w przedmiocie miejsca zgody w strukturze przestępstwa. W szczególności należy przychylić się do twierdzenia, że ugodzenie dobra zawsze jest równoznaczne z jego naruszeniem natomiast, fakt, że doszło do tego za zgodą dysponenta powinien zostać rozpatrzony w ramach prawnej oceny<sup>656</sup>. Dlatego, analogicznie, jeżeli sprawca zdecyduje o publikacji wizerunku nagiej osoby, niewątpliwie dojdzie do jego rozpowszechnienia, aczkolwiek wyrażenie (albo skutecznej, albo nieskutecznej) zgody przez dysponenta na określone postępowanie wpłynie na ocenę zachowania sprawcy.

Natomiast w ramach teorii norm sprzężonych, w odmiennym kontekście od przedstawianego do tej pory, należy ocenić treść art. 191a § 1 k.k.<sup>657</sup>. Warto podkreślić, że norma sankcjonująca ma względem normy sankcjonowanej jedynie posiłkowy charakter. Zatem, norma sankcjonująca ziszcza się wyłącznie w przypadku, gdy została naruszona norma sankcjonowana<sup>658</sup>. Na podstawie treści powyższego przepisu można przypuszczać, iż norma sankcjonowana kształtowałaby się następująco:

*„Nigdy i nikomu nie wolno utrwalać wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej używając w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny, albo nigdy i nikomu nie wolno rozpowszechniać wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej w przypadku braku zgody osoby, której wizerunek jest rozpowszechniany”.*

W podanym przykładzie zwroty „nie wolno utrwalać wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej używając w tym celu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny” oraz „nie wolno rozpowszechniać wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej w przypadku braku zgody osoby, której wizerunek jest rozpowszechniany” stanowią przejaw klauzuli zanegowanego kontratypu

---

<sup>656</sup> Patrz: J. Lachowski, § 7. *Inne kontratypy* [w:] L. K. Paprzycki (red.), *System prawa karnego. Nauka o karze*, t.4, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2013, s. 427.

<sup>657</sup> Patrz: K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, CZPKiNP 2011, z. 1, s. 40-41.

<sup>658</sup> Patrz: T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 4 popr. i uzup., C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 92.

– zezwolenia w ramach normy sankcjonowanej. Należy przy tym poczynić zastrzeżenie, że istota zachowania w postaci przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny, pierwotnie uwzględnia brak wyrażenia zgody przez dysponenta dobrem. Jeżeli, okaże się, że czyn został popełniony w warunkach udzielenia skutecznej zgody, wówczas nie będzie spełniony warunek braku kontraktynu, dlatego nie zaktualizuje się norma sankcjonująca. Zdaniem J. Giezka, skoro w ramach powyższej koncepcji zarówno negatywne jak, i pozytywne znamiona odgrywają równie istotną rolę, to brak któregoś z nich spowoduje identyczny skutek, do braku realizacji znamion ujętych w art. 191a § 1 k.k.<sup>659</sup>. Na gruncie tej teorii, udzielenie skutecznej zgody spowoduje brak realizacji normy sankcjonującej. W rezultacie zaistniałe zachowanie nie będzie rozważane w kategorii przedmiotu karnoprawnej oceny. Przyjęcie koncepcji negatywnych znamion na gruncie art. 191a § 1 k.k. powoduje pytanie o celowość wprowadzania teorii norm sprzężonych, gdyż nawet jeżeli dojdzie do dokonania czynu zabronionego, to może nie znaleźć zastosowania sankcja karna, gdyż treść § 2 tegoż art. przesądza o tym, że to przestępstwo ścigane jest na wniosek, a więc niezbędne jest w tym przypadku działanie inicjujące osoby pokrzywdzonej.

Przechodząc do kwestii uwzględnienia zgody (po odrzuceniu jej skuteczności na etapie badania realizacji znamion czynu zabronionego lub odrzuceniu możliwości uznania czyn za bezprawny) w płaszczyźnie karygodności, a także zawinienia zachowania należy się zastanowić, czy E. Hryniewicz ma rację<sup>660</sup>. Niewątpliwie w ramach okoliczności popełnienia czynu można zawrzeć sytuację, gdy zgoda na rozpowszechnienie wizerunku nagiej osoby została wyrażona przez dysponenta dobrem w sposób nieskuteczny. Jednakże, jeżeli zgoda została wyrażona przez osobę niemającą dostatecznego rozeznania, nieświadomą, co do przedmiotu lub zakresu zgody, czy też niepełnoletnią, a sprawca miał przekonanie, że udzielona zgoda ma charakter skuteczny, wówczas wydaje się, iż można rozpatrywać problem stosownie do przepisów art. 29 k.k. lub art. 30 k.k. (jednocześnie są to okoliczności, które wpływają na stopień winy – art. 53 § 1 k.k.). Z drugiej strony, w przypadku, gdy sąd uzna, iż nie zachodzi okoliczność dopuszczająca zastosowanie, którejkolwiek z powyższych regulacji, to pojawi się

---

<sup>659</sup> Patrz: J. Giezek, *Zezwolenie na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontraktynowa* [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. Urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2009, s. 137-152.

<sup>660</sup> Patrz: E. Hryniewicz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym na gruncie prawa karnego* [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 38-39.

możliwość odwołania się do art. 115 § 2 k.k. Szczególnie należy dopuścić taką możliwość, gdy została udzielona zgoda na rozpowszechnienie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej w drodze umowy cywilnoprawnej w przedmiocie komercyjnego wykorzystania wizerunku, aczkolwiek na skutek wynikających z niej nieścisłości rozpowszechnieniu podlegały utrwalenia pozostające poza wyrażoną zgodą (natomiast, mieszczące się w zakresie znamienia z art. 191a k.k.), a rozmiary szkody wyrządzonej przez ten czyn, należy uznać za nieznaczące. Może to mieć miejsce, np., gdy utrwalenie nieobjęte zgodą na rozpowszechnianie jego treści, różni się detalami, pozostającymi obojętnymi z uwagi na jego przedmiot, kontekst towarzyszący jego powstaniu (np. czy motywacją sprawcy było ośmieszenie osoby, której wizerunek został utrwalony), a także jego ogólnym wydźwiękiem, od tego, który wynikał z zawartej umowy.

Kolejne ze stanowisk zaprezentowanych przez wyżej wymienioną przedstawicielkę doktryny zakłada zastosowanie koncepcji obiektywnego naruszenia bądź zagrożenia przedmiotu ochrony do zachowania sprawcy<sup>661</sup>. Dlatego, jeżeli, np. dojdzie do rozpowszechnienia wizerunku nagiej osoby (w sposób realizujący znamię określone w art. 191a § 1 k.k.), wówczas zaistnieje konieczność obiektywnego przypisania go do zachowania sprawcy, tzn. czy istniejący stan faktyczny można powiązać z działaniem lub zaniechaniem sprawcy, a tym samym czy może on stanowić podstawę dla odpowiedzialności karnej. Z kolei, jeżeli zostanie zbadane zagadnienie bezprawności czynu, odbędzie się to w ramach następnego etapu. Wynika to z faktu, iż autorka przypisała zagadnienie bezprawności czynu do zakresu normy sankcjonującej. Co więcej, obiektywne przypisanie ma pomóc w ustaleniu relacji między zachowaniem sprawcy a faktem naruszenia dobra prawnego jako przedmiotu karnoprawnej ochrony.

Pozostawiając teoretyczny aspekt znaczenia zgody w strukturze przestępstwa, warto przywołać w ramach niniejszego zagadnienia przykład z praktyki orzeczniczej w postaci postanowienia SN z 25 lipca 2018 r. (IV KK 262/18)<sup>662</sup>. Należy w pełni poprzeć stanowisko SN o uznaniu kasacji za oczywiście bezzasadną, gdyż nie sposób utożsamiać możliwości technologicznych, które niesie korzystanie z komunikatora internetowego z wyrażeniem zgody na zastosowanie go względem dysponenta dobrem w sposób, który

---

<sup>661</sup> Patrz: E. Hryniewicz *Czy zgoda dysponenta dobra może wyłączyć bezprawność czynu?* Prok. i Pr. 2014, Nr 9, s. 55 i n.

<sup>662</sup> Postanowienie SN z 25.07.2018 r., IV KK 262/18, [www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv\\_kk\\_262-18.docx.html](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv_kk_262-18.docx.html), [dostęp: 21.01.2020 r.].

by zagrażał dobru lub je naruszał. Bez względu na przyjętą koncepcję miejsca zgody w strukturze przestępstwa, tak określone ujęcie zgody sprawia, że mamy do czynienia z dyrektywą wykładni w postaci *argumentum ad absurdum*, ponieważ mimo braku świadomości dysponenta dobrem w przedmiocie zachowania podjętego przez sprawcę (a zatem nieudzielenia zgody przez dysponenta dobrem), sprawca nie poniósłby odpowiedzialności karnej, jedynie z powodu obustronnego korzystania z narzędzia komunikacji z możliwością utrwalania wizerunku. Zatem, poza oceną pozostałaby kwestia zamiaru sprawcy oraz motywacji, którą kierował się przy popełnieniu określonego czynu. Co do kolejnej z podniesionych kwestii, to nie można np. uśmiechu osoby, której wizerunek stanowi treść utrwalenia, poczytywać jednoznacznie za pozytywną reakcję. Może być to jedynie rodzaj wymuszonej pozy na potrzeby określonego obrazu.

Następnie przechodząc do zagadnień o wyższym stopniu szczegółowości, wypada podkreślić, iż założenie, że zgoda jako okoliczność faktyczna, wyrażona w kontekście art. 191a § 1 k.k., skutkuje bezprawnością czynu zabronionego może stwarzać trudności, co do oceny jej skuteczności, jeżeli osoba jej udzielająca znajdować się będzie w stanie nietrzeźwym. Tego rodzaju okoliczność sprawia, że dokonanie powyższego czynu zabronionego w wymienionych warunkach, obciąża korzystającego ze zgody, konsekwencjami wynikającymi z niewłaściwej oceny poziomu świadomości (po spożyciu określonej ilości alkoholu) dysponenta dobrem.

W literaturze panuje pogląd, iż swoboda dysponowania dobrami przez jednostkę w sferze intymności ulega rozszerzeniu. Jednak w przypadku, gdy zgoda osoby dysponującej dobrem wykracza poza tę sferę, zostaje ona poddana ocenie z uwagi na jej oddziaływanie na otoczenie, skali przewidywalności, powagi, odwracalności jej następstw, a także zgodności z ochronnymi założeniami systemu prawnego. Słusznie zauważa E. Hryniewicz, że „gdy zgoda wyklucza zaistnienie czynu zabronionego w przypadku skutecznego wyrażenia przez dysponenta dobrem indywidualnym zgody na podjęcie zachowania ingerującego w to dobro, interes społeczny w sankcjonowaniu tej ingerencji nie pojawi się wcale”<sup>663</sup>.

Kolejny problem, który warto zasygnalizować, a jest częściowo zdeterminowany indywidualnym charakterem dobra chronionego, dotyczy wymaganego rodzaju zgody w ramach niniejszej regulacji, aby wyłączyć bezprawność czynu. Nie sposób przyznać

---

<sup>663</sup> E. Hryniewicz, *Zgoda...*, *op. cit.* s. 54.

rację M. Jachimowiczowi, który uważa, że zgoda na rozpowszechnienie wizerunku w ramach regulacji z art. 191a § 1 k.k. może mieć charakter abstrakcyjny i odnosić się do eksploatacji wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej w ogóle. W następstwie autor poglądu uznaje także, iż przekroczenie ram zgody określonej do oznaczonych granic terytorialnych lub czasowych lub do osoby rozpowszechniającej, spowoduje realizację znamion analizowanego przestępstwa. Przedstawiciel doktryny powołuje się przy tym na art. 81 ust. 1 zd. 2 pr. aut., który dotyczy problemu rozpowszechniania wizerunku osoby (także nagiej lub w trakcie czynności seksualnej), która otrzymała umówioną zapłatę za pozowanie. Istota tej regulacji zakłada, iż opłata, którą dostaje portretowany jest tożsama z równoczesnym wynagrodzeniem za udzielenie zgody na rozpowszechnianie wizerunku<sup>664</sup>. Należy się zastanowić, czy przedstawione stanowisko jest trafne, gdyż prawo karne wyróżnia subsydiarny, a zarazem gwarancyjny charakter, dlatego wydaje się, że jest celowym zapewnieniem płaszczyzny do dowolnego kształtowania sfery intymności. Dlatego zgoda powinna być skonkretyzowana, co najmniej co do zakresu terytorialnego, czasowego, treści udostępnianego utrwalenia oraz formy udostępnienia. Jednak opłata za pozowanie może pośrednio stanowić przejaw konkretyzacji jej treści<sup>665</sup> nawet w przypadku rozpowszechniania, gdyż pozujący również ma wpływ na pozycje, które przyjmuje podczas czynności. Jeżeli uzna jakąś np. za zbyt obsceniczną w jego mniemaniu, może zrezygnować z pozowania, a zatem utrwalenie nie powstanie i nie zostanie rozpowszechnione. Co więcej, ustawodawca zdecydował, aby czyny zabronione w postaci utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, przy użyciu w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny, albo rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody były m.in. zagrożone karą pozbawienia wolności. Z kolei wolność człowieka zajmuje szczególne miejsce w systemie wartości, czego wyrazem jest zasada konstytucyjna zawarta w art. 31 ust. 1 Konstytucji RP. Dlatego, kara w postaci pozbawienia wolności jest uważana za najbardziej dolegliwy środek przymusu w ramach polskiego karnoprawnego porządku, gdyż ogranicza ona wolność konstytucyjną (choć rozpatrując kwestię na podstawie indywidualnych preferencji,

---

<sup>664</sup> M. Jachimowicz, *Przestępstwo utrwalania wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, KKSSiP 2012, z. 2, s. 34. Por. M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 611-612, R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, Prok. i Pr. 2012, Nr 5, s. 35.

<sup>665</sup> Jednakże opłata za pozowanie nie będzie stanowiła formy wyraźnego udzielenia zgody.

może okazać się bardziej dolegliwą np. wymierzona kara grzywny, ponieważ jest to kwestia zindywidualizowanego systemu wartości oskarżonego, warunków bytowych etc.). W konsekwencji, skoro ustawodawca przewidział możliwość pozbawienia wolności sprawcę przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., to można wywnioskować, iż uznał również, że czyn ten może być dolegliwy w skutkach dla pokrzywdzonego. W związku z tym wydaje się, że nie można uznać generalnej zgody dysponenta dobrem za wystarczającą dla skutecznego jej udzielenia.

Na kolejny ważny przymiot, który cechuje zgodę w zakresie analizowanej regulacji, zwrócił uwagę J. Lachowski podkreślając, że nie może mieć dorozumianego charakteru – tj. musi ona zostać wyrażona w wyraźny sposób. Skoro zgoda ma obejmować rozpowszechnianie treści dotyczącej intymnych aspektów życia jednostki (wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej), to nie należy jej domniemywać<sup>666</sup>. Na gruncie art. 191a § 1 k.k., dla skuteczności zgody nie wystarczy, aby była ona domniemana. Przeciwnie założenie stwarzałoby szeroką płaszczyznę dla nadużyć sprawcy, co do twierdzenia, iż dysponent dobrem wyraził zgodę. Zapłata za pozowanie teoretycznie może oznaczać domniemaną zgodę np. na publikację zdjęcia, aczkolwiek nie jest ona równoznaczna z dowodem, że akurat to utrwalenie miało zostać rozpowszechnione. Wydaje się, że w takim przypadku dowodem procesowym o istotnej doniosłości może okazać się zaistnienie czynności prawnej, zwłaszcza zawarcie odpowiedniej pisemnej umowy o charakterze cywilnoprawnym. Nie bez słuszności w literaturze została podniesiona wątpliwość, że ocena czy zgoda została wyrażona skutecznie, może powodować trudności natury praktycznej. Ponadto na tym polu istnieje ryzyko nadużyć. Np. w przypadku, gdy kobieta udziela zgody na rozpowszechnienie własnego wizerunku w stanie nagości, przez partnera, z którym tworzy intymną relację. Następnie ulega ona rozpadowi i kobieta kierowana chęcią zemsty na mężczyźnie, zawiadamia o fakcie rozpowszechnienia organy ścigania, tym samym stwierdzając, że udzielenie przez nią zgody nigdy nie miało miejsca. Natomiast jej były partner oświadczy, że wyraziła ona zgodę w formie ustnej. Prawdopodobnie nie będzie innych dowodów, gdyż w zakresie relacji intymnych trudno oczekiwać, aby jej uczestnicy wyrażali zgodę w pisemnej formie<sup>667</sup>.

---

<sup>666</sup> Patrz: J. Lachowski, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 875.

<sup>667</sup> Patrz: R. Krajewski, *op. cit.*, s. 35.

Oczywiście skuteczność zgody na gruncie analizowanej regulacji pozostaje w relacji z inną właściwością. Mianowicie istotne jest, aby okres trwania zgody pokrywał się z okresem trwania zachowania sprawcy (zbieżnym z typem czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k.)<sup>668</sup>. Jednakże zgoda, która zaistniała po fakcie może mieć znaczenie z uwagi na podejmowane działania procesowe, gdyż analizowane przestępstwo jest ścigane na wniosek pokrzywdzonego.

Kolejną właściwością, która powinna być rozważona jako potencjalnie implikująca skuteczność zgody, jest wiek dysponenta dobrem<sup>669</sup>. Należy przyznać rację stanowisku M. Jachimowicza, który twierdzi, że z pewnością osobą zdolną do udzielenia zgody jest osoba pełnoletnia, czyli osoba, która ukończyła 18 lat, a także kobieta, która ukończyła 16 lat i za zgodą sądu zawarła związek małżeński<sup>670</sup>.

#### **4.2.2 Problem udzielenia zgody na rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę małoletnią**

Rozpoczynając omawianie zagadnienia udzielenia zgody na rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę małoletnią, należy zaakcentować, że chociaż ustawodawca na gruncie porządku karnoprawnego posługuje się terminem „małoletni”, to nie zdecydował się na jego zdefiniowanie w ramach słownika pojęć k.k. (art. 115 k.k.). Jednak, w literaturze przedmiotu pojawia się pogląd, iż posługując się definicją zawartą w art. 10 k.c. *a contrario* można uściślić, że małoletni nie spełnia żadnego z dwóch kryteriów: ukończenia 18 lat lub zawarcia związku małżeńskiego po ukończeniu 16 lat<sup>671</sup>.

Jak zostało zauważone w poprzednim fragmencie niniejszego opracowania, w razie przyjęcia, że zgoda stanowi okoliczność faktyczną (tym samym wyłącza zaistnienie czynu zabronionego), wystarczy by była ona udzielona świadomie oraz swobodnie, tj. dysponent dobra musi odznaczać się przeciętną zdolnością do rozpoznania jej następstw. Jednakże warto zadać pytanie, czy można wyznaczyć określoną granicę wiekową, w ramach której jednostka jest w stanie wyrazić świadomie oraz swobodnie

---

<sup>668</sup> Tak też: J. Kosonoga, *Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby* [w:] K. Ślęzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 230. Por. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. 4, Lexis Nexis, Warszawa 2009, s. 278.

<sup>669</sup> Więcej na ten temat: 4.2.2 *Problem udzielenia zgody na rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę małoletnią*.

<sup>670</sup> Więcej na ten temat: M. Jachimowicz, *op. cit.*, s. 33. Por. J. Warylewski, *Prawo...*, s. 278. Problem ten zostanie rozwinięty w: 4.2.2 *Problem udzielenia zgody na rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę małoletnią*.

<sup>671</sup> Więcej na ten temat: A.Z. Krawiec, *Małoletni pokrzywdzony w polskim procesie karnym*, TNOiK Dom Organizatora, Toruń 2012, s. 113.

zgody w ramach znamienia z art. 191a § 1 k.k. M. Berent oraz M. Filar uważają, że rozpowszechnianie bez zgody może polegać na działaniu, mimo wyrażonego sprzeciwu dysponenta dobrem, jak i w razie braku wyrażonej zgody na tego rodzaju rozpowszechnianie, które wynika albo z oświadczenia woli, albo z czynności konkludentnych i ich kontekstu<sup>672</sup>. Ponadto nurtująca wydaje się kwestia, jak rozległe miałyby kształtować się zakres skutków obejmowanych przez zgodę. Zwłaszcza, należy mieć na uwadze „specyficzny” charakter potencjalnie rozpowszechnianego wizerunku. W końcu wskazanym jest zapytać, czy w analizowanym przypadku, konkretyzacja wieku dysponenta dobrem wpłynie na stopień efektywności jego ochrony.

Z kolei odnosząc wyżej przedstawiony problem już bezpośrednio do regulacji zawartej w art. 191a § 1 k.k., M. Mozgawa zastanawia się nad granicą wieku dziecka, od którego może ono być przedmiotem czynności wykonawczej<sup>673</sup>. Trudno zgodzić się z takim ujęciem problemu, gdyż przeczy ono wykładni funkcjonalnej prawa, a w dodatku uniemożliwia prawidłowe wypełnienie funkcji gwarancyjnej oraz sprawiedliwościowej. Wynika bowiem z niego, iż dopóki małoletni nie osiągnie określonego wieku, nie może być przedmiotem czynności sprawczej, co oznacza, że nie może on albo sąd, albo opiekun prawny (w zależności od sytuacji prawnej małoletniego) wyrazić skutecznej zgody na tego rodzaju działanie, bez względu na umiejscowienie zgody w strukturze przestępstwa. Poza tym podążając za tokiem wywodu M. Mozgawy, skoro małoletni nie mógłby być przedmiotem czynności wykonawczej, to powstaje również pytanie, czy można byłoby mówić o stanie pokrzywdzenia małoletniego<sup>674</sup>. Tego rodzaju wniosek skłania z kolei do zastanowienia się, czy takie rozwiązanie jest w stanie zapewnić zgodność z zasadą równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP).

Kontynuując rozważania w przedmiocie wyznaczenia wieku, od którego dysponent dobrem może skutecznie wyrazić zgodę na rozpowszechnienie wizerunku w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej, T. Bojarski podnosi, że „Przedmiotem czynności wykonawczej może być kobieta i mężczyzna niezależnie od wieku. Powstaje jednak pytanie o upowszechnianie wizerunku nagiego dziecka, a konkretnie o to, od jakiego wieku można mówić, że człowiek w stanie nagości jest już

---

<sup>672</sup> M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1188-1189.

<sup>673</sup> M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 529.

<sup>674</sup> Autorka niniejszego opracowania uznaje za przedmiot czynności sprawczej przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. wizerunek nagiej osoby lub wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej, nie zaś bezpośrednio człowieka.



przedmiotem czynu wskazanego w tym przepisie”<sup>675</sup>. Można odnieść wrażenie, że powyższa wypowiedź została sformułowana nieco niefortunnie oraz niespójnie. Skoro, niezależnie od wieku wizerunek nagiej kobiety lub nagiego mężczyzny podlega ochronie, a następnie zostaje podniesiona kwestia ochrony wizerunku nagiego dziecka, to może to tworzyć przeświadczenie, że dziecko jako człowiek nie jest zakwalifikowane do żadnej z płci. W ten sposób wymieniony autor pośrednio odnosi się do obu z problematycznych kwestii, tj. możliwości wyrażenia zgody przez małoletniego w ramach analizowanej konstrukcji prawnej oraz sytuacji dziecka jako przedmiotu czynności sprawczej. Jednocześnie stoi on na stanowisku, iż drugi z wymienionych problemów dotyczy obiektywnego czynnika, czyli czy do strony przedmiotowej tego czynu zabronionego należy również wizerunek nagiego niemowlęcia, który był rozpowszechniony bez zgody udzielonej przez ustawowego przedstawiciela dziecka. Natomiast kwestia granicy wiekowej, od której jest możliwe wyrażenie skutecznej zgody na rozpowszechnianie wizerunku, została ujęta w ramach subiektywnego czynnika<sup>676</sup>. Z kolei M. Mozgawa stwierdza, że rozwiązanie niniejszego problemu jest uzależnione od sposobu ujęcia przedmiotu ochrony wynikającego z art. 191a k.k.<sup>677</sup>. Jeżeli, przyjmiemy, że jest nim intymność oraz prywatność człowieka, wówczas wiek człowieka nie ma istotnego znaczenia. Natomiast jeśli poczynione zostanie założenie, iż przedmiotem karnoprawnej ochrony w tym przypadku jest wolność decyzyjna człowieka w obszarze intymności w związku ze sferą jego seksualizmu, to, aby stwierdzić naruszenie, określona osoba musiałaby mieć już wykształconą wspomnianą sferę. Natomiast, nie można mówić, iż jest ona uformowana w odniesieniu do bardzo małego dziecka. Ponadto bez względu na sposób ujęcia przedmiotu ochrony – intymność i prywatność lub wolność decyzyjna w obszarze intymności – to w odniesieniu do bardzo małego dziecka, żadna ze wskazanych sfer nie jest jeszcze wykształcona, dlatego nie sposób mówić o jej naruszeniu. W konsekwencji opublikowanie zdjęcia małego dziecka<sup>678</sup> może stanowić zamach na prywatność jego rodziców, aczkolwiek nie można utożsamiać tego z wypełnieniem znamion w ramach przestępstwa zawartego w przepisie

---

<sup>675</sup> Patrz: T. Bojarski, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 548.

<sup>676</sup> *Ibidem*.

<sup>677</sup> Patrz: M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 530.

<sup>678</sup> Więcej na temat publikacji wizerunku dziecka z uwagi na przepisy prawa cywilnego: J. Haberkowicz, *Udostępnianie i publikowanie wizerunku nasciturusa, noworodka i małego dziecka w świetle zasady dobra dziecka*, RPEiS 2013, Nr 3.

art. 191a § 1 k.k.<sup>679</sup>. Powyższy autor jako dolną granicę dla wyrażenia skutecznej zgody na gruncie analizowanej regulacji wskazuje ukończenie przez małoletniego 15 lat<sup>680</sup>. Chociaż przedstawiciel doktryny uważa, że można przyjąć takie rozwiązanie z uwagi na inne przepisy k.k. (lecz jednocześnie nie sprecyzował, które z nich bierze pod uwagę – przyp. red.), aczkolwiek przyznaje, że wejście w życie nowelizacji k.k. – Ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw<sup>681</sup>, sprawiło, iż nie można odwołać się do wykładni systemowej w związku z art. 202 § 4 k.k. Z kolei, jeżeli dysponent dobrem nie ukończył 15 lat, to należy poddać indywidualnej analizie określony stan faktyczny, czy w ramach niego, małoletni mógł udzielić skutecznej zgody<sup>682</sup>.

Zaprezentowany pogląd może nasuwać pewne wątpliwości. Mianowicie, należy zastanowić się, czy właściwym jest założenie, że u nawet bardzo małego dziecka – jakakolwiek z wymienionych sfer nie jest jeszcze wykształcona. Każda z nich jest pochodną godności, która jest przyrodzoną wartością, immanentnie związaną z człowiekiem. Dlatego, wydaje się, iż którąkolwiek z nich rozważymy w kontekście treści art. 191a k.k. (choć wedle autorki niniejszego opracowania najtrafniej ujmuje istotę przedmiotu karnoprawnej ochrony - wolność od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności), to pojawia się ona wraz z narodzinami określonej osoby. Bardzo małe dziecko ze względu na niedostateczny w określonym czasie rozwój psychofizyczny, nie jest w stanie dysponować wycinkiem sfery, podejmować w ramach niej działań ani kształtować jej granic. Założenie, iż tego rodzaju sfera nie została u niego wykształcona powoduje pytanie o dorosłe osoby, u których dysfunkcje rozwojowe lub zaburzenia psychiczne powodują, iż nie dostrzegają jej istnienia, choćby w sposób intuicyjny. Jeżeli przyjmiemy, że u nich ta sfera nie została wykształcona, wówczas ochrona ich dobra prawnego w ramach regulacji k.k. będzie znacząco utrudniona, a w niektórych stanach faktycznych niemożliwa, co przeczy założeniom funkcji ochronnej a pośrednio również gwarancyjnej prawa karnego. Co więcej, w art. 191a § 1 k.k. zostało wprowadzone nieznane dotąd pojęcie „osoba” (w domyśle, mając na względzie konkretyzację przedmiotu ochrony, należy uznać, że zainteresowanie

---

<sup>679</sup> Patrz: M. Mozgawa, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 584.

<sup>680</sup> *Ibidem*.

<sup>681</sup> Ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r., o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2014, poz. 538.

<sup>682</sup> Patrz: M. Mozgawa, *Rozdział XXIII...*, *op. cit.*, s. 584.

ustawodawcy odnosi się do osoby fizycznej). Wedle słownika języka polskiego oznacza ono „(...) jednostka ludzka; człowiek, postać (...)”<sup>683</sup>. Z uwagi na wykładnię literalną oraz względy celowościowe analizowanej regulacji, osobą można nazwać każdego człowieka z chwilą jego urodzenia.

Publikacja wizerunku nagiego małego dziecka w warunkach naruszających karnoprawny porządek nie będzie godziła w prawa rodziców a w prawa dziecka. Rodzice stanowią w tym przypadku opiekunów prawnych, którzy ze względu na stopień psychofizycznego rozwoju dziecka działają w jego imieniu. Poza tym warto zasygnalizować, że potencjalne naruszenie prywatności rodziców może być rozpatrzone w zakresie naruszenia dóbr osobistych w postępowaniu cywilnym. Co do oceny charakteru czynu w postaci publikacji zdjęcia małego dziecka, można spodziewać się, że w pewnych sytuacjach granice ochrony mogą ulec nadmiernemu rozszerzeniu. Np. w sytuacji, gdy rodzic pokazuje zdjęcia niemowlęcia z kąpielii z rodzinnego albumu jego dziadkom, a pełnoletnie już dziecko z powodu rodzinnych niesnasek składa wniosek o ściganie (art. 191a § 2 k.k.)<sup>684</sup>. Jednakże w takiej sytuacji, po pierwsze należy ustalić, czy czyn miał charakter infamujący, jak to wynika z celu niniejszego przepisu. Ponadto warto zaznaczyć, iż na podanym przykładzie wyraźnie widać znaczenie oraz celowość dwuetapowości oceny określonego czynu. Najpierw rozważany jest subiektywny element oceny – odczucia osoby, następnie następuje weryfikacja na podstawie zobiektywizowanych kryteriów (zabieg ten służy prawidłowemu wypełnieniu funkcji gwarancyjnej prawa). Finalnie ustawodawca przewidział instytucję umorzenia postępowania z powodu znikomej szkodliwości społecznej czynu. Jeżeli zachowanie nie jest nacechowane infamującym charakterem dla hipotetycznego pokrzywdzonego, to trudno rozpatrywać go w kontekście znacznego stopnia karygodności<sup>685</sup>.

Ponadto przedstawiony przez M. Mozgawę pogląd, dotyczący dolnej granicy wieku umożliwiającej skuteczne wyrażenie zgody można powiązać z problemem

---

<sup>683</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. K-Ó, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 1316.

<sup>684</sup> Chociaż w przytoczonym przykładzie nastąpi przedawnienie karalności przestępstwa (art. 101 § 1 k.k.).

<sup>685</sup> Więcej na temat kryteriów wyznaczających karygodność: T. Kaczmarek, *O elementach wyznaczających treść społecznej szkodliwości czynu zabronionego i jej stopień (ekspozycja problemów społecznych)* [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Wydawnictwo Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 2011, s. 133-147, M. Derlatka, *Społeczna szkodliwość czynu a definicja przestępstwa*, *Prok. i Pr.* 2006, Nr 6, s. 123-127, P. Daniluk, *Ocena społecznej szkodliwości czynu*, *Prok. Pr.* 2011, Nr 6, s. 127-136, R. Zawłocki, *O kryteriach oceny społecznej szkodliwości czynu* [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 801-819.

umiejscowienia zgody w strukturze przestępstwa. Odnosząc stanowisko przedstawiciela doktryny do zaprezentowanego we wcześniejszych fragmentach niniejszej pracy na temat podziału zgody na taką, która wyłącza istnienie czynu zabronionego oraz taką, która wyłącza bezprawność czynu<sup>686</sup>, można stwierdzić, iż, jeżeli zgodę wyrażoną przez 15-letnią osobę, poczytuje się za skuteczną, to wyłączy ona bezprawność czynu. Natomiast, jeżeli zgoda udzielona przez małoletniego poniżej tego wieku będzie podlegała analizie, (celem oceny, czy określona małoletnia osoba mogła w konkretnym stanie faktycznym ją skutecznie wyrazić), to można mówić o wyłączeniu czynu zabronionego. W rezultacie w ramach jednej regulacji prawnej kwestia błędu sprawcy co do istnienia zgody będzie rozważana dwojako, na podstawie różnych przepisów prawa. Wydaje się, że rozwiązanie przyjęte w takim kształcie zagrażałoby prawom sprawcy w kontekście konstytucyjnej zasady prawa do sprawiedliwego procesu (art. 45 Konstytucji RP) oraz stoi w opozycji do założeń funkcji gwarancyjnej prawa karnego, poza tym negatywnie odbiłoby się na jednolitości linii orzeczniczej w ramach tej dziedziny prawa. Również R. Krajewski powołuje się na fakt, iż na gruncie prawa karnego została przewidziana granica wieku, poniżej której kontakty z małoletnim są zabronione. Mianowicie, wynosi ona 15 lat dla uczestnika kontaktu seksualnego. Dlatego autor poglądu uważa, iż „(...) dyspozycja w zakresie dobra, jakim jest wolność seksualna, jest czymś więcej aniżeli dyspozycją w zakresie wolności dysponowania swoim intymnym wizerunkiem, oczywiście przy dostrzeganiu tego do relacji seksualnych z reguły dochodzi z zachowaniem prywatności, która byłaby utracona, gdyby doszło do rozpowszechnienia przedmiotowego wizerunku. Niemniej jednak trzeba chyba przyjąć, kierując się regułą *argumentum a maiori ad minus*, że już osoba, która ukończyła lat 15, może być dysponentem odnośnie rozpowszechniania jej intymnego wizerunku”<sup>687</sup>. Jednocześnie autor poglądu przyznaje, iż jest świadomy, że stanowisko to może być uważane za zbyt liberalne, dlatego podkreśla przy tym, że przy jego formułowaniu czerpał z formuły *in dubio pro libertate*<sup>688</sup>. Przede wszystkim należy zauważyć, iż skoro ustawodawca w art. 191a § 1 k.k. posłużył się pojęciem „osoba”, to zgodnie z zakazem wykładni *per non est*, nie można marginalizować zespołu desygnatów tego terminu<sup>689</sup>. Niewątpliwie w jego zakresie mieści się zarówno osoba małoletnia, jak i pełnoletnia, bez

---

<sup>686</sup> Patrz: K. Szczucki, *op. cit.* 31-43, E. Hryniewicz, *Zgoda..., op. cit.* s. 33-49.

<sup>687</sup> Więcej na ten temat: R. Krajewski, *op. cit.*, s. 36. Por. A. Piaczyńska, *op. cit.*, s. 63.

<sup>688</sup> *Ibidem*.

<sup>689</sup> Więcej na temat zakazu wykładni *per non est*: L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, wyd. 2, TNOiK, Toruń 2010, s. 122-123.

względu na jej wiek, w chwili dokonania czynu. W doktrynie prawa karnego pojawia się odwołanie do rozwiązania zaprezentowanego w art. 200 § 1 k.k., gdzie ustawodawca zawarł pojęcie „małoletni poniżej 15 lat”, tym samym ustanawiając minimalny wiek, od którego zgoda osoby wyrażającej aprobatę wobec obcowania płciowego lub różnych form uczestnictwa w czynności seksualnej, jest skuteczna. Jednakże warto rozważyć, czy w ramach karnoprawnego porządku, nie występuje regulacja, która ma więcej zbieżnych znamion z konstrukcją prawną, ujętą w art. 191a § 1 k.k. Wydaje się, że art. 202 § 3-4 k.k. uwzględnia najbardziej zbliżone warianty czynności sprawczych. Mianowicie, prowadzą się one m.in. do: utrwalania treści pornograficznych z udziałem małoletniego celem ich rozpowszechnienia, rozpowszechniania treści pornograficznych z udziałem małoletniego oraz utrwalenia treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Z powyższego wyliczenia wynika, że w tym przypadku przedmiotem czynności sprawczej jest małoletni.

Niezaprzeczalnie wymienione regulacje prawa są skierowane na ochronę innych dóbr prawnych. Chociaż można przypuszczać, że w charakteryzowanym przypadku mieściłaby się również wolność od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic sfery intymności jednostki. Nie sposób bowiem oprzeć się wrażeniu, mimo iż w ograniczonym aspekcie, a zwłaszcza w ramach określonego czynu, prawo do wyznaczania granic intymności może wiązać się z wolnością seksualną. Jednakże z uwagi na brzmienie art. 202 § 3-4 k.k. może być to jedynie dalszy przedmiot ochrony, gdyż nie można pominąć względów celowościowych regulacji. Ponadto dla pełnego zakreślenia problemu, należałoby rozważyć dwie grupy wiekowe małoletnich. Pierwsza dotyczy małych dzieci, natomiast druga – (świadomych okoliczności czynu i jego skutków) małoletnich. Trudno wyobrazić sobie sytuację, aby przestępstwo z art. 191a § 1 k.k. w wariantcie utrwalania (używając w tym przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp) wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej albo jego rozpowszechnienia bez jej zgody mogło być dokonane względem małego dziecka (choć teoretycznie jest to możliwe)<sup>690</sup>. Wydaje się, że najczęściej tego rodzaju czyn należy rozpatrywać na podstawie art. 202 § 3-4 k.k. Z kolei w wariantcie utrwalania (używając w tym przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp) wizerunku nagiej osoby albo jego rozpowszechnienia

---

<sup>690</sup> Na etapie rozwoju dziecka zwykle występują zachowania autoerotyczne, np. w postaci masturbacji rozwojowej. U chłopców tego rodzaju aktywności pojawiają się między 7-10 miesiącem życia, z kolei u dziewcząt ok. 2 roku życia. Patrz: M. Jasińska, *Ekspresja seksualna dziecka*, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, [https://fdcs.pl/baza\\_wiedzy/ekspresja-seksualna-dziecka/](https://fdcs.pl/baza_wiedzy/ekspresja-seksualna-dziecka/), [dostęp: 08.03.2020].

bez jej zgody, należy dokonać analizy charakteru (czy był on infamujący) utrwalenia, zwłaszcza z uwagi na kontekst jego powstania lub rozpowszechnienia, gdyż ta kwestia może mieć wpływ na wyznaczenie stopnia karygodności czynu, a tym samym ustalenie odpowiedzialności karnej sprawcy. Można przypuszczać, iż przestępstwo ujęte w art. 202 § 3-4 k.k. będzie bardziej dolegliwym dla prawidłowego rozwoju psychofizycznego małego dziecka, aniżeli to uregulowane w art. 191a § 1 k.k., gdyż treści zawarte w art. 202 § 3-4 k.k. muszą wyróżniać się pornograficznym charakterem.

Natomiast w przypadku nastolatków trudno porównać wskazane czyny zabronione w kontekście wiktyimizacji ofiary i wynikających z tego faktu skutków. Mimo iż typy kwalifikowane przestępstwa z art. 202 k.k. wydają się *prima facie* dla ustawodawcy bardziej dolegliwe, gdyż za ich popełnienie zostały ustanowione kary w wyższym wymiarze, aniżeli w razie dokonania przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. Jednakże wśród nastoletnich osób odnotowano przypadki podjęcia próby targnięcia się na własne życie<sup>691</sup>, co było konsekwencją czynu, realizującego znamiona z art. 191a § 1 k.k., skierowanego wobec nich.

Chociaż wydaje się, że art. 202 § 3-4 k.k. ma więcej elementów zbieżnych z art. 191a § 1 k.k., aniżeli art. 200 § 1 k.k., to jednak nie powinno pomijać się faktu, że przytoczone przepisy należą do różnych rozdziałów k.k. Dlatego, za ich odmiennym kształtem przemawiają względy funkcjonalne, wobec czego odwoływanie się zarówno do art. 200 § 1 k.k., jak i art. 202 § 3-4 k.k. w celu wyznaczenia minimalnego wieku dysponenta dobrem dla wyrażenia skutecznej zgody na gruncie art. 191a k.k. może nie stanowić dostatecznie efektywnego rozwiązania.

Literalne brzmienie wprowadzonego pojęcia „osoba” sugeruje, że skuteczną zgodę może wyrazić każdy człowiek. I takie rozwiązanie należałoby przyjąć. Ustawodawca nie wymienił *expressis verbis* w ramach analizowanej regulacji skonkretyzowanej granicy wiekowej, od której zgoda dysponenta dobrem jest skuteczna. Dlatego pomocnym zabiegiem może być odwołanie się do przepisów ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – *Kodeks rodzinny i opiekuńczy* [k.r.o.]. Oczywiście w tym kontekście nie sposób pominąć art. 92 k.r.o., który stanowi, że dzieci aż do pełnoletności pozostają pod władzą rodzicielską<sup>692</sup>. Niewątpliwie termin „dziecko” mieści się w zakresie

---

<sup>691</sup> Przykład popełnienia samobójstwa przez nastoletnią ofiarę czynu wypełniającego znamiona z art. 191a § 1 k.k. *Samobójstwo po upokorzeniu w szkole*, <https://www.trojmiasto.pl/wiadomosci/Samobojstwo-po-upokorzeniu-w-szkole-n21035.html>, [dostęp: 02.07.2020].

<sup>692</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Dz. U. 1964 Nr 9 poz. 59 ze zm.

desygnatów pojęcia „osoba”. Co więcej, art. 95 § 3 k.r.o. zobowiązuje rodziców do kierowania się dobrem dziecka oraz interesem społecznym w zakresie dotyczącym jego osoby. Z kolei art. 95 § 5 k.r.o. nakłada na rodziców powinność wysłuchania dziecka, przed podjęciem decyzji w jego sprawie oraz w miarę możliwości uwzględnienie jego rozsądne życzenia. Tego rodzaju wysłuchanie i uwzględnienie jego życzenia powinno mieć miejsce, jeżeli rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości dziecka na to pozwala. Przez wzgląd na obecny postęp technizacyjny i technologiczny, zwłaszcza szeroki dostęp do narzędzi umożliwiających rejestrację i upowszechnienie wizerunku (np. różnego rodzaju aktywności w mediach społecznościowych), wydaje się prawdopodobnym, iż wiele małoletnich samodzielnie podejmie decyzję o rozpowszechnieniu własnego wizerunku, w tym również niektórzy z nich wizerunku w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej<sup>693</sup>. Jednakże jest to samodzielne, dobrowolne działanie podjęte przez samego małoletniego, czyli nie można mówić o stanie pokrzywdzenia. Oczywiście, jest to pewien niedostatek rozwiązania, aczkolwiek można jednocześnie przypuszczać, że przytoczone przepisy w możliwie efektywny sposób zabezpieczają dobro prawne małoletniego w postaci jego prawidłowego rozwoju psychofizycznego, również na gruncie karnoprawnego porządku. Poza tym przedstawione ujęcie stanowi przejaw realizacji prawa małoletniego do samostanowienia<sup>694</sup> wyrażonego w art. 12 ust. 1 *Konwencji o prawach dziecka*<sup>695</sup>. Oprócz przytoczonych argumentów, warto podkreślić, że zaprezentowane rozwiązanie czyni zadość wykładni systemowej. Niemniej na marginesie, ważnym zabiegiem wydaje się by w celach uświadamiającym i profilaktycznym przedstawić młodym osobom potencjalne zagrożenia, jak i ewentualne korzyści wynikające z rozpowszechniania własnego wizerunku w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej. Jednak kwestia ta pozostaje poza zakresem niniejszego opracowania.

---

<sup>693</sup> Więcej na ten temat: *Rozdział II. Utrwalanie albo rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej. Strona przedmiotowa przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.*

<sup>694</sup> Więcej na temat przejawów prawa do samostanowienia małoletniego: O. Sitarz, *Ochrona praw dziecka na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2004, s. 198-204.

<sup>695</sup> *Konwencja o prawach dziecka* z 20.11. 1989 r., Dz.U. 1991 Nr 120 poz. 526.

## Rozdział V

### Podmiot i strona podmiotowa przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.

#### 5.1 Podmiot przestępstwa, wiek sprawcy

We wcześniejszych fragmentach niniejszego opracowania zostały scharakteryzowane elementy składające się na przedmiotową stronę przestępstwa, z tej racji dla przeprowadzenia kompleksowej analizy należy przejść do omówienia zagadnień związanych z podmiotem przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. Niewątpliwie niniejsze przestępstwo ma charakter powszechny. Oznacza to, że jego sprawcą może być każdy człowiek, który spełnia ogólne warunki odpowiedzialności karnej. Zatem zgodnie z art. 10 § 1 k.k.:

*„Na zasadach określonych w tym kodeksie odpowiada ten, kto popełnia czyn zabroniony po ukończeniu 17 lat”<sup>696</sup>.*

Kluczowym jest tutaj sformułowanie „po ukończeniu 17 lat”. Należy w nim upatrywać faktycznego osiągnięcia przez sprawcę tego wieku na moment wypełnienia znamion czynu zabronionego<sup>697</sup>. A. Zoll stwierdza, że kształt powyższej regulacji jest wynikiem zapatrywania ustawodawcy, iż wraz z osiągnięciem wymienionego wieku, następuje również osiągnięcie przez sprawcę takiego stopnia dojrzałości, który umożliwia rozpoznanie społecznego znaczenia popełnionego przez siebie czynu<sup>698</sup>. Tego rodzaju konstatacja stanowi rezultat założenia, że nieletni osiągnął odpowiedni stopień rozwoju, aby można było jego zachowanie poczytać za zawinione. W zakresie stopnia rozwoju wskazuje się poziom rozwoju intelektualnego (mierzony przy wykorzystaniu tzw. testów inteligencji), jak i poziom rozwoju moralnego oraz emocjonalnego<sup>699</sup>.

Jednakże sprecyzowanie momentu, od którego sprawca ponosi odpowiedzialność, może okazać się problematycznym zadaniem, dlatego M. Nawrocki dostrzega problem w związku z wyznaczeniem chwili, gdy nieletni osiąga wymagany wiek i może podlegać odpowiedzialności karnej. Uważa on, że celem oznaczenia tego momentu nie można posłużyć się art. 112 zd. 2 k.c., gdyż taki zabieg skutkowałby naruszeniem zasady *nullum*

---

<sup>696</sup> Patrz: art. 10 § 1 k.k.

<sup>697</sup> Patrz: M. Nawrocki, *O sposobie ustalania dolnej granicy wieku odpowiedzialności karnej*, PiP, 2019, z. 9, s. 85-95.

<sup>698</sup> A. Zoll, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 171. Tak też: M. Maraszek, *Dolna granica wieku odpowiedzialności karnej w prawie polskim*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 81.

<sup>699</sup> M. Budyn-Kulik, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 10* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 48.



*crimen sine lege stricta*. Powyższe rozwiązanie jest fikcją prawną, gdyż przepis ten nakazuje zakładać, że „(...) dana osoba ukończyła określony wiek, choć faktycznie go nie osiągnęła. Wyraźnie widać to na przywołanym już przykładzie, gdy osoba urodzona 5.02.2000 r. o godz. 13.00 osiągnie – stosownie do 112 zd. 2 k.c. – pełnoletność o północy z 4 na 5.02.2018 r., a nie z 5.02.2018 o godzinie 13.01 lub z końcem tego dnia, tj. o 24.00”<sup>700</sup>. Wydaje się, że autor poglądu słusznie wskazuje, iż w takim przypadku nastąpiłoby rozszerzenie odpowiedzialności karnej, gdyż zostałby nią objęty sprawca, który nie ukończył faktycznie 17 lat. Co więcej, podany autor wysnuwa wniosek, że ustawodawca posługuje się znamieniem „ukończyć” lub „ukończenie”, jeżeli ma na uwadze znamię, które dookreśla pewną temporalnie zamkniętą całość<sup>701</sup>. Poza tym konkretyzacja dolnej granicy odpowiedzialności karnej czyni zadość funkcji gwarancyjnej<sup>702</sup>. Innymi słowy, ma ona stanowić zabezpieczenie przed pociągnięciem do odpowiedzialności karnej osób, które nie osiągnęły właściwego stopnia dojrzałości.

J. Lachowski wskazuje na kolejny problem relacji zachodzącej między wiekiem a czasem popełnienia czynu zabronionego. Otóż mogą pojawić się wątpliwości w odniesieniu do czynu zabronionego składającego się z dwóch czynności wykonawczych, jeżeli sprawca dopuszcza się pierwszej z nich przed ukończeniem 17. roku życia, a druga została przez niego popełniona po osiągnięciu tego wieku. Pomimo iż tego rodzaju czyn obejmuje dwa zachowania, to konstrukcja odnosi się do jedności czynu zabronionego. W związku z tym sprawca zostałby pociągnięty do odpowiedzialności karnej za cały czyn, mimo że pierwsze zachowanie miało miejsce przed ukończeniem stosownego wieku. Jednak nie można pomijać faktu, iż analizowany przepis wyróżnia się charakterem gwarancyjnym i to on powinien zostać wysunięty na pierwszy plan. Wymieniony autor podnosi, że należy taki czyn potraktować tożsamo, jak ciągły, tj. wyłączyć zachowania popełnione przed ukończeniem przez sprawcę 17 lat<sup>703</sup>. Koncepcję przedstawioną przez J. Lachowskiego można odnieść do poglądu A. Zolla<sup>704</sup> w przedmiocie czynu zabronionego uwzględnionego w art. 191a § 1 k.k. w wariancie

---

<sup>700</sup> Patrz: M. Nawrocki, *op. cit.*, s. 85-95.

<sup>701</sup> Patrz: *ibidem*. Por. J. Lachowski, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 10* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2018, Wolters Kluwer, s. 87.

<sup>702</sup> Patrz: A. Gaberle, *Odpowiedzialność karna nieletnich (uwagi na tle 10 § 2 k.k.)* [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin*, Wolters Kluwer, Kraków 2006, s. 178-179.

<sup>703</sup> Patrz: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 87-88. Por. A. Barczak-Opustil, *Sporne zagadnienia istoty winy w prawie karnym. Zarys problemu*, CZPKiNP 2005, z. 2, s. 80.

<sup>704</sup> Patrz: A. Zoll, *Art. 191a k.k. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-211a*, t. 2, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 608.

utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, w związku z posłużeniem się przez sprawcę przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem, w celu dokonania utrwalenia. Skoro wedle A. Zolla realizacja analizowanego czynu zabronionego rozpoczyna się wraz ze zmuszeniem przemocą ofiary do rozebrania się, to jeżeli nastąpiłoby to przed ukończeniem przez sprawcę 17 lat, a sama czynność utrwalenia miałyby miejsce po ukończeniu tego wieku, to wówczas nie można mówić o zastosowaniu przemocy, a zatem do utrwalenia wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej doszłoby bez zmuszania dysponenta dobrem. Podejście zaprezentowane przez J. Lachowskiego należy uznać za słusznie uargumentowane. Ukazuje ono pewne niedostatki poglądu A. Zolla, gdyż wydaje się, iż dla prawidłowej oceny dokonanego czynu należy wziąć pod uwagę jedynie przemoc wykorzystaną bezpośrednio do osiągnięcia celu – utrwalenia określonego wizerunku. Wraz z przyjęciem koncepcji A. Zolla może dojść do albo nadmiernego ograniczenia (w sytuacji rozważanej powyżej – choć niewątpliwie będzie to rzadki przypadek), albo nadmiernego rozszerzenia (gdy nie ma wątpliwości co do klasyfikacji wieku sprawcy) odpowiedzialności karnej sprawcy<sup>705</sup>.

Niemniej nawiązując pośrednio do wyżej nakreślonego problemu, wypada również wspomnieć o treści art. 10 § 4 k.k.<sup>706</sup>. Na jego podstawie stosuje się wobec sprawcy (z uwagi na jego młody wiek) inne zasady wymiaru kary. Wedle tego przepisu, jeżeli sprawca popełnił występki, a przy tym ukończył 17 lat, jednocześnie przed ukończeniem 18 lat (uzyskuje on przy tym status młodocianego – art. 115 § 10 k.k.), wówczas sąd zamiast kary stosuje środki wychowawcze, lecznicze albo poprawcze przewidziane dla nieletnich, jeżeli przemawiają za tym okoliczności sprawy, stopień rozwoju sprawcy oraz jego warunki osobiste<sup>707</sup>. Brzmienie regulacji wskazuje, iż w razie popełnienia występków (a więc również bezprawnego utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej) przez sprawcę, o określonej wyżej właściwości wiekowej wypada sięgnąć do *ustawy z 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich* [u.p.s.n.]<sup>708</sup>. Art. 5 u.p.s.n. zawiera

---

<sup>705</sup> Więcej na ten temat: 3.1 *Przemoc jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191a § 1 k.k.*

<sup>706</sup> Patrz: art. 10 § 4 k.k. w zw. z 191a § 1 k.k., Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z 17.01.2020 r., IIIK 108/19, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/152515000001506\\_III\\_K\\_000108\\_2019\\_Uz\\_2020-01-17\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/152515000001506_III_K_000108_2019_Uz_2020-01-17_001), [dostęp: 23.04.2020].

<sup>707</sup> Więcej na ten temat: postanowienie SN z 23.01.2007 r., IV KK 459/06, LEX nr 310245, A. Zoll, *Rozdział I... op. cit.*, s. 172.

<sup>708</sup> Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, Dz.U. 1983 Nr 35 poz. 228 ze zm.

wskazanie ustawodawcy, iż kara względem nieletniego może być orzeczona jedynie w przypadkach przewidzianych prawem oraz gdy inne środki nie są w stanie zapewnić resocjalizacji nieletniego. W ten sposób ustawodawca uwypukla znaczenie prewencji indywidualnej z uwagi na nieletniość sprawcy<sup>709</sup>.

Powracając do kwestii przesłanek, które stanowią składowe elementy oceny, czy w określonym przypadku znajdują zastosowanie środki przewidziane w art. 10 § 4 k.k., wypada stwierdzić, iż przez okoliczności sprawy należy rozumieć te, które mają znaczenie z uwagi na treść dyrektywy zawartej w art. 5 u.p.s.n. Zatem, w ich obręb należy wliczyć okoliczności wskazujące na stopień demoralizacji sprawcy, pobudki popełnienia czynu, sposób jego popełnienia, aktywność w grupie przestępczej, organizatorską rolę przy planowaniu oraz popełnieniu czynów zabronionych w grupie przestępczej<sup>710</sup>. Natomiast w zakresie warunków osobistych sprawcy można wyróżnić: wiek, poziom rozwoju umysłowego, stan zdrowia, cechy charakteru, postawy wobec istotnych wartości społecznych i stopień ich utrwalenia, zainteresowania, stopień demoralizacji. W ramach postępowania w sprawie nieletniego, istotną rolę odgrywa przeprowadzenie badań o charakterze osobopoznawczym (art. 24 i 25 u.p.s.n.)<sup>711</sup>. Z kolei warunki osobiste obejmują środowisko, w którym przebywa nieletni. Biorąc pod uwagę brzmienie dyrektywy ujętej w art. 5 u.p.s.n., powinno się mieć szczególny wzgląd na stosunki rodzinne nieletniego, czy wychowuje się w pełnej rodzinie, czy występuje w niej poszanowanie dla istotnych wartości społecznych, czy któryś z członków rodziny wpływa na nieletniego w sposób demoralizujący<sup>712</sup>.

## 5.2 Strona podmiotowa przestępstwa

Nie ulega wątpliwości, iż w płaszczyźnie analizowanego przestępstwa, sprawca może działać wyłącznie w sposób umyślny (wynika to ze specyfiki przestępstwa i faktu, iż stanowi ono występki). Inne założenie pozostawałoby w sprzeczności ze względami funkcjonalnymi niniejszej regulacji. Poza tym nie odpowiadałoby ono treści oraz przedmiocie poszczególnych znamion (np. podstępne utrwalanie wizerunku, zakłada z istoty intencjonalne działanie). Ponadto penalizacja zachowania sprawcy w przypadku

---

<sup>709</sup> Patrz: M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, s. 51. Więcej na ten temat: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 91.

<sup>710</sup> Patrz: Wyrok SN z 21.12.1981r., I K 287/81, OSNPG 1982, nr 7, poz. 2. Więcej na ten temat: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 89-90, Wyrok SA w Katowicach z 18.03.2004 r., II AKa 531/03, KZS 2004, z. 9, poz. 48.

<sup>711</sup> Więcej na ten temat: postanowienie SN z 24.06.1983 r., III KZ 97/83, OSNKW 1983, nr 12, poz. 97.

<sup>712</sup> Patrz: A. Zoll, *Rozdział I.*, s. 174. Por. M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, s. 49-50.

nieumyślności jego działania powodowałyby nadmierne rozszerzenie odpowiedzialności karnej. O ile kwestia umyślności na gruncie 191a k.k. jest bezdyskusyjna<sup>713</sup>, gdyż odmienne przyjęcie przeczy wykładni celowościowej oraz funkcji gwarancyjnej prawa karnego, o tyle charakter zamiaru towarzyszącemu popełnieniu przestępstwa (w zakresie jego obydwóch wariantów) pozostaje przedmiotem dyskusji.

Wedle art. 9 § 1 k.k. istota umyślności zawiera się w zamiarze popełnienia czynu zabronionego. Bez wątplenia dla zaistnienia umyślnego czynu zabronionego, zamiarem sprawcy musi być objęta całość ustawowych znamion czynu zabronionego, z wyłączeniem strony podmiotowej, ponieważ zamiar mieści się w jej zakresie<sup>714</sup>. Jednakże przypisanie umyślnego popełnienia czynu zabronionego jest zdeterminowane przez świadomość sprawcy, w przedmiocie bezprawności popełnianego czynu. Sprawca może chcieć czegoś lub godzić się na coś nie znając oceny prawnej tego, czego chce lub na co się godzi. Nieświadomość bezprawności pozostaje bez wpływu na umyślność, aczkolwiek jeżeli świadomość tą uznaje się za usprawiedliwioną, wówczas może wyłączyć ona winę sprawcy (art. 30 k.k.)<sup>715</sup>. Należy w tym miejscu bowiem podkreślić, że świadomość wyróżnia się statycznością, w przeciwieństwie do woli, która jest dynamiczna. Przenosząc wskazane twierdzenia na grunt art. 191a § 1 k.k., wypada wskazać, iż sprawca musi obejmować zamiarem wykonanie utrwalenia w przedmiocie wizerunku nagiej osoby, aczkolwiek przy użyciu do tego celu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu względem osoby, której wizerunek ma być utrwalony lub wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej lub rozpowszechni jeden z wymienionych wariantów wizerunku i uczyni to bez zgody osoby, której wizerunek ma być rozpowszechniony. Jednakże możliwym jest przypisanie sprawcy skutków zachowania tylko, jeżeli wywołał je umyślnie<sup>716</sup>. Zatem w sytuacji, gdy miłośnik

---

<sup>713</sup> Tak też: M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej albo rozpowszechnianie takich treści (art. 191a k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 531, M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 612, J. Lachowski, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 875, J. Kosonoga, *Karnopravna ochrona intymnego wizerunku osoby* [w:] K. Ślęzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 239.

<sup>714</sup> Patrz: J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 92. Tak też: A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 38. Więcej na ten temat: Wyrok SN z 08.11.2006 r., IV KK 299/06, OSNKW 2007, nr 2, poz. 13.

<sup>715</sup> J. Giezek, *Art. 9 k.k. Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 56.

<sup>716</sup> Patrz: Wyrok SN z 08.11.2006 r., IV KK 299/06, OSNKW 2007, nr 2, poz. 13.

przyrody fotografuje z dużej odległości wycinek lasu, który go zaintryguje i nieopatrznie utrwali osobę w stanie nagości, trudno wówczas mówić o umyślności wywołania określonego skutku. Jednak w podanym przykładzie mogą nastąpić trudności natury dowodowej w przedmiocie nieumyślnego charakteru skutku. Jeżeli nie dojdzie do udowodnienia nieumyślności w przedmiocie powstałych skutków, ów fotograf może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej, nawet jeżeli nie zdawał sobie sprawy z faktu, iż czyn przez niego dokonany jest bezprawny. Chociaż w takim przypadku sąd byłby zobowiązany do zbadania czy rzeczywiście można mówić o stanie pokrzywdzenia, a zatem czy doszło do naruszenia lub bezpośredniego zagrożenia dobra, stanowiącego przedmiot ochrony, a następnie byłby zobowiązany do oceny stopnia karygodności dokonanego czynu, gdyż wydaje się, iż w przytoczonych okolicznościach należy uznać go za znikomy.

Przechodząc do pogłębionej analizy zagadnienia umyślności popełnienia czynu zabronionego, należy poprzeć zdanie A. Zolla, iż zamiar popełnienia czynu zabronionego sprowadza się do ukierunkowania zachowania na osiągnięcie celu oraz do sterowania określonym zachowaniem. Zamiar jest warunkowany przez wyobrażenie celu (strona intelektualna), a także przez dążenie, poparte motywacją, do jego osiągnięcia (strona woluntatywna). Analiza zachowania sprawcy oraz jego świadomość okoliczności, w ramach, których zostało ono podjęte, a jednocześnie były one ustawowymi znamionami czynu zabronionego, przesądza o istnieniu woli. Innymi słowy, wystąpi ona po stronie sprawcy, gdy miał on świadomość wszystkich okoliczności zawierających się w tych znamionach, a mimo to podjął zakazane zachowanie. Drugim przypadkiem, gdy można mówić o woli sprawcy jest sytuacja w ramach, której wahał się on, czy podjąć zachowanie, które zmierza do realizacji określonej rzeczywistości. Wskazane wahanie towarzyszy mu podczas realizacji czynności czasownikowej, aczkolwiek stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu był bardzo wysoki, co znalazło odbicie w psychice sprawcy<sup>717</sup>. Natomiast brak świadomości któregośkolwiek ze znamion należy rozpatrywać w kategorii błędu wyłączającego możliwość przyjęcia umyślności czynu (poza wyjątkiem uwzględnionym przez art. 28 § 2 k.k.). Okoliczności natury przedmiotowej, w istocie stanowią desygnaty znamion czynu zabronionego<sup>718</sup>. Jak trafnie

---

<sup>717</sup> Patrz: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 77. Por. J. Giezek, *op. cit.*, s. 55.

<sup>718</sup> Patrz: A. Zoll, *Rozdział I.*, *op. cit.*, s. 147. Tak też: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 75-76. Polr. T. Bojarski, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 77.

zauważa wyżej wskazany autor nie można rozpatrywać okoliczności o charakterze podmiotowym w kontekście błędu. Wyjaśniając powyższy pogląd na przykładzie analizowanego przestępstwa sprawca albo działa celem rozpowszechnienia wizerunku z art. 191a § 1 k.k. albo w tym celu nie działa. Trudno natomiast przyjąć pogląd, iż działa on w błędzie, co do uświadomionego działania. Należy jednak podkreślić, że w aspekcie znamion podmiotowych istnieje wymóg świadomości sprawcy, co do okoliczności, które determinują ich wystąpienie<sup>719</sup>. Co ciekawe w zakresie zaprezentowanego ujęcia, świadomość, co do okoliczności znamion typu czynu zabronionego, wedle A. Zolla wymaga ich stwierdzenia jako wystąpienia określonego stanu faktycznego, jak i stwierdzenia ich istnienia w sensie społecznym. Warto zastanowić się co autor poglądu rozumie przez sformułowanie „istnienie okoliczności w sensie społecznym” w odniesieniu do czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k. Charakter indywidualnego przedmiotu ochrony, a także wnioskowy tryb ścigania przestępstwa sprawia, iż jest możliwym „odłączenie” szeroko pojętej świadomości społecznej od zaistniałych okoliczności, gdyż dobro to zawiera się w materii związanej ze sferą intymną, a zatem sferą ściśle związaną z określonym człowiekiem, a nie bezpośrednio z zasadami funkcjonowania jednostki w społeczeństwie.

Co zaś się tyczy funkcji intelektualnej strony zamiaru, to umożliwia ona rozpoznanie znaczenia czynu przez sprawcę, a tym samym stwarza możliwość zadecydowania o podjęciu uzewnętrznionego zachowania. Kryterium wystąpienia strony intelektualnej zamiaru należy uznać za spełnione, jeżeli u jednostki istnieje świadomość wspomnianych wyżej okoliczności w momencie podjęcia decyzji w przedmiocie określonego zachowania się. Jednakże świadomość jest wyłącznie zaktualizowaną wiedzą. Dla jej aktualizacji niezbędne są sprzyjające warunki, np. czas, brak stresu, czy sprawność intelektualna<sup>720</sup>.

Przechodząc do kwestii przypisania zamiaru w odniesieniu do oznaczonego sprawcy, wypada nadmienić, iż do tego celu bierze się pod uwagę właściwości oraz warunki osobiste sprawcy. Zabieg ten ma na celu sprawdzenie, czy i w jakim zakresie możliwe jest odzwierciedlenie znamion przedmiotowych w psychice sprawcy. Natomiast w przypadku przypisywania winy odwoływanie się do tych samych okoliczności determinuje, czy sprawca miał możliwość wyboru postępowania zgodnego z porządkiem prawnym, a mimo to zachował się w sposób z nim niezgodny. Należy mieć na uwadze,

---

<sup>719</sup> Więcej na ten temat: A. Zoll, *Rozdział I.*, *op. cit.*, s. 147.

<sup>720</sup> Patrz: *Ibidem*, s. 149-150.

że świadomość sprawcy powinna obejmować wycinek rzeczywistości ujętej znamionami w pewną całość<sup>721</sup>.

W tym miejscu należy nadmienić, że w ramach regulacji z art. 9 § 1 k.k. można wyróżnić dwie postaci zamiaru: bezpośredni oraz ewentualny. Pierwszy z wymienionych sprowadza się do tego, iż sprawca chce popełnić czyn zabroniony. Z kolei zamiar ewentualny zakłada, że sprawca godzi się na popełnienie czynu zabronionego. Dla rozróżnienia obydwóch typów zamiaru należy wyznaczyć: cel (na który było ukierunkowane zachowanie sprawcy) oraz prawdopodobieństwo realizacji stanu rzeczy<sup>722</sup>. Jednak nie można poczytywać za kryterium służące odróżnieniu zamiaru bezpośredniego od ewentualnego – przewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego, aczkolwiek jeżeli skutek należy do znamion czynu zabronionego i jednocześnie jest on nieuchronny albo istnieje duże prawdopodobieństwo jego wystąpienia, a sprawca był tego świadom – wówczas zachodzi zamiar bezpośredni<sup>723</sup>. Co więcej, dokonując niniejszego podziału, nie należy uwzględniać stopnia natężenia woli sprawcy<sup>724</sup>.

Kontynuując wyliczenie różnic między obiema postaciami zamiaru, nie sposób pominąć, iż zamiar ewentualny wyróżnia się akcesoryjnością, tzn., że jego istnienie zawsze towarzyszy zamiarowi bezpośredniemu<sup>725</sup>. Założenie to wynika z faktu, iż tego rodzaju zamiar pojawia się „na marginesie” jakiegoś zamiaru bezpośredniego. Dotyczy on tych stanów rzeczy, które występują w roli „produktu ubocznego” celowego zachowania sprawcy<sup>726</sup>. Jak słusznie zaznacza M. Laskowski, za niewłaściwe należy uznać posłużenie się w wyroku skazującym zwrotem „oskarżony działał w zamiarze co najmniej ewentualnym”<sup>727</sup>. Sformułowanie to mieści również działanie w zamiarze bezpośrednim, a rozgraniczenie obu typów zamiaru ma istotne znaczenie dla ustalenia stopnia winy sprawcy. Należy również w tej kwestii poprzeć stanowisko wyrażone w wyroku SA we Wrocławiu z 25 maja 1995 r., (II Akc 145/95): „Ustalenie, że sprawca

---

<sup>721</sup> Patrz: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 76.

<sup>722</sup> Patrz: *ibidem.*, s. 78.

<sup>723</sup> Patrz: *ibidem.*, s. 76. Tak też: J. Giezek, *op. cit.*, s. 56, M. Kulik, A. Wąsek, *op. cit.*, s. 61.

<sup>724</sup> Patrz: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 77.

<sup>725</sup> Patrz: Wyrok SA w Krakowie z 29.05.2014, II AKa 26/14, KZS 2014, Nr 7-8, poz. 63. Więcej na temat właściwości zamiaru ewentualnego: M. Kulik, A. Wąsek, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 9* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 63, Wyrok SA w Krakowie, z 18.12. 2012 r., AKa 159/12, LEX nr 1321946.

<sup>726</sup> Patrz: J. Giezek, *op. cit.*, s. 57.

<sup>727</sup> Patrz: M. Laskowski, *Ustalenie umyślności w praktyce orzeczniczej* [w:] J. Majewski (red.), *Umyślność i jej formy. Pokłosie VII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2011, s. 58.

czynu ma świadomość konieczności (a nie tylko możliwości) urzeczywistnienia znamion czynu zabronionego, przesądza wolę realizacji tych znamion i tym samym zamiar bezpośredni. Jednak, aby stwierdzić, że tak jest, nie wystarczy odwołać się tylko do samej obiektywnej konieczności skutku, lecz nieodzowne jest ocenić także samego sprawcę, jego intelekt i właściwe jemu psychofizyczne zdolności do oceny sytuacji oraz kojarzenia i przewidywania określonych skutków ludzkiego zachowania się<sup>728</sup>. Z racji tego nie należy utożsamiać chęci popełnienia czynu zabronionego z emocjonalnym zaangażowaniem z uwagi na pragnienie osiągnięcia wyobrażonego celu. Odnosząc powyższe stanowisko do przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. w wariancie rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej za przykład działania sprawcy w zamiarze bezpośrednim, można przywołać sytuację, gdy ten intencjonalnie umieszcza w mediach społecznościowych utrwalenia, które zawierają wizerunek w stanie nagości osoby trzeciej bez wyrażenia przez nią zgody obejmującej zakresem tego rodzaju działanie. Natomiast zamiar ewentualny będzie towarzyszył sprawcy w powyżej przytoczonych okolicznościach, aczkolwiek przed umieszczeniem tego rodzaju utrwalenia sprawca dokonał zabiegów służących anonimizacji wizerunku, aczkolwiek zdawał sobie sprawę, iż stopień poczynionych działań może okazać się niewystarczający (np. rezultat niestarannej pracy grafika komputerowego) w kontekście zapewnienia anonimowości osoby, do której wizerunek należy, a mimo to uczynił je dostępnym dla postronnych.

W następstwie zaznaczenia różnic występujących między postaciami zamiaru wypada poddać analizie przymioty cechujące każdy z nich. Zamiar bezpośredni może występować pod różnymi postaciami, w zależności od jego natężenia, zabarwienia. Jeżeli postacie te wynikają z treści przepisu typizującego czyn zabroniony, to wpływają one na zakres bezprawności czynu. Nie ma możliwości przypisania zamiaru bezpośredniego, gdy natężenie woli lub zabarwienie zamiaru nie odnosi się do specyfiki znamion ustawowych, może mieć on jednak wpływ na wymiar kary<sup>729</sup>. W zakresie zamiaru bezpośredniego można wskazać zamiar przemyślany – sprawca planuje, w jaki sposób zrealizuje powzięty zamiar, zamiar nagły oraz zamiar kierunkowy. T. Bojarski twierdzi, że pierwszy z nich to „(...) szczególne natężenie przeciwnej prawu woli, charakteryzujące się elementami programowania przy realizacji czynu zabronionego,

---

<sup>728</sup> Wyrok SA we Wrocławiu z 25.05.1995 r., II Akr 145/95, OSA 1995, z. 6, poz. 32. Tak też: A. Zoll, *Rozdział I., op. cit.*, s. 151.

<sup>729</sup> Patrz: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 79.



opracowaniem sposobów wykonania czynu i z reguły wyższym stopniem bezwzględności w dążeniu do osiągnięcia celu. W zachowaniu sprawcy objawia się jako programowo przemyślane zachowanie, charakteryzujące się determinacją w dążeniu do osiągnięcia celu. Elementy planowania mogą też występować odpowiednio wcześniej przed dokonaniem czynu”<sup>730</sup>. Natomiast, zamiar przemyślany wyróżnia dłuższy proces podejmowania decyzji o charakterze przestępczym. Stanowi on wynik namysłu oraz przeżyć sprawcy<sup>731</sup>. Wszystkie postaci zamiaru podlegają wartościowaniu. Zatem zamiar przemyślany stanowi najbardziej naganną postać zamiaru bezpośredniego. Niemniej postać zamiaru musi zostać udowodniona. Jeżeli, zachodzą jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, którą postać zamiaru przybrał czyn sprawcy, należy przypisać zamiar ewentualny. Co więcej, charakteryzując właściwości zamiaru bezpośredniego, należy zauważyć, że ustawa może wprowadzać znamiona podmiotowe charakteryzujące szczególne nastawienie sprawcy – np. „w celu”, „po to by”, „zataja”, „ukrywa” (jak ma to miejsce w przypadku treści art. 191a § 1 k.k. – przyp. red.)<sup>732</sup>. Poza tym należy uznać, że wówczas zamiarem bezpośrednim powinna być objęta całość czynu zabronionego (niejedynie poszczególne znamiona).

Przechodząc do zagadnień związanych z zamiarem ewentualnym, wypada stwierdzić, iż godzenie się polega na akceptacji stanu rzeczy, który może zaistnieć. Może to przybrać postać przeżycia o charakterze psychicznym, zwerbalizowanego przez przykładowe sformułowania: „dopuszczam i taką możliwość” lub „wszystko mi jedno, czy to nastąpi, czy nie”. Zamiar ewentualny trzeba będzie jednak wykluczyć, gdy sprawca podejmował środki mające przeciwdziałać nastąpieniu tego stanu rzeczy, częściowo rezygnował z celu, do którego dążył, czy też liczył na tzw. szczęśliwą gwiazdę<sup>733</sup>. Co więcej, wykazuje on z jednej strony na brak chęci popełnienia czynu zabronionego, a z drugiej na stopień prawdopodobieństwa, który cechuje sprawcę uświadamiającego sobie, że w określonych okolicznościach faktycznych możliwe jest popełnienie przez niego czynu zabronionego<sup>734</sup>.

Odnosząc wyżej przedstawione poglądy w przedmiocie zamiaru do treści art. 191a § 1 k.k., z uwagi na konieczność przypisania zamiaru, który umożliwia

---

<sup>730</sup> T. Bojarski, *op. cit.*, s. 77. Por. J. Lachowski, *op. cit.*, s. 79.

<sup>731</sup> *Ibidem*. Por. J. Lachowski, *op. cit.*, s. 79.

<sup>732</sup> Patrz: A. Zoll, *Rozdział I.*, *op. cit.*, s. 152.

<sup>733</sup> Patrz: M. Kulik, A. Wąsek, *op. cit.* s. 62.

<sup>734</sup> Patrz: J. Giezek, *op. cit.*, s. 57. Tak też: A. Marek, *op. cit.*, s. 39, T. Bojarski, *op. cit.*, s. 77, wyrok SN z 06.02.1973 r., V KRN 569/72, LEX nr 20854. Por. T. Przesławski, *Pojęcie „zgoda” w konstrukcji zamiaru ewentualnego*, *Studia Iuridica* 2008, t. 49, s. 177.

pociągnięcie do odpowiedzialności karnej, należy w pierwszej kolejności dokonać rozdziału na podstawie wariantu znamienia czasownikowego. Ze względu na konstrukcję analizowanego przepisu, a także z uwagi na odrębne właściwości każdej z czynności sprawczych<sup>735</sup>, co na etapie subsumpcji prawa może przekładać się na ocenę stopnia karygodności czynu oraz zawinienia sprawcy, nie można dokonać ich „zbiorczej oceny”. Co do utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, to użycie przez sprawcę w tym celu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępnie przesądza o możliwości popełnienia tego rodzaju przestępstwa wyłącznie w zamiarze bezpośrednim. Skoro sprawca wykorzystuje przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, to musi działać kierunkowo (*dolus coloratus*)<sup>736</sup>. Wskazuje na to katalog zamknięty środków, którymi posługuje się sprawca celem dokonania tego czynu. Poza tym o prawidłowości tego rozwiązania przesądza posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „w celu”. W następstwie literalna wykładnia niniejszego przepisu nie pozostawia w tym zakresie wątpliwości. Ponadto, co najmniej jeden z tzw. środków rozbójniczych ma być skierowany bezpośrednio wobec pokrzywdzonego, co również wskazuje na bezpośrednią intencjonalność sprawcy, bowiem sprawca świadomie kształtuje swoją wolę w kwestii zastosowania środka właśnie względem oznaczonej osoby. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy sprawca stwierdza, że pobije pokrzywdzonego i w ostateczności godzi się na możliwe utrwalenie jego wizerunku w stanie nagości.

Natomiast inaczej będzie kształtowała się odpowiedzialność w przypadku tego samego przestępstwa w wariantcie rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, gdyż w tym wariantcie wystarczy by zachowaniu sprawcy towarzyszył zamiar ewentualny. Przede wszystkim ma to związek z właściwościami czynności rozpowszechniania. Poza tym ten wariant przestępstwa uwzględnia konsensualny kontekst czynności w postaci negatywnego znamienia - niewyrażenia zgody przez pokrzywdzonego, który umożliwia rozpatrywanie niniejszej postaci zamiaru. Z tego powodu jest możliwa sytuacja, gdy np. sprawca związany umową wykorzystuje fakt, iż jej postanowienia są sformułowane w sposób niejednoznaczny

---

<sup>735</sup> Więcej na ten temat: 2.2.1 Znamię utrwalanie, 2.2.3 Znamię rozpowszechnianie.

<sup>736</sup> Patrz: M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 612, M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1189.

i rozpowszechnia utrwalenia, które jak przypuszcza mogą być nią nie objęte, a mimo to godzi się na zaistnienie skutku wywołanego jego zachowaniem.

Podsumowując przestępstwo z art. 191a § 1 k.k. w wariacie utrwalania może być popełnione jedynie w zamiarze bezpośrednim, natomiast w przypadku czynności rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej może być dokonane również w zamiarze ewentualnym<sup>737</sup>. Tym samym nie sposób poprzeć stanowisko wyrażonego przez S. Hysia, który uważa, iż zarówno przestępstwo w typie utrwalania, jak i rozpowszechniania zawarte w art. 191a § 1 k.k. może zostać popełnione w zamiarze bezpośrednim oraz ewentualnym. Swoją tezę uzasadnia stwierdzeniem, że „sprawca musi zatem chcieć utrwalić lub rozpowszechnić wizerunek pokrzywdzonego w opisanym stanie bez jego zgody lub przewidywać takie naruszenie i godzić się na to, np. w sytuacji, gdy sprawca chcąc, nakręcić film pornograficzny, używa do tego podstępu (np. z ukrycia), przez co wykazuje obojętność na ewentualny brak zgody, chociażby jednej osoby w nim uczestniczącej”<sup>738</sup>. Przestępstwo, którego istotą jest utrwalenie treści pornograficznych (zatem i filmu pornograficznego) będzie przede wszystkim oceniane na podstawie art. 202 k.k. (choć oczywiście nie można wykluczyć zbiegu przepisów ustawy). Co więcej, wydaje się, iż wymóg postawiony przez ustawę, by dla realizacji znamion art. 191a § 1 k.k. w przypadku utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej sprawca wykorzystał określone środki, przesądza o istnieniu bezpośredniego zamiaru kierunkowego. Ten typ zamiaru jest zdeterminowany przez zastosowanie przez ustawodawcę zwrotu – „w celu”, co zostało poruszone we wcześniejszych fragmentach niniejszego opracowania. Natomiast, charakter czynu zabronionego w wariacie rozpowszechniania sprawia, że działaniu sprawcy może towarzyszyć zamiar ewentualny. Jest to następstwo możliwości

---

<sup>737</sup> Tak też: M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej albo rozpowszechnianie takich treści (art. 191a k.k.)*, [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 531, M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 612, J. Kosonoga, *Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby* [w:] K. Ślebzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 239, J. Lachowski, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 875, M. Berent, M. Filar, *op. cit.*, s. 1189.

Por. N. Kłaczyńska, *Art. 191a k.k. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 482, N. Kłaczyńska, *Art. 191a k.k. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 482,

<sup>738</sup> S. Hysp, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 923.

kształtowania treści, zakresu oraz sposobu wyrażenia (niewyrażenia) zgody przez dysponenta dobrem.

## Rozdział VI

### **Formy popełnienia przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.**

Warto zaznaczyć, iż w kwestii zarówno form zjawiskowych, jak i stadialnych przestępstwa na gruncie 191a § 1 k.k., literatura przedmiotu właściwie milczy. Jest to zjawisko o tyle zastanawiające, iż obydwie formy odgrywają istotną rolę na etapie subsumpcji prawa. Niezaprzeczalnie bowiem to one determinują ocenę odpowiedzialności sprawcy określonego czynu, m.in. stanowią niejako implikację dla określenia czy zespół znamion został całkowicie wypełniony lub, czy zachodzi błąd, co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. Z kolei te zagadnienia bezpośrednio przekładają się na potencjalne albo skazanie, albo uniewinnienie sprawcy albo umorzenie postępowania. Wpływają one również na konkretyzację rodzaju i zakresu kary oraz środków karnych orzeczonych w ramach danego postępowania.

Wydaje się, iż dotychczasowe podejście do powyższego zagadnienia, a właściwie jego brak może być konsekwencją jednego z trzech rodzajów zapatrywań. Mianowicie, przestępstwo to nie doczekawszy się (oczywiście do momentu powstania niniejszego opracowania) kompleksowej analizy, np. w postaci monografii, zostało omówione w sposób przybliżający jego tematykę, acz z pominięciem zagadnień, które autor ocenił jako nieistotne dla przedmiotu pracy. Poza tym mogło zostać uznane, że tematyka form zjawiskowych i stadialnych czynu zabronionego z punktu widzenia art. 191a § 1 k.k. nie posiada żadnych odstępstw na tle innych przestępstw, dlatego nie zasługuje na omówienie. W końcu trzecie podejście - zagadnienie to nie ma większego znaczenia dla art. 191a § 1 k.k. Z trzecim podejściem autorka niniejszego opracowania nie może się zgodzić, dlatego w tym miejscu zostanie podjęta próba przybliżenia wymienionych problemów.

### **6.1 Formy stadialne przestępstwa**

Rozpoczynając analizę form stadialnych przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., wypada podkreślić, iż nie znalazło się ono na liście przestępstw, w przypadku których ustawa wymienia formę stadialną - przygotowanie jako przesądzające o odpowiedzialności karnej (art. 16 § 2 k.k.). Natomiast tak jak w przypadku większości przestępstw powszechnych, również w ramach art. 191a § 1 k.k., sprawca może odpowiadać karnie, gdy usiłował dokonać przestępstwa (art. 13 k.k.) lub gdy przestępstwa tego dokonał. Co więcej, należy dodać, że relacja, która zachodzi między usiłowaniem a dokonaniem

w zakresie tego samego „pochodu przestępstwa”, powinna być rozpatrywana na podstawie konstrukcji pozornego zbiegu przestępstw. Wcześniejsza forma stadialna stanowi czyn współukarany względem późniejszej formy<sup>739</sup>. W rezultacie należy poprzeć zdanie A. Zolla, który twierdzi, że określona sytuacja determinuje „potencjalne niebezpieczeństwo”, sprawiając, iż można traktować w sposób tożsamy usiłowanie nieudolne z przestępstwami z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo<sup>740</sup>.

Powodów dla powyższego ujęcia celu regulacji usiłowania w ramach karnoprawnego porządku, należy upatrywać w fakcie, iż art. 13 § 1 k.k. uwzględnia kryteria warunkujące usiłowanie w ramach koncepcji podmiotowo-przedmiotowej. W zakresie tego pojęcia wyróżnia się trzy elementy, które muszą wystąpić łącznie: zamiar popełnienia czynu zabronionego, bezpośrednie zmierzanie do jego dokonania, a także brak dokonania<sup>741</sup>. W związku z tym słusznie zostało zauważone w postanowieniu SN z 18 czerwca 2009 r. (WK 10/09), iż usiłowanie następuje, gdy podjęte zachowanie zmierza bezpośrednio do dokonania czynu zabronionego. Natomiast wcześniejsze czynności mające dopiero stworzyć warunki do jego przedsięwzięcia mogą być zakwalifikowane jako usiłowanie<sup>742</sup>.

Wspomnianym w powyższym ustępie opracowania elementem podmiotowym przestępstwa jest zamiar, który z gruntu przesądza o umyślności czynu. Tzn., że usiłowanie może być wyłącznie czynem umyślnym<sup>743</sup>. Ważnym w tej kwestii rozstrzygnięciem jest wyrok SN z 25 października 1984 r. (IV KR 245/84)<sup>744</sup>. Zostało tam stwierdzone: „(...) jeżeli ustawa wymaga dla dokonania danego przestępstwa istnienia zamiaru bezpośredniego, wyłączając zamiar ewentualny wskutek użycia takich zwrotów jak >>chcąc<< lub >>w celu<<, to nie ma podstaw do uznania, aby usiłowanie takiego przestępstwa możliwe było z zamiarem ewentualnym”<sup>745</sup>. Rodzaj zamiaru, który jest wymagany do kwalifikacji danego zachowania jako usiłowanie dokonania czynu

---

<sup>739</sup> Patrz: K. Wiak, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 174.

<sup>740</sup> Patrz: A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji* [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, TNOiK, Toruń 2007, s. 18. Por. K. Wiak, *op. cit.*, s. 176, J. Giezek, *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin* 2013, Vol. LX 2, s. 49-50.

<sup>741</sup> K. Wiak, *op. cit.*, s. 168.

<sup>742</sup> Patrz: postanowienie SN z 28.04.2009 r., WK 10/09, OSNwSK 2009, poz. 353.

<sup>743</sup> Patrz: T. Bojarski, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 97.

<sup>744</sup> Wyrok SN z 25.10.1984 r., IV KR 245/84, OSNKW 1985, Nr 5-6, poz. 38.

<sup>745</sup> *Ibidem*.

zabronionego jest zdeterminowany przez rodzaj zamiaru wynikający z treści uregulowania dotyczącego określonego przestępstwa. Oczywiście w odniesieniu do tematu niniejszej pracy należy zaznaczyć, iż ze względu na celowość regulacji, a także brzmienie literalne przepisu art. 191a § 1 k.k., analizowane przestępstwo może w zależności od odmiany czynności sprawczej, zostać popełnione w zamiarze bezpośrednim – w przypadku zachowania w postaci utrwalania lub jeżeli zachowanie sprawcy przyjęło postać rozpowszechniania, może ono zostać popełnione również w zamiarze ewentualnym<sup>746</sup>. Z tej racji zachowaniu sprawcy musi towarzyszyć określony rodzaj zamiaru, analogicznie do rozważanego wariantu by jego zachowanie mogło być zakwalifikowane jako usiłowanie popełnienia przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. Przykładem usiłowania niniejszego przestępstwa w wariacie utrwalania jest przypadek, gdy sprawca stosując przemoc, uniemożliwia nagiemu pokrzywdzonemu wyrażenie jego woli, a następnie posługuje się smartphone'em z możliwością rejestracji treści wizualnych. Jednakże na skutek błędu w oprogramowaniu urządzenia utrwalenie nie jest zdadne do odtworzenia. W przytoczonych okolicznościach *prima facie* dostrzegalny jest bezpośredni zamiar działania sprawcy, który pozwala na prześledzenie jego procesu myślowego. Można wyznaczyć jego wyobrażony cel – dokonanie utrwalenia wizerunku nagej osoby w warunkach przewidzianych analizowaną regulacją, a w podjętym przez niego działaniu dostrzegalna jest bezpośrednia motywacja – uniemożliwienie ofierze wyrażenia sprzeciwu i podjęcia próby jego wyrażenia. Jednakże ostatecznie nie doszło do realizacji kompletu znamion przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. z powodu braku oczekiwanego przez sprawcę skutku (w następstwie użycia przez niego niewłaściwego narzędzia dla osiągnięcia celu). Z kolei dla egzemplifikacji usiłowania rozpowszechnienia wizerunku w zakresie analizowanego przestępstwa w zamiarze ewentualnym warto posłużyć się przykładem przywołanym we wcześniejszym rozdziale niniejszego opracowania. Mianowicie, sprawca podjął się względem utrwalenia zabiegów służących anonimizacji wizerunku, aczkolwiek zdawał sobie sprawę, iż stopień poczynionych działań może okazać się niewystarczający (np. rezultat niestarannej pracy grafika komputerowego) w kontekście uniemożliwienia identyfikacji osoby, do której wizerunek należy, a mimo to próbował umieścić utrwalenie na portalu internetowym, aczkolwiek administrator portalu nie zatwierdził prośby o jego umieszczenie, wskutek czego utrwalenie nie zostało opublikowane. W przytoczonym przypadku celem sprawcy

---

<sup>746</sup> Więcej na ten temat: 5.2 Strona podmiotowa przestępstwa.

było opublikowanie utrwalenia nierozpoznawalnego wizerunku, aczkolwiek jego działanie wskazuje na to, iż brał on pod uwagę możliwość i godził się z tym, że wizerunek nadal jest identyfikowalny, a mimo to spróbował rozpowszechnić utrwalenie. Nie doszło do wypełnienia kompletu znamion przestępstwa ze względu na obiektywną przeszkodę. Powyższe przykłady służą zilustrowaniu praktycznego aspektu problemu, jak i uwidaczniają trafność rozwiązania w postaci powiązania rodzaju zamiaru wymaganego do kwalifikacji danego zachowania jako usiłowanie dokonania czynu zabronionego z rodzajem zamiaru wynikającym z treści rozpatrywanej normy. Zabieg ten czyni zadość funkcji gwarancyjnej prawa karnego, gdyż trudno o znalezienie racjonalnego uzasadnienia dla odmiennego kształtowania granic odpowiedzialności karnej z uwzględnieniem relacji między zamiarem sprawcy a penalizowaną formą stadialną przestępstwa. Zwłaszcza należy mieć na uwadze ryzyko nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności w postaci skazania sprawcy za usiłowanie popełnienia przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. w wariacie utrwalania wizerunku w zamiarze ewentualnym, podczas gdy nie poniósłby takiej odpowiedzialności w przypadku tego samego zachowania w formie dokonania. Porównując sytuację obydwóch sprawców, tego rodzaju rozwiązanie doprowadziłoby przede wszystkim do skrajnie błędnej oceny stopnia zawinienia sprawcy, który usiłował popełnić przestępstwo (co wpływa finalnie na wymiar kary), a w końcu co najistotniejsze do naruszenia zasady równości obywatela wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP) i orzeczenia wyroku skazującego wobec osoby, która nie powinna ponieść odpowiedzialności karnej.

Co więcej, po przytoczeniu ogólnych przykładów usiłowania popełnienia przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. wypada nadmienić, że w procesie kwalifikacji zachowania sprawcy jako usiłowanie należy ustalić, że wszystkie istotne elementy wchodzące w skład określonego typu przestępstwa, sprawca obejmował swoją świadomością i wolą. Zwłaszcza, nie można domniemywać istnienia zgody na podstawie samego zachowania sprawcy<sup>747</sup>. W rezultacie zamiar sprawcy powinien być oceniany przez pryzmat całokształtu okoliczności przedmiotowych i podmiotowych składających się na określone zdarzenie<sup>748</sup>. Ponadto przy ocenie zamiaru można w razie potrzeby odwołać się do wzorca normatywnego obiektywnego obserwatora

---

<sup>747</sup> K. Wiak, *op. cit.*, s. 169.

<sup>748</sup> Patrz: K. Wiak, *op. cit.*, s. 169. Więcej na ten temat: wyrok SA w Gdańsku z 19.02.2014 r., II AKa 20/14, LEX nr 1441358.



wyposażonego w cechy i właściwości osobiste sprawcy<sup>749</sup>. W wyroku z 16 października 2018 r. (II K 700/16) SR w Szczytnie przeanalizował stan faktyczny, m.in. pod kątem realizacji zespołu znamion z art. 191a § 1 k.k. Co prawda orzeczenie to nie dotyczy formy stadialnej usiłowania, a dokonania, aczkolwiek w wyraźny sposób ukazuje znaczenie cech i właściwości osobistych sprawcy w procesie przypisania określonego zamiaru towarzyszącego jego zachowaniu. Mianowicie, w przywołanym wyroku sprawca kobietom, z którymi korespondował, celem udowodnienia przyczyn rozpadu jego małżeństwa, przysyłał na oznaczone adresy e-mail utrwalenia zawierające wizerunek nagiej byłej małżonki<sup>750</sup>. Tego rodzaju zachowanie, czyli skorzystanie z poczty elektronicznej, by przesłać określone treści do oznaczonych osób (załączenie odpowiedniego pliku, wpisanie adresu e-mail), nie może być inaczej kwalifikowane aniżeli umyślne działanie w zamiarze bezpośrednim. Wymienionym aktywnościom należy bowiem przypisać przymiot celowości. W podobny sposób należy potraktować zachowanie sprawcy, które stało się przedmiotem oceny w wyroku SR w Gdańsku z 26 października 2017 r. (II K 1335/14)<sup>751</sup>. Nie ma wątpliwości, iż zachowanie w postaci rozwieszania zdjęć zawierających wizerunek nagiej pokrzywdzonej na ogólnodostępnej klatce schodowej jest celowym działaniem.

Pozostając w temacie kwalifikacji cech określonego zachowania sprawcy jako usiłowanie, nie sposób pominąć bezpośredniego zmierzania sprawcy do dokonania danego czynu zabronionego. Dlatego, trafnie A. Zoll zauważa, że językowa interpretacja pojęcia „usiłowanie” sprawia, iż łączy się ono z zaangażowaniem siły w określonym kierunku<sup>752</sup>. Jako element przedmiotowy wskazywane jest zachowanie, bezpośrednio zmierzające do dokonania czynu zabronionego, które jednak nie następuje. Przyjmuje się, że tego rodzaju zachowanie sprawcy musi być uzewnętrznione i prowadzić do dokonania. Należy bowiem uznać, że jeżeli sprawca oddala się od realizacji czynu, to nie zmierza do dokonania<sup>753</sup>. Oczywiście bezpośrednio zmierzanie może przyjąć formę zarówno

---

<sup>749</sup> Patrz: T. Sroka, *op. cit.*, s. 380.

<sup>750</sup> Patrz: wyrok SR w Szczytnie z 16.10.2018 r., II K 700/16, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/150515300001006\\_II\\_K\\_000700\\_2016\\_Uz\\_2018-10-16\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/150515300001006_II_K_000700_2016_Uz_2018-10-16_002), [dostęp: 10.01.2021].

<sup>751</sup> Patrz: wyrok SR w Gdańsku z 26.10.2017 r., II K 1335/14, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/151000000001006\\_II\\_AKa\\_000294\\_2016\\_Uz\\_2017-02-09\\_002](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/151000000001006_II_AKa_000294_2016_Uz_2017-02-09_002), [dostęp: 11.01.2021].

<sup>752</sup> Patrz: A. Zoll, *Rozdział Art. 13. II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 281.

<sup>753</sup> Patrz: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 97. Tak też: Wyrok SN z 07.03.2013, V KK 351/12, OSP 2014, z. 3, poz. 33.

działania, jak i zaniechania<sup>754</sup>. Poza tym określone zachowanie powinno być rozpatrywane z uwagi na bezpośrednią realizację znamienia czasownikowego<sup>755</sup>. Pojęcie bezpośredniości pełni dla omawianego zagadnienia dwojaką funkcję. Po pierwsze dookreśla ono zakres karalności, a po drugie – wyznacza granicę między usiłowaniem a przygotowaniem. Zwraca na to również uwagę SN w wyroku z 10 marca 2003 r. (VKK 278/05), gdzie zostało zawarte: „(...) słowo >>bezpośredniość <<, użyte w art. 13 § 1 k.k., należy traktować jako ujętą abstrakcyjną wskazówkę interpretacyjną wyznaczającą granicę pomiędzy karalnym tylko w wypadkach przewidzianych w ustawie przygotowaniem a karalnym zawsze usiłowaniem popełnienia czynu zabronionego. To zaś oznacza, że rozstrzygnięcie kwestii rozgraniczenia przygotowania od usiłowania pozostawione jest *in concreto* orzecznictwu sądowemu. Decydujące znaczenie, więc mają każdorazowo okoliczności sprawy”<sup>756</sup>. Ponadto w kwestii rozgraniczenia między przygotowaniem do popełnienia przestępstwa a usiłowaniem, istotną uwagę poczynił A. Zoll, który zauważa, że usiłowanie musi być bliższym dokonania aniżeli jedynie stworzeniem warunków do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do dokonania<sup>757</sup>. Odnosząc powyższe uwagi do właściwości, które cechują zespół znamion składający się na przestępstwo uregulowane w treści art. 191a § 1 k.k., wypada przytoczyć przykład, który wyraźnie egzemplifikuje rozdział między niekaralnym przygotowaniem do popełnienia przestępstwa a jego karalnym usiłowaniem. Otóż, jeżeli sprawca umieszcza sprzęt rejestrujący obraz w sypialni osoby, której wizerunek ma być utrwalony bez jej wiedzy (a zatem również i zgody), jednak nie decyduje się na uruchomienie urządzenia, wówczas czyn sprawcy osiągnie jedynie stadium przygotowania do dokonania czynu. Natomiast jeżeli sprawca włączy urządzenie rejestrujące, jego zachowanie osiągnie fazę usiłowania (albo udolnego, np. jeżeli wizerunek nie może zostać utrwalony na skutek obiektu znajdującego się na pierwszym planie podczas utrwalania albo nieudolnego, np. jeżeli niewłaściwe ustawienia sprzętu skutkują niewyraźnym utrwaleniem, a tym samym nieidentyfikowalnym wizerunkiem). W podanym przykładzie decydującym kryterium szeregującym zachowanie sprawcy do określonej formy stadialnej jest dążenie sprawcy do popełnienia przestępstwa. W drugim

---

<sup>754</sup> Tak też: V. Konarska Wrzosek, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] V. Konarska-Wrzosek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 109.

<sup>755</sup> Patrz: B.J. Stefańska, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 210.

<sup>756</sup> Wyrok SN z 10.03.2006 r., V KK 278/06, OSNwSK 2006, Nr 1, poz. 568.

<sup>757</sup> A. Zoll, *Art. 13...*, *op. cit.*, s. 283.

z przykładów bezpośrednio zmierza on do dokonania przestępstwa. Natomiast w pierwszym przypadku podejmuje on pewne czynności przygotowawcze, lecz jego zachowanie jest niczym innym aniżeli jedynie wspomnianym uprzednio stworzeniem odpowiednich warunków do dokonania określonego czynu.

W powiązaniu z powyższym problemem pozostaje zagadnienie wyznaczenia momentu rozpoczęcia usiłowania w odniesieniu do zachowania sprawcy w postaci utrwalenia wizerunku osoby. Należy w tym temacie poprzeć pogląd wyrażony przez J. Kuleszę, iż: „Za najwcześniejszy moment rozpoczęcia bezpośredniego zamachu należy jednocześnie uznać skierowanie w stronę osoby, której wizerunek ma być utrwalony, obiektywu aparatu czy kamery. Następnym krokiem jest bowiem przystąpienie do utrwalania. Nie może być to etap wcześniejszy, skoro nie będzie wówczas jasne, czyj wizerunek sprawca ma zamiar utrwalić ewentualnie, jeśli poinformuje o swoim zamiarze, od utrwalania będą dzieliły go dwa etapy – przygotowanie sprzętu, a następnie utrwalanie”<sup>758</sup>. Jednakże, do powyższego stanowiska wypada poczynić zastrzeżenie, że sprzęt, którego obiektyw jest wycelowany w pokrzywdzonego, musi być w sposób świadomy i dobrowolny uruchomiony przez sprawcę przestępstwa. Warto rozważyć powyższy przypadek, ale w sytuacji, gdy utrwalenie to sprawca zamierza wykonać przy użyciu podstępu w postaci umieszczenia urządzenia rejestrującego treści wizualne w pomieszczeniu bez świadomości osoby, której wizerunek ma być utrwalony. Oczywiście mogą zachodzić okoliczności, gdy sprawca ma możliwość np. ustawienia obiektywu kamery w sposób zdalny, wówczas ocena jego zachowania będzie kształtowała się w sposób scharakteryzowany powyżej. Jednakże w sytuacji, gdy urządzenie nie zostało wyposażone w powyższą właściwość trudno twierdzić, iż sprawca kieruje obiektyw na ofiarę. Może on przypuszczać, że pokrzywdzony znajdzie się w tym miejscu, w którym urządzenie zarejestruje jego wizerunek, aczkolwiek jest to jedynie domniemanie. Z kolei wyłączenie ułożenie sprzętu w określonym miejscu poczytane za usiłowanie popełnienia przestępstwa, zamiast jego przygotowania należy ocenić jako przejaw nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności karnej sprawcy, a co z tym związane za sprzeczne z założeniami funkcji gwarancyjnej prawa karnego oraz zasadami wykładni funkcjonalnej prawa, a także co najmniej wątpliwe z uwagi na subsydiarny charakter prawa karnego. Zatem wydaje się, iż w podanym przykładzie za usiłowanie popełnienia przestępstwa wypada uznać chwilę, z którą sprawca uruchamia sprzęt

---

<sup>758</sup> J. Kulesza, *Obrona konieczna prawa do wizerunku w polskim i niemieckim prawie karnym*, Prok. i Pr. 2016, Nr 2, s. 116.

rejestrujący obraz celem wykonania wizerunku osoby w stanie nagości lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej.

Oczywiście dla kwestii wyznaczenia momentu rozpoczęcia usiłowania znaczenie ma także termin „bezpośredniość”, ponieważ implikuje on powstanie granicy między chwilą przygotowania do przestępstwa a jego usiłowaniem. W polskiej literaturze można wyodrębnić trzy nurty interpretacji niniejszego pojęcia z uwagi na usiłowanie jako formę stadialną przestępstwa: teorię subiektywną, teorię obiektywną oraz teorię mieszaną. Wedle teorii subiektywnej, usiłowanie należy poczytać jako uzewnętrznioną wolę popełnienia przestępstwa. Oznacza to, że sprawca bezpośrednio zmierzając do dokonania czynu, manifestuje zamiar popełnienia czynu zabronionego<sup>759</sup>. Subiektywne przekonanie nie musi być równoznaczne z obiektywną rzeczywistością. Konsekwencje tego rodzaju założenia mają przełożenie na praktykę, gdyż powodują poważne trudności dowodowe w kwestii udowodnienia usiłowania. Natomiast w teorii obiektywnej, usiłowanie może nastąpić, gdy dochodzi do obiektywnego zagrożenia dobra objętego karnoprawną ochroną. Bezpośredniość jest oceniana ze względu na kształt znamion czynu zabronionego oraz zachowania sprawcy. Założenia tej koncepcji prowadzą do zawężenia zakresu zachowań klasyfikowanych jako usiłowanie. Z kolei teoria mieszana (podmiotowo-przedmiotowa) zakłada, że o usiłowaniu decyduje zamiar sprawcy i etap, na którym znajduje się zachowanie sprawcy. Innymi słowy, bezpośredniość zachowania zachodzi, jeżeli zamiar sprawcy wraz z jego działaniem ocenianym w kontekście przedmiotowym jest ostatnią fazą jego działalności, którą ten wykonuje, by urzeczywistnić swój zamiar<sup>760</sup>. W podobnym tonie wypowiada się A. Zoll, zwracając uwagę na fakt, iż „podjęcie przez sprawcę czynności zmierzającej już wprost do realizacji czynu zabronionego i powodującej przekształcenie się zagrożenia abstrakcyjnego w realne, jako warunek spełnienia znamienia usiłowania, odnosi się także do tych warunków, w których sprawca popełnia czyn zabroniony, aby stworzyć sobie dogodne warunki do realizacji zamierzonego przez niego czynu zabronionego innego typu (najczęściej o znacznie poważniejszym ciężarze gatunkowym)<sup>761</sup>. Powyższy pogląd można odnieść do treści regulacji art. 191a § 1 k.k., gdyż celem wypełnienia kompletu znamion w wariantcie utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności

---

<sup>759</sup> B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 210.

<sup>760</sup> Patrz: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 210-211. Więcej na ten temat: Wyrok SN z 14.01.2005 r., V KK 309/04, Biul PK 2005, Nr 2, poz. 1.2.15.

<sup>761</sup> A. Zoll, *Rozdział II...*, *op. cit.*, s. 286. Tak też: V. Konarska Wrzosek, *op. cit.*, s. 108.

seksualnej sprawca powinien posłużyć się jednym z trzech wymienionych sposobów działania. Dwa z nich wedle k.k. mogą stanowić samodzielne przestępstwo. Otóż posłużenie się przez sprawcę przemocą może być rozpatrywane co najmniej w kontekście realizacji znamion przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 § 1 k.k.). Natomiast groźba bezprawna może przybrać postać groźby karalnej (art. 190 § 1 k.k.)<sup>762</sup>. W tym przypadku zachowanie, które może stanowić odrębny typ przestępstwa, jest etapem w realizacji czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k.<sup>763</sup>. Z tego powodu czynnością „zmierającą wprost do realizacji czynu zabronionego” nie będzie wyłącznie zastosowana przemoc lub wystosowana groźba wobec pokrzywdzonego. Zatem, zachowanie sprawcy musi objąć zakresem również drugą czynność, np. skierowanie obiektywu urządzenia rejestrującego treści wizualne w stronę pokrzywdzonego, aby można było stwierdzić, że zmierza ono bezpośrednio do realizacji kompletu znamion z art. 191a § 1 k.k. Przyjęcie odmiennego rozwiązania spowodowałoby nadmierne rozszerzenie odpowiedzialności karnej sprawcy, a także pozostawałoby w sprzeczności z założeniami wykładni celowościowej.

Przypadek opisany powyżej pozwala przejść w sposób płynny do rozważenia kolejnej kwestii, która dotyczy sytuacji, gdy czyn zabroniony wyróżnia się dwoma lub więcej znamionami czasownikowymi, a ich realizacja musi nastąpić w określonej sekwencji, tak jak ma to w przypadku przestępstwa przewidzianego w art. 191a § 1 k.k. Wówczas wedle T. Sroki, ocena bezpośredniości zmierzania do dokonania czynu zabronionego o tzw. liczbie mnogiej znamion czasownikowych (przestępstwo dwuaktowe) powinna następować kompleksowo, a także być rozpatrywana na podstawie całego typu czynu zabronionego, nie zaś odnoszona jedynie do ocenianych poszczególnie znamion czasownikowych<sup>764</sup>. Dlatego najczęściej do ustalenia bezpośredniego zmierzania do dokonania czynu zabronionego wystarcza, aby zmierzanie dotyczyło realizacji pierwszego znamienia czasownikowego. Jednakże ocena zawsze powinna być dokonywana *in concreto*. Rozpoczęcie realizacji pierwszego znamienia czasownikowego lub jego całkowite zrealizowanie świadczy o osiągnięciu fazy usiłowania dokonania. Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej jako

---

<sup>762</sup> Więcej na ten temat: 3.2.1 Groźba karalna.

<sup>763</sup> W podanym przykładzie nie sposób jednoznacznie określić, który z czynów zabronionych będzie charakteryzował „znacznie poważniejszy ciężar gatunkowy”, gdyż należałoby wziąć pod uwagę całokształt okoliczności towarzyszących popełnionemu czynowi, np. rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody.

<sup>764</sup> Patrz: T. Soroka, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1 – 116*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 377. Por. A. Zoll, *Art. 13...*, *op. cit.*, s. 287.

zachowanie podlegające odpowiedzialności karnej na podstawie art. 191a § 1 k.k. powinno być poprzedzone posłużeniem się w tym celu przez sprawcę przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem. Zakładając, że sprawca, aby osiągnąć cel (w postaci albo zapobieżenia powstania lub wykonania decyzji woli pokrzywdzonego, albo wpłynięcia na jego procesy motywacyjne by nastawić jego decyzję w pożądanym przez sprawcę kierunku) stosuje przemoc, następnie podejmuje próbę utrwalenia wymienionego wizerunku osoby, jednakowoż na skutek okoliczności (np. ingerencja osoby trzeciej) nie następuje stadium dokonania czynu zabronionego. Wówczas założenie, iż usiłowanie popełnienia przestępstwa rozpoczyna się wraz z usiłowaniem dokonania pierwszej czynności sprawczej, prowadzi do błędnych wniosków. Jeżeli sprawca poprzestałby na usiłowaniu lub dokonaniu pierwszej czynności sprawczej i równocześnie dalsze jego działanie nie wyszłoby poza fazę przygotowania, zachowaniem zrealizowałby (usiłowałby zrealizować) znamiona wyłącznie albo przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.), albo przestępstwa spowodowania lekkiego, średniego, ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 156 k.k. – 157 k.k.). Dlatego, na gruncie regulacji dotyczącej analizowanego przestępstwa w wariancie utrwalania wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej, nie można ograniczać analizy do pierwszego z podjętych przez sprawcę zachowań. Bez wątpienia, przedmiotem rozważań w tym przypadku powinien być całokształt okoliczności związanych z określonym stanem faktycznym, a zatem należy mieć wzgląd na usiłowanie lub dokonanie każdej z czynności, jednakże rozpatrując je jako inherentny zestaw znamion na etapie subsumpcji prawa. W razie przyjęcia odmiennego rozwiązania powstałyby trudności z prawidłowym wypełnieniem funkcji gwarancyjnej prawa karnego.

Meritum usiłowania stanowi fakt niewypełnienia wszystkich znamion ustawowych przestępstwa. Innymi słowy, brak dokonania stanowi końcowy składnik normatywnej konstrukcji<sup>765</sup>. W przypadku przestępstw materialnych (czyli również przestępstwa art. 191a § 1 k.k. – przyp. red.) dokonanie nastąpiłoby z chwilą realizacji znamion czasownikowych, składających się na czynność sprawczą oraz wystąpienia ustawowo określonego skutku<sup>766</sup>.

W tym miejscu wypada przejść do szczegółowych zagadnień związanych z konstrukcją usiłowania. Art. 13 k.k. dotyczy usiłowania udolnego oraz usiłowania nieudolnego. Usiłowanie udolne zachodzi, gdy sprawca zamiarem popełnienia czynu

---

<sup>765</sup> Patrz: K. Wiak, *op. cit.*, s. 174.

<sup>766</sup> Patrz: T. Sroka, *op. cit.*, s. 378.

zabronionego swoim zachowaniem zmierza bezpośrednio do jego dokonania, które jednak nie następuje. Z kolei w kwestii usiłowania nieudolnego, wypada podkreślić, że art. 13 § 2 k.k. zawiera regulację, której istota sprowadza się do obiektywnej niemożności popełnienia czynu. Innymi słowy, zachowanie to nie sprowadza realnego zagrożenia dla dobra chronionego<sup>767</sup>. Jednakże zmierza ono do naruszenia normy prawnej<sup>768</sup>. Należy przy tym podkreślić, że sprawca nie bierze względu na brak ujemnych skutków określonego zachowania<sup>769</sup>. Obecna regulacja obejmuje dwa rodzaje usiłowania nieudolnego. Pierwszy z nich sprowadza się do nieudolności związanej z brakiem przedmiotu, który nadawałby się do dokonania na nim czynu. Z kolei drugi rodzaj nieudolności jest spowodowany zastosowaniem niewłaściwego środka, który uniemożliwia osiągnięcie rezultatu w postaci dokonania czynu zabronionego. Usiłowanie nieudolne stanowi rezultat urojenia sprawcy co do przedmiotu czynu lub środka<sup>770</sup>. Przy kwalifikacji zachowania sprawcy jako usiłowanie nieudolne bez znaczenia pozostaje fakt czy sprawca był świadomy, iż określony przedmiot lub środek nie nadaje się do popełnienia zamierzonego czynu<sup>771</sup>.

Jak zostało wcześniej zasygnalizowane, zachowanie sprawcy może przybrać postać usiłowania nieudolnego ze względu na brak przedmiotu niezbędnego do popełnienia na nim czynu zabronionego. W postanowieniu SN z 28 kwietnia 2011 r. (V KK 33/11) został zawarty słuszny wniosek, iż o braku przedmiotu, który nadaje się do popełnienia na nim czynu zabronionego przesądza brak obiektywny, zamiast zdyskwalifikowania przez sprawcę przedmiotu ze względu na uznanie go za nieprzydatnego (tj. subiektywną ocenę sprawcy – przyp. red.)<sup>772</sup>. Przedmiotem nadającym się do popełnienia na nim czynu zabronionego, z uwagi na względy celowościowe, jest rzecz bądź osoba, względem której sprawca kieruje czynność sprawczą w określonym typie rodzajowym przestępstwa<sup>773</sup>. Trudno poprzeć opinię A. Wąska, iż pojęcie to powinno być rozumiane w sposób szeroki, łącznie z objęciem

---

<sup>767</sup> Tak też: Wyrok SN z 26.06.2008 r., IV KK 42/08, Biul. PK 2008, Nr 10, s. 22. Por. T. Sroka, *op. cit.*, s. 381-382. Więcej na temat rodzajów usiłowania: wyrok SA w Lublinie z 22.07.1999 r., II AKa 57/99, Wok. 2000, Nr 6, s. 50-52, wyrok SA w Gdańsku z 27.11.2014 r., II AKa 394/14, LEX nr 1953270.

<sup>768</sup> Więcej na ten temat: Wyrok SN z 29.11.1976 r., I KR 196/76, OSNKW 1977, Nr 6, poz. 61, z glosą W. Woltera, NP 1977, Nr 12, s. 1704 i n.

<sup>769</sup> Patrz: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 98. Tak też: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 212. Więcej na ten temat: Wyrok SA w Białymstoku z 18.06.2015 r., II AKa 73/15, LEX nr 1793792.

<sup>770</sup> Więcej na ten temat: Wyrok SA w Białymstoku z 21.01.2014 r., II AKa 259/13, LEX nr 1496372.

<sup>771</sup> Patrz: wyrok SA w Katowicach z 31.03.2017 r., II AKa 48/17, OSA 2017, Nr 8, poz. 16.

<sup>772</sup> Patrz: postanowienie SN z 28. 04. 2011 r., V KK 33/11, LEX nr 817558.

<sup>773</sup> Patrz: K. Wiak, *op. cit.*, s. 179.

nim przedmiotu karnoprawnej ochrony<sup>774</sup>. W przypadku omawianego przestępstwa jako przedmiot czynności sprawczej należy wskazać wizerunek człowieka. Ze względu na charakter oraz celowość niniejszej regulacji treścią tego wizerunku musi być naga lub w trakcie czynności seksualnej osoba<sup>775</sup>. Wydaje się, iż pogląd zaprezentowany przez A. Wąska może skutkować zbyt szerokim zakreśleniem pojęcia „przedmiot nadający się do popełnienia przestępstwa”. Indywidualnym przedmiotem karnoprawnej ochrony w kontekście art. 191a § 1 k.k. jest wolność od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności<sup>776</sup>. Przedmiot ten cechuje pewien poziom abstrakcyjności. Z tej racji należy mieć na uwadze, iż na etapie subsumpcji prawa może pojawić się problem z jego konkretyzacją na gruncie określonego stanu faktycznego. W następstwie propozycja utożsamiania pojęcia „przedmiot nadający się do popełnienia na nim przestępstwa” z przedmiotem czynności sprawczej wydaje się od strony praktyki rozsądnym rozwiązaniem, gdyż służy uproszczeniu stosowania regulacji na gruncie określonego stanu faktycznego, a tym samym spełnia założenia wykładni celowościowej oraz w sposób znaczący ułatwia wypełnienie funkcji ochronnej prawa karnego.

Oczywiście brak przedmiotu umożliwiającego popełnienie na nim przestępstwa nie stanowi jedynej przyczyny usiłowania nieudolnego. Analizowana forma usiłowania może mieć również miejsce z uwagi na brak odpowiedniego środka, niezbędnego do popełnienia określonego czynu zabronionego. Tego rodzaju środek będzie niezdatny jakościowo lub ilościowo do wywołania zamierzonego skutku. Na gruncie art. 13 § 2 k.k., termin „środek” powinien być interpretowany wąsko z wyłączeniem niewłaściwego sposobu realizacji znamion czynu zabronionego<sup>777</sup>. Natomiast, jego niezdatność do dokonania czynu zabronionego powinno oceniać się wyłącznie z uwagi na jego właściwości<sup>778</sup>. Szeroka interpretacja pojęcia „środek” w ramach niniejszej regulacji stanowiłaby w istocie przejaw wykładni rozszerzającej, a to z kolei mogłoby prowadzić

---

<sup>774</sup> Patrz: A. Wąsek, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M., Przyjemski, Z. Sienkiewicz, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz do art. 1-116*, t. 1, Arche, Gdańsk 2005, s. 203. Por. T. Sroka, *op. cit.*, s. 384.

<sup>775</sup> Więcej na ten temat: 2.2.2 *Znamię wizerunek nagiej osoby lub wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej*.

<sup>776</sup> Więcej na ten temat: 2.1.2 *Wolność z uwagi na art. 191a § 1 k.k.*

<sup>777</sup> Tak też: T. Sroka, *op. cit.*, s. 388, K. Wiak, *op. cit.*, s. 179, V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 113. Por. A. Liszewska § 12. *Usiłowanie* [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego. Nauka o przestępstwie*, t. 3, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2012, s. 778, J. Majewski, *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym*, [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2007, s. 43.

<sup>778</sup> Tak też: J. Raglewski, *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego*, *Prok. i Pr.* 2003, Nr 12, s. 36.



do nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności karnej sprawcy. W następstwie szerokie ujęcie terminu „środek” zagrażałoby prawidłowemu wypełnieniu funkcji gwarancyjnej prawa karnego. Skoro ustawodawca *expressis verbis* wprowadził katalog zamknięty dla rodzajów przypadków usiłowania nieudolnego, to należy się zastanowić nad trafnością oraz celowością poszerzania jego zakresu w procesie interpretacji prawa.

W kwestii nieprzydatności środka z uwagi na jakość oraz ilość należy stwierdzić, że jeżeli wystąpi środek niezdatny w sensie jakościowym, wówczas w ogóle nie nadaje się on do wywołania skutku (bez względu na ilość jego zastosowania). Natomiast, w drugim przypadku mógłby pojawić się zamierzony skutek, gdyby środek został użyty w większej ilości<sup>779</sup>.

Kontynuując temat wariantów usiłowania nieudolnego, wypada zasygnalizować, iż w literaturze przedmiotu wyróżnia się szczególną odmianę – tzw. usiłowanie bezwzględnie nieudolne<sup>780</sup>. Zachowanie sprawcy na podstawie poznanych praw rządzących przyrodą powinno uznać się za nielogiczne i nieracjonalne<sup>781</sup>. O usiłowaniu bezwzględnie nieudolnym przesądza niemożność przypisania sprawcy zamiaru popełnienia czynu zabronionego, ponieważ jego zachowanie nie przekracza normy sankcjonowanej<sup>782</sup>.

W tym miejscu wypada omówić kwestię usiłowania nieudolnego jako błędu co do znamion. Błąd co do znamion czynu zabronionego sprowadza się tutaj do mylnego przekonania sprawcy, iż swoim zachowaniem zmierza do dokonania przestępstwa – co stanowi usiłowanie nieudolne. W przeciwieństwie do wystąpienia błędu co do faktu (art. 28 § 1 k.k.), usiłowanie nieudolne nie wyłącza odpowiedzialności karnej, ale działa na niekorzyść sprawcy<sup>783</sup>. W przypadku art. 191a §1 k.k. przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego stanowi wizerunek osoby. Otóż nie można pomijać istotnego przymiotu, którym jest nagość osoby, której wizerunek ma być utrwalony lub rozpowszechniony (wówczas możemy mówić o znamieniu analizowanego przestępstwa)<sup>784</sup>. Dlatego, właśnie należy zwrócić uwagę na kryterium zawężające

---

<sup>779</sup> Patrz: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 214. Tak też: Wyrok SA we Wrocławiu z 05.04.2007 r., II AKa 52/07, OSA 2007, Nr 10, poz. 2492.

<sup>780</sup> Więcej na temat rodzajów usiłowania nieudolnego: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 99.

<sup>781</sup> Patrz: K. Wiak, *op. cit.*, s. 177.

<sup>782</sup> Patrz: J. Majewski, *op. cit.*, s. 50. Por. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. 4, Lexis Nexis, Warszawa 2009, s. 350.

<sup>783</sup> Patrz: K. Wiak, *op. cit.*, s. 177. Por. Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Ars Boni et Aequi, Warszawa 2013, s. 165. Por. A. Zoll, *Art. 13...*, *op. cit.*, s. 292.

<sup>784</sup> Alternatywnie przedmiotem nadającym się do popełnienia na nim czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k. jest wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej, jednakże na potrzeby objaśnienia

w odniesieniu do przedmiotu czynności sprawczej na gruncie relacji między konstrukcją usiłowania nieudolnego a regulacją zawartą w art. 28 § 1 k.k. Mając na uwadze fakt, że w niektórych stanach faktycznych, na etapie stosowania prawa rozróżnienie obydwóch zagadnień może przysporzyć pewnych problemów. Z pewnością kluczowe znaczenie dla poprawnego ich wyodrębnienia ma właściwe wyznaczenie zakresu znamienia „wizerunek nagiej osoby”. Oczywiście, charakteryzuje się ono wysokim stopniem nieokreśloności, co zostało wykazane w stosownym miejscu niniejszej pracy<sup>785</sup>. Z tego powodu w sytuacji, gdy wykładnia literalna nie daje jednoznacznej odpowiedzi, ocena, czy przedmiot określonego utrwalenia jest wizerunek nagiej osoby, pozostaje *ad casum* w gestii sędziego. Obrazując problem na przykładzie, sprawca rozpowszechni (w warunkach wypełniających zespół pozostałych znamion uwzględnionych w art. 191a § 1 k.k.) utrwalenie, którego przedmiotem są odsłonięte pośladki pokrzywdzonego<sup>786</sup>. Jeżeli sąd uzna, iż zaszły okoliczności, które pozwalają na poczytanie, że sprawca działał w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, a ze względu na „niejednoznaczność” kadru, nie rozpoznał on, iż przedmiotem utrwalenia są pośladki, wówczas zachodzi okoliczność wyłączająca winę. W następstwie sprawca nie ponosi odpowiedzialności karnej, gdyż omawiane przestępstwo występuje jedynie w umyślnej odmianie. Innymi słowy, nieświadomość sprawcy prowadzi do przypisania błędu na podstawie art. 28 § 1 k.k. Natomiast, jeżeli sprawca uroił sobie, że utrwalenie pośladków osoby, które zostało rozpowszechnione stanowi przedmiot przestępstwa, choć w istocie nim nie jest (np. potencjalne utrwalenie pośladków nie stwarza możliwości identyfikacji, do kogo należy ów część ciała, a zatem utrwalenie to nie cechuje rozpoznawalność – nie jest ono wizerunkiem), wówczas mamy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym, a co jest z tym związane, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. W tym przypadku zachodzi *error in obiecto*. W odmiennych okolicznościach może wystąpić *error in faciendo* – błąd co do środka służącego do popełnienia czynu zabronionego<sup>787</sup>. Przytoczony przykład, rozpatrzony na podstawie regulacji prawnych zawartych w art. 28 § 1 k.k. a także w art. 13 § 2 k.k. ujawnia istotność prawidłowego oraz możliwie dookreślonego zakresu znamienia „wizerunek nagiej osoby” celem tworzenia jednolitej oraz stabilnej linii orzeczniczej, jak i zapewnienia

---

relacji zachodzącej między konstrukcją usiłowania nieudolnego a błędem co do znamienia (art. 28 § 1 k.k.) został wymieniony jedynie przedmiot w postaci wizerunku nagiej osoby.

<sup>785</sup> Więcej na ten temat: 2.2.2.1 Pojęcie wizerunku na gruncie art. 191a k.k., 2.2.2.3 Pojęcie nagości.

<sup>786</sup> *Ibidem*

<sup>787</sup> T. Sroka, *op. cit.*, s. 391.

wysokiego stopnia efektywności omawianej regulacji na etapie subsumpcji prawa. Zagadnienia na temat uściślenia wymienionego zakresu oraz propozycje rozwiązań dla problematycznych kwestii w tym przedmiocie zostały przeanalizowane we wcześniejszych fragmentach pracy<sup>788</sup>.

Kolejnym ważnym zagadnieniem jest rozgraniczenie między usiłowaniem zwykłym a nieudolnym. W tym przypadku jako rozgraniczające kryterium należy wskazać sformułowanie „dokonanie jest niemożliwe” (art. 13 §2 k.k.). Wypada zgodzić się ze zdaniem wyrażonym przez K. Wiaka, iż dla jego zastosowania należy uwzględnić realia określonej sprawy. Ocena w zakresie braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim danego czynu zabronionego albo użycia środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego powinna sprowadzać się do uprzednich ustaleń odnoszących się do „(...) treści zamiaru sprawcy prowadzących do zrekonstruowania ściśle oznaczonego >>czynu zabronionego<<, do którego realizacji on dążył”<sup>789</sup>.

Charakteryzując ogólne problemy związane z usiłowaniem popełnienia przestępstwa, nie można zapomnieć o niektórych ze szczególnych zagadnień. Takim szczególnym zagadnieniem jest usiłowanie kwalifikowane. Zachodzi ono wyłącznie w przypadku właściwego zbiegu przepisów – czyli, gdy zastosowanie reguł wielości wyłączenia ocen nie pozwala na eliminację ani realizacji znamion określonego typu czynu zabronionego w formie stadialnej usiłowania, ani innego typu w formie dokonania z kwalifikacji prawnej czynu zabronionego. W następstwie niezbędnym jest zastosowanie instytucji tzw. kumulatywnego zbiegu przepisów (art. 11 § 2 k.k.)<sup>790</sup>. Odnosząc powyższy pogląd do analizowanej regulacji, warto przytoczyć przykład, gdy sprawca usiłował utrwalić wizerunek nagiej osoby lub osoby wizerunek w trakcie czynności seksualnej i posłużył się w tym celu przemocą w taki sposób, że jego zachowanie wypełniło zespół znamion składających się na przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 §1 k.k.), następnie nie dokonał utrwalenia wizerunku z uwagi na działanie osoby postronnej. Wówczas można uznać, że jego zachowanie wyczerpało znamiona występkę z art. 217 § 1 k.k., jeżeli sprawca nie rozpoczął realizacji znamienia utrwalanie – tj. nie skierował obiektywu w stronę pokrzywdzonego. Natomiast w przypadku, gdy doszło do próby wykonania czynności w postaci utrwalenia wizerunku, zachowanie to można zakwalifikować na podstawie art. 191a § 1 k.k. w zw. z art. 13 § 1 k.k. Z kolei

---

<sup>788</sup> Więcej na ten temat: 2.2.2.3 *Pojęcie nagości*.

<sup>789</sup> K. Wiak, *op. cit.*, s. 178.

<sup>790</sup> Patrz: T. Sroka, *op. cit.*, s. 392,

przestępstwo bezprawnego utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej (popelnione przez posłużenie się przemocą) konsumuje przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej. Zaproponowana ocena przytoczonych stanów faktycznych służy prawidłowemu wypełnieniu funkcji sprawiedliwościowej oraz ochronnej prawa karnego.

Przechodząc do kwestii oceny społecznej szkodliwości czynu w przypadku usiłowania należy nadmienić, iż przyjmuje się, że stopień karygodności usiłowania popelnienia czynu zabronionego jest niższy, aniżeli w przypadku dokonania. W związku z tym fakt, że realizacja przestępstwa zakończyła się na etapie usiłowania, przekłada się na niższy wymiar kary<sup>791</sup>. Rozwiązanie przyjęte w art. 14 § 2 k.k. świadczy, iż ustawodawca uwzględnił okoliczność, że istota zachowania sprawcy nie sprowadzała zagrożenia dobra prawnego<sup>792</sup>. Usiłowanie nie stanowi samodzielnego przestępstwa prócz tych, które w typie podstawowym obejmują usiłowanie. Zakres ustawowego zagrożenia karą za usiłowanie (zarówno udolne, jak i nieudolne) określonego przestępstwa kształtuje się na tym samym poziomie, co w przypadku jego dokonania. Zgodnie z przepisem art. 14 § 1 k.k. sprawca podlega karze na podstawie zagrożenia przewidzianego dla określonego przestępstwa. Analogicznie w przypadku usiłowania popelnienia przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. możliwą do orzeczenia będzie kara pozbawienia wolności, a zakres ustawowego zagrożenia będzie wynosił od 3 miesięcy do 5 lat. Za usiłowanie zwykle wymierzona zostaje mniej dolegliwa kara, aniżeli za dokonanie, aczkolwiek należy zaznaczyć, iż kwestia ta należy do sędziowskiego wymiaru kary<sup>793</sup>. Fakt, że sprawca nie zrealizował wszystkich ustawowych znamion określonego typu czynu zabronionego uprawnia do założenia, iż zachowanie składające się na usiłowanie zawiera mniejszy ładunek stopnia karygodności czynu, aniżeli w przypadku dokonania<sup>794</sup>. Należy mieć również na uwadze fakt, że w razie skazania sprawcy za usiłowanie przestępstwa, zastosowanie środków karnych oparte jest na tych samych przepisach, co w przypadku skazania za dokonanie. Natomiast w przypadku odszkodowania oraz nawiązki, powyższe rozwiązanie nie znajdzie zastosowania, aczkolwiek możliwym jest nałożenie na sprawcę obowiązku w postaci

---

<sup>791</sup> Tak też: *ibidem*, s. 216, wyrok SN z 31.10.2017 r., V KK 201/17, OSNKW 2018, Nr 2, poz. 16.

<sup>792</sup> Patrz: K. Wiak, *op. cit.*, s. 182.

<sup>793</sup> Tak też: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 100.

<sup>794</sup> Patrz: A. Liszewska, *op. cit.*, s. 795.

zadośćuczynienia<sup>795</sup>. W przypadku usiłowania nieudolnego sąd może orzec w granicach ustawowego zagrożenia, zdecydować o nadzwyczajnym złagodzeniu kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia (art. 14 § 2 k.k.). Oczywiście ewentualne orzeczenie o złagodzeniu kary lub odstąpienie od jej wymierzenia ma charakter fakultatywny. Trzecia z wymienionych możliwości uważana jest za najdalej idące złagodzenie odpowiedzialności karnej, ponieważ stwierdzenie o winie oskarżonego nie warunkuje w tym przypadku wymierzenia kary<sup>796</sup>. Należy zaznaczyć, że jest to rozwiązanie o charakterze fakultatywnym, tj. decyzja o jego zastosowaniu pozostaje w gestii sędziego. Oczywiście odstąpienie od wymierzenia kary jako instytucja wymiaru sądowego kary, uzależnione jest od dyrektyw wymiaru kary (art. 53 § 1 k.k.). Dlatego, przy podjęciu decyzji o zastosowaniu tego rozwiązania należy wziąć pod uwagę: stopień winy, stopień społecznej szkodliwości czynu, cele zapobiegawcze i wychowawcze względem sprawcy oraz potrzebę kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. O pierwszeństwie jednej z nich decyduje sąd, jeżeli uzna to za priorytetowe. Poza tym, jak podkreśla P. Gensikowski, z racji faktu, iż chodzi o usiłowanie nieudolne, powinny być rozważane przede wszystkim okoliczności związane z tym stadium przestępstwa, ponieważ najważniejsze znaczenie ma stopień nieudolności<sup>797</sup>. Jednakże należy pamiętać, iż zawsze wymierzenie łagodniejszej kary za usiłowanie popełnienia przestępstwa powinno być odzwierciedleniem wniosków wynikających z uprzedniej analizy całokształtu okoliczności stanu faktycznego.

Kolejną instytucją wartą zaznaczenia jest konstrukcja tzw. czynnego żalu. Zachowanie sprawcy zgodnie z art. 15 § 1 k.k. wyłącza karalność usiłowania, aczkolwiek nie odbiera mu przestępnego charakteru. Dzieje się tak w przypadku, gdy sprawca dobrowolnie odstąpił od dokonania czynu lub zapobiegł skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego (tzw. czynny żal skuteczny - art. 15 § 1 k.k.)<sup>798</sup>. Instytucja tzw. czynnego żalu konkretyzuje zakres karnoprawnych konsekwencji odstąpienia od realizacji przestępnego zamiaru, który osiągnął stadium usiłowania czynu

---

<sup>795</sup> Patrz: A. Zoll, *Rozdział Art. 14. II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 299.

<sup>796</sup> Patrz: B.J. Stefańska, op. cit., s. 217.

<sup>797</sup> Patrz: P. Gensikowski, *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 126. Więcej na ten temat: wyrok SN z 01.10.2002 r., V KKN 238/01, Prok. i Pr. – wkł. 2003, Nr 3, poz. 1, wyrok SA w Warszawie z 09.07.2014 r., II AKa 187/14, LEX nr 1500836.

<sup>798</sup> Więcej na temat dobrowolności zachowania sprawcy w kontekście tzw. czynnego żalu: wyrok SN z 12.04.2006 r., II KK 236/05, OSNwSK 2006, poz. 821. Więcej na ten temat: wyrok SA w Krakowie z 04.11.2011 r., II AKa 195/11, KZS 2011, z. 12, poz. 28, wyrok SA w Rzeszowie z 10.09.1998 r., II AKa 49/98, Prz. Orz. w Rzeszowie 1999, Nr 2, poz. 9.

zabronionego<sup>799</sup>. Dobrowolne odstąpienie następuje, gdy sprawca mogąc kontynuować czyn zabroniony, z własnej woli rezygnuje z jego realizacji<sup>800</sup>. Należy poprzeć zdanie wyrażone przez A. Marka, który jako *ratio legis* instytucji tzw. czynnego żalu wskazuje, że „Cenniejsza jest bowiem ochrona dobra prawnego niż ukaranie sprawcy po naruszeniu lub unicestwieniu tego dobra. Ustawodawca stwarza więc dla sprawcy bodziec do odstąpienia od podjętego usiłowania (nieukończonego), a gdy jego czyn został w takim stopniu zaawansowany, iż może doprowadzić do wywołania skutku przestępnego (usiłowanie ukończone) – wymaga zapobieżenia temu skutkowi”<sup>801</sup>. Wypada zaznaczyć, że rezygnacja od dalszego usiłowania dokonania czynu zabronionego nie ma charakteru dobrowolnego, gdy powiązane jest z interwencją osoby trzeciej<sup>802</sup>. Podsumowując, dobrowolność odstąpienia od dokonania czynu zabronionego następuje z chwilą uświadomienia sobie możliwości kontynuowania zachowania, które bezpośrednio zmierza do dokonania, lecz nie ma on już zamiaru popełnienia czynu zabronionego<sup>803</sup>.

W przypadku usiłowania nieukończonego w wariancie utrwalania wizerunku z art. 191a § 1 k.k. z łatwością można wyobrazić sobie sytuację, gdy sprawca kieruje obiektyw w stronę osoby, aczkolwiek ostatecznie odstępuje od zachowania inicjującego utrwalanie obrazu (np. nie wybiera funkcji w aplikacji rozpoczynającej proces rejestracji treści wizualnych lub nie wydaje odpowiedniej komendy głosowej). Z kolei trudno przywołać okoliczności, w przypadku usiłowania ukończonego, gdy sprawca próbuje zapobiec skutkowi w postaci utrwalenia wizerunku, gdyż w dzisiejszych czasach, do zarejestrowania treści wizualnych zwykle używane są urządzenia cyfrowe, których działanie od momentu zainicjowania procesu utrwalenia do jego powstania sprowadza się do ułamka sekundy. Jeżeli sprawca natychmiastowo usunął wykonane utrwalenie lub uczynił je niezdatnym do odtworzenia oraz, gdy całokształt okoliczności towarzyszących czynowi to umożliwia, sąd może zakwalifikować to zachowanie jako czyn o znikomej szkodliwości społecznej. Równie skomplikowaną kwestią w odniesieniu do usiłowania przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. jest utrwalenie ulotnych postaci wizerunku, a zwłaszcza

---

<sup>799</sup> Patrz: K. Wiak, *op. cit.*, s. 183.

<sup>800</sup> Patrz: wyrok SN z 12.04.2006 r., II KK 236/05, OSNwSK 2006, poz. 821. Więcej na ten temat: wyrok SA w Krakowie z 04.11.2011 r., II AKa 195/11, KZS 2011, z. 12, poz. 28, wyrok SA w Rzeszowie z 10.09.1998 r., II AKa 49/98, Prz. Orz. w Rzeszowie 1999, Nr 2, poz. 9.

<sup>801</sup> A. Marek, *op. cit.*, s. 68. Por. G. Rejman, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] G. Rejman, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 577, B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 218, A. Wąsek, *op. cit.*, s. 203, A. Zoll, *Art. 14...*, *op. cit.*, s. 302.

<sup>802</sup> Patrz: postanowienie SN z 06.02.2013 r., V KK 300/12, LEX nr 1277798. Więcej na ten temat: wyrok SN z 01.07.1975 r., II KR 367/74, OSNKW 1975, Nr 12, poz. 157.

<sup>803</sup> Patrz: A. Zoll, *Art. 14...*, *op. cit.*, s. 303.

wykorzystanie usługi streamingowej. Również w tym przypadku, zachowanie sprawcy w postaci wycelowania obiektywu w ofiarę może być poczytane jako przejaw usiłowania nieukończonego. Jednakże istota tych usług sprawia, że nie sposób by sprawca był w stanie zapobiec skutkowi w zakresie usiłowania ukończonego, gdyż np., jeżeli zakryłby ofiarę okryciem lub odwrócił w taki sposób by zakryte zostały narządy płciowe, pośladki lub piersi<sup>804</sup> to uprzednio muszą być one ukazane, aby zakwalifikować zachowanie sprawcy jako realizację kompletu znamion z przestępstwa art. 191a § 1 k.k. Innymi słowy, sprawca zostaje niejako pozbawiony możliwości skorzystania z instytucji tzw. czynnego żalu, gdyż całokształt okoliczności towarzyszących zachowaniu, a także charakter utrwalenia wydają się to uniemożliwiać. Kwestia ta powoduje, iż wypada zadać pytanie o możliwość prawidłowego wypełnienia funkcji gwarancyjnej oraz konstytucyjnej zasady równości obywatela wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP), aczkolwiek nie można pominąć faktu, iż w przytoczonym przykładzie za kształt okoliczności popełnionego czynu, a w szczególności za wybranie formy utrwalenia wizerunku w ramach art. 191a § 1 k.k. odpowiedzialny jest sprawca. W następstwie można przypuszczać, że pomimo braku możliwości skorzystania ze wspomnianej konstrukcji prawnej nie zostaną naruszone prawa sprawcy, gdyż brak ten wynika z właściwości usług streamingowych. Co do wariantu rozpowszechnienia co najmniej jednego z analizowanych typów wizerunku z art. 191a § 1 k.k. w przypadku usiłowania nieukończonego, sprawca może załączyć plik graficzny zawierający utrwalenie, aczkolwiek ostatecznie nie decyduje się na umieszczenie go na portalu internetowym. Natomiast usiłowanie ukończone w wariantcie rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej będzie miało miejsce, gdy sprawca wykona odpowiednie działania, aby umieścić utrwalenie w mediach społecznościowych, ale wystosuje stosowną prośbę do administratora portalu o jego niepublikowanie przed ostatecznym zatwierdzeniem publikacji tychże treści<sup>805</sup>.

Co do właściwości podmiotu usiłującego dokonać przestępstwo należy poprzeć opinię, że dobrowolne zapobiegnięcie skutkowi czynu zabronionego nie może być oceniane przez pryzmat motywacji sprawcy. Jeżeli sprawca dobrowolnie zapobiegł

---

<sup>804</sup> Więcej na temat pojmowania ludzkich piersi w kontekście znamienia wizerunek nagiej osoby: 2.2.2.3 *Pojęcie nagości*

<sup>805</sup> Więcej na temat oceny okoliczności towarzyszących zachowaniu sprawcy w odniesieniu do zastosowania instytucji tzw. czynnego żalu: wyrok SA w Lublinie z 07.03.2017 r., II AKa 14/17, LEX nr 2279552.

skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary<sup>806</sup>.

Sąd może skorzystać z powyższego rozwiązania, gdy sprawca spełnił wszystkie przesłanki wynikające z instytucji tzw. czynnego żalu, a sąd uznał jej zastosowanie za właściwe wobec okoliczności sprawy, wówczas ponosi on odpowiedzialność za skutki wywołane w toku usiłowania. Innymi słowy, nie jest on objęty odpowiedzialnością karną za przestępstwo określonego typu, aczkolwiek jego odpowiedzialność jest wyłączona jedynie w zakresie skutku, który zamierzał wywołać i w toku dalszych działań, którym zapobiegł. Jednakże, jeżeli działanie sprawcy zmierzające do dokonania osiągnęło fazę usiłowania ukończonego, wówczas do kwalifikacji zachowania jako bezkarne, niezbędne jest, aby sprawca zapobiegł skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego. Co więcej, w art. 15 § 1 k.k. sformułowanie odnoszące się do zapobiegnięcia skutkowi nie zostało *expressis verbis* poprzedzone wymogiem dobrowolności. Natomiast, tego rodzaju wymóg został uwzględniony przy wskazaniu instytucji odstąpienia sprawcy od usiłowania<sup>807</sup>.

Przechodząc do kolejnych właściwości, którymi musi charakteryzować się zachowanie sprawcy, aby poczytać je jako przejaw tzw. czynnego żalu<sup>808</sup>, wypada nadmienić, iż odnosi się ono do takiego skutku, który należy do zespołu znamion określonego przestępstwa. Ponadto musi być ono skuteczne, tj. takie, które zapobiegło wystąpieniu skutku<sup>809</sup>. Zapobiegnięcie może przybrać postać zaniechania działania sprawcy w trakcie realizacji czynu – w odniesieniu do przestępstw rozciągniętych w czasie<sup>810</sup>. Między zapobiegającym zachowaniem sprawcy a nienastąpieniem skutku musi zachodzić związek przyczynowy<sup>811</sup>. Innymi słowy, wymagane jest pozytywne działanie sprawcy ukierunkowane na zapobiegnięcie nastąpienia skutku<sup>812</sup>. Ponadto należy przyznać słuszność przyjętego rozwiązania w wyroku SN z 3 grudnia 2007 r.

---

<sup>806</sup> Patrz: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 102.

<sup>807</sup> Patrz: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 220. Więcej na ten temat: postanowienie SN z 05.05.2006 r., II KK 269/05, OSNwSK 2006, Nr 1, poz. 953.

<sup>808</sup> Więcej na ten temat: wyrok SA w Katowicach z 29.01.2015 r., II AKa 481/1, LEX nr 1651872.

<sup>809</sup> Patrz: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 219. Więcej na ten temat: wyrok SA w Krakowie z 19.10.2011 r., II AKa 191/11, KZS 2011, Nr 11, poz. 51.

<sup>810</sup> Patrz: K. Buchała, *Prawo karne materialne*, wyd. 2 zm., Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1989, s. 367.

<sup>811</sup> L. Tyszkiewicz, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa. Art. 15* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 88.

<sup>812</sup> K. Buchała, *op. cit.*, s. 360.



(II KK 199/07)<sup>813</sup>. Zostało w nim ujęte, iż „(...) kiedy do zapobieżenia skutkowi potrzebne są umiejętności i wiedza, których sprawca nie posiada, może on posłużyć się innymi osobami<sup>814</sup>”. Nie pozbawia ono sprawcy możliwości przedsięwzięcia działań zmierzających do zapobieżenia skutkowi ze względu na brak określonego przymiotu (umiejętności lub wiedzy). Rozstrzygnięcie to znosi potencjalne ograniczenia w kwestii uzewnętrznienia woli sprawcy zapobieżenia skutkowi przestępstwa. Innymi słowy, sprawca, aby powołać się na instytucję czynnego żalu, z nieprzymuszonej woli (uwarunkowanej zewnętrznymi czynnikami) podejmuje świadomą decyzję o podjęciu działania zapobiegającemu skutkowi jego czynu. Tego rodzaju rozwiązanie przyczynia się do prawidłowego wypełnienia założeń funkcji gwarancyjnej prawa karnego, a także pozostaje w zgodzie z wykładnią celowościową.

Warto wspomnieć o tzw. przestępstwie chybionym, czyli sytuacji, podczas której sprawca uczynił wszystko, co niezbędne do wystąpienia skutku, aczkolwiek zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na obiektywne okoliczności. Zastosowanie konstrukcji ujętej w art. 15 § 1 k.k. w odniesieniu do tzw. przestępstwa chybionego zostało słusznie ocenione przez A. Liszewską, która podnosi, iż „sprawca w takiej sytuacji nie ma możliwości innego wykazania czynnego żalu, jak tylko poprzez zaniechanie dalszego zachowania zmierzającego do spowodowania skutku, czyli w istocie odstąpienia od dokonania zamierzonego wcześniej czynu zabronionego”<sup>815</sup>.

W przypadku przestępstw materialnych, w razie niepowodzenia sprawcy w próbie zapobiegnięciu skutkowi, sąd może poczytać jego działanie za przejaw pozytywnego zachowania i orzec o nadzwyczajnym złagodzeniu kary (tzw. czynny żal bezskuteczny – art. 15 § 2 k.k.). Oczywiście, chodzi o sytuacje, gdy sprawca dobrowolnie podejmuje działania celem zapobieżenia skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego. Polega to na uczynieniu wszystkiego, co można było zrobić w określonych okolicznościach dla zapobiegnięcia skutkom przestępnego zachowania. Należy przy tym zaznaczyć, że motywacja, którą kieruje się sprawca, tak jak w poprzednio omawianych konstrukcjach prawnych pozostaje bez znaczenia dla potencjalnego zastosowania złagodzenia kary. Warte podkreślenia jest, że czynności podjęte przez sprawcę muszą

---

<sup>813</sup> Wyrok SN z 03.12.2007 r., II KK 199/07, LEX nr 353335. Więcej na temat odstąpieniu od usiłowania a udziałem/wpływem na proces decyzyjny sprawcy przez osobę trzecią: wyrok SN z 05.01.1973 r., III KR 258/72, OSNKW 1973, Nr 7-8, poz. 92.

<sup>814</sup> *Ibidem*.

<sup>815</sup> Patrz: A. Liszewska, *op. cit.*, s. 786. Por. A. Zoll, *Rozdział Art. 15. II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer Warszawa 2016, s. 311.

wyróżniać się realnym charakterem, tzn. sprawca podejmuje takie działania, które wedle jego oceny prowadzą do zapobieżenia wystąpienia określonego skutku<sup>816</sup>. Jednakże, dla poprawnego zastosowania niniejszej konstrukcji prawnej istotna jest wykładnia pojęcia „starał się”. W wyroku z 19 października 2017 r. (IV KK 76/17), SN stwierdził, że sformułowanie to charakteryzuje „(...) wystarczający, warunek podjęcia przez sprawcę aktywności po tym czynie, jak i wyraża sens tej aktywności, który sprowadza się do usiłowania zrobienia wszystkiego, co w danej sytuacji możliwe dla zapobieżenia skutkowi. Wobec tego z jednej strony, nie może być mowy o działaniach jedynie deklaracyjnych czy pozornych, czy też całkiem irracjonalnych takich, które w sposób zupełnie oczywisty nie mogą prowadzić do odwrócenia zapoczątkowanego łańcucha zdarzeń. Z drugiej natomiast chodzi o takie działania, które świadczą o jednoznacznie pozytywnej postawie sprawcy, dającej wyraz jego woli zapobieżenia skutkowi oraz przekonaniu, że czynności, które podejmuje, zmierzają i mają w założeniu zniweczyć negatywne konsekwencje popełnionego czynu przestępnego. Jeżeli zatem sprawca podejmuje obiektywnie nieudolne działania w celu odwrócenia skutku, a skutek ten nie następuje z innych przyczyn, to biorąc pod uwagę jego subiektywnie pozytywne przekonanie, że działał w celu ochrony dobra, będzie można zastosować w stosunku do tego sprawcy nadzwyczajne złagodzenie kary”<sup>817</sup>.

Mimo spełnienia przesłanek wymienionych we wcześniejszych fragmentach opracowania, a przewidzianych w art. 15 k.k., sprawca nie musi pozostawać zupełnie bezkarny. Mianowicie, będzie on odpowiadał za przestępstwo, którego znamiona wypełnił pomimo dobrowolnego odstąpienia od dokonania czynu zabronionego albo zapobieżenia skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego innego przestępstwa. Obrazując zagadnienie zakresu niniejszej odpowiedzialności: sprawca mógł zapobiec wykonaniu utrwalenia wizerunku nagiej osoby, np. poprzez wyłączenie funkcji samowyzwalacza, w którą wyposażony jest sprzęt rejestrujący obraz, jednakże, jeżeli uprzednio grożąc osobie (której utrwalenie wizerunku jest przedmiotem przestępstwa) zrealizuje znamiona zawarte w art. 190 § 1 k.k., wówczas może skorzystać z instytucji uregulowanej w art. 15 § 1 k.k. w odniesieniu do art. 191a § 1 k.k. w związku z art. 13 § 1 k.k. Jednak będzie odpowiadał za dokonanie czynu zabronionego w kontekście art. 190 § 1 k.k. (przy jednoczesnym założeniu, iż pokrzywdzony skorzysta

---

<sup>816</sup> Patrz: P. Poniatowski, *Czynny żal sprawcy usiłowania* (cz. 2), Pal. 2015, Nr 9-10 s. 60.

<sup>817</sup> Wyrok SN z 19.10.2017 r., IV KK 76/17, LEX nr 2407834. Więcej na temat starań sprawcy w odniesieniu do art. 15 § 2 k.k.: wyrok SN z 24.11.2005 r., III Ko 52/04, OSNwSK 2005, Nr 1, poz. 2192.

z możliwości złożenia wniosku o ściganie)<sup>818</sup>. Zatem wypada przyznać słuszność stwierdzeniu wyrażonym w wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (II AKa 96/09), iż „Niemożność przypisania oskarżonemu czynu ściganego z oskarżenia publicznego, pozostającego w kumulatywnej kwalifikacji prawnej z przepisem określającym przestępstwo prywatnoskargowe – z uwagi na zaistnienie okoliczności z art. 15 § 1 k.k. – nie stoi na przeszkodzie skazaniu go za ten fragment czynu, który wyczerpał znamiona przestępstwa ściganego z oskarżenia prywatnego”<sup>819</sup>.

Przechodząc do praktycznych aspektów zagadnienia usiłowania przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., warto rozważyć stan faktyczny zawarty w wyroku SO w Jeleniej Górze z 26 lipca 2013 r. (VI KA 307/13), gdzie sprawca zmuszał ofiarę do określonego zachowania. Pokrzywdzona została zmuszona do rozebrania się, a oskarżony przy wykorzystaniu aparatu cyfrowego utrwalił wizerunek nagiej kobiety. obrońca oskarżonego w apelacji podniósł, iż opinia biegłego z zakresu informatyki neguje ustalenie, że mężczyzna nakazał pokrzywdzonej rozebranie się, po czym wykonał jej zdjęcie<sup>820</sup>. Wedle treści opinii, w chwili zatrzymania w zabezpieczonym aparacie fotograficznym nie znajdowały się zdjęcia zawierające wizerunek nagiej pokrzywdzonej. W dodatku nie zostały one również skasowane z urządzenia po ich wykonaniu. SO w Jeleniej Górze stanął na stanowisku, że skoro mężczyzna sam twierdził, iż wykonywał zdjęcia pokrzywdzonej i wskazuje on jedynie na odmienny charakter fotografii, aniżeli wynika to z treści zeznań kobiety, należy uznać, iż wyczerpał swoim zachowaniem znamiona czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k. W następstwie nie można poczytywać jako argumentu przemawiającego na korzyść oskarżonego, że z opinii biegłego wynika, iż w pamięci urządzenia nie znajdowały się zdjęcia, gdyż w mniemaniu Sądu mogły się one znajdować na zewnętrznej karcie pamięci, którą mężczyzna mógł z łatwością usunąć<sup>821</sup>. Należy zastanowić się nad trafnością rozwiązania przyjętego w wymienionym rozstrzygnięciu<sup>822</sup>. Przede wszystkim Sąd nie mając możliwości zapoznania się z treścią zdjęcia, nie był w stanie ocenić, czy fotografia stanowiła nośnik wizerunku kobiety. Dla uznania, iż określone utrwalenie stanowi wizerunek osoby na gruncie 191a § 1 k.k., musi wystąpić możliwość identyfikacji osoby, której wizerunek stanowi przedmiot

---

<sup>818</sup> Por. Wyrok SA we Wrocławiu z 26.07.2001 r., II AKa 264/01, OSA 2001, z. 10, poz. 62.

<sup>819</sup> *Ibidem*.

<sup>820</sup> *Ibidem*.

<sup>821</sup> *Ibidem*.

<sup>822</sup> Patrz: K. Witczak, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 26 lipca 2013 r., VI Ka 307/13*, *Folia Iuridica* 2018, Nr 82, s. 125 i n.

przestępstwa<sup>823</sup>. Np. sprawca podczas wykonywania utrwalenia mógł mieć trudność z opanowaniem drżenia rąk, w efekcie podobizna jest niewyraźna, pozbawiona przymiotu rozpoznawalności – nie może być poczytana jako wizerunek (usiłowanie udolne – art. 13 § 1 k.k.). Zatem, nie mając dostępu do utrwalonych treści wydaje się niemożliwe jednoznaczne ustalenie, że został zrealizowany szereg znamion składających się na charakteryzowany czyn zabroniony. Co więcej, skoro Sąd stwierdził, iż „Wobec treści wyjaśnień oskarżonego nie można też rozstrzygnąć, czy wykonane zdjęcia i film zostały zapisane w pamięci aparatu, czy jedynie na jego zewnętrznej karcie pamięci, którą oskarżony mógł łatwo usunąć, nie pozostawiając śladu w aparacie”<sup>824</sup>, to należy nadmienić, iż nie znaleziono w urządzeniu również śladów po usunięciu fotografii w następstwie wykonania ich przez sprawcę, jak i również zapisanych w pamięci aparatu fotograficznego. Przedstawiony stan faktyczny dozwala również na założenie, że dane w efekcie błędu oprogramowania urządzenia nie zostały zapisane. W następstwie nie byłoby możliwości odtworzenia wizerunku (usiłowanie nieudolne – art. 13 § 2 k.k.). Brak możliwości weryfikacji wykonanego przez oskarżonego materiału sprawia, iż w tym stanie faktycznym trudno jednoznacznie stwierdzić, że zachowanie mężczyzny osiągnęło stadium dokonania czynu zabronionego w kontekście art. 191a § 1 k.k. Można zastanowić się nad prawidłowością stanowiska zajętego przez Sąd również, z powodu braku dostępu do wszystkich niezbędnych informacji (problem kwalifikacji materialnego utrwalenia jako wizerunku). Nie ma wątpliwości, że zachowanie oskarżonego przyjmuje postać działania w zamiarze popełnienia czynu zabronionego oraz bezpośredniego zmierzania do jego dokonania. Świadczy o tym wykonywanie następujących kolejno po sobie działań wobec pokrzywdzonej, prowadzących do realizacji znamion charakteryzowanego przestępstwa. Wobec tego, wydaje się, że właściwym byłoby zakwalifikowanie zachowania sprawcy jako usiłowanie popełnienia przestępstwa. Należy zauważyć, że jedynie w przypadku usiłowania nieudolnego sąd fakultatywnie może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Dlatego, jeżeli sąd uznałby, iż całokształt okoliczności faktycznych (zwłaszcza stopień karygodności czynu) rozpatrywany z uwzględnieniem dyrektyw wymiaru kary (art. 53 k.k.), przemawia za oznaczeniem wysokości kary jak za dokonanie czynu zabronionego, to nie jest on

---

<sup>823</sup> Więcej na ten temat: 2.2.2.2 *Rozpoznawalność jako element statuujący wypełnienie znamienia z art. 191a k.k.*

<sup>824</sup> Wyrok SO w Jeleniej Górze z 26.07.2013 r., VI Ka 307/13, [www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155005000003006\\_VI\\_Ka\\_000307\\_2013\\_Uz\\_2013-07-26\\_002](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155005000003006_VI_Ka_000307_2013_Uz_2013-07-26_002), [dostęp: 15.01.2021].

zobowiązany do wymierzenia kary w niższej wysokości aniżeli w przypadku dokonania<sup>825</sup>.

## 6.2 Formy zjawiskowe przestępstwa

Na wstępie należy nadmienić, iż powszechny charakter przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. sprawia, że może ono wystąpić w każdej postaci zjawiskowej uwzględnionej w k.k. Oczywiście funkcje, które pełni umieszczenie zjawiskowych form popełnienia przestępstwa<sup>826</sup> również niesie implikacje dla charakteryzowanego czynu zabronionego z uwagi na etap subsumpcji prawa. Przede wszystkim warto skupić uwagę na funkcji odpowiedzialnej za trafną represję w postaci sprawiedliwego i prewencyjnego doboru reakcji karnej. W odmienny sposób będzie kształtował się zakres odpowiedzialności karnej osoby, która stała na czatach i pilnowała, czy nikt nie nadchodzi, podczas gdy inna osoba utrwała wizerunek pokrzywdzonego znajdującego się w stanie nagości w następstwie zastosowania względem niego przemocy celem przełamania jego woli. Zakwalifikowanie zachowania sprawcy do odpowiedniej kategorii postaci zjawiskowej przestępstwa odgrywa znaczącą rolę, gdyż determinuje ocenę karygodności danego zachowania, a także może pośrednio wpływać na kwestię przypisania winy, a co z tym finalnie związane odnosi się do wyznaczenia odpowiednich z uwagi na rodzaj i dolegliwość sankcji karnych (przy uwzględnieniu problemu adekwatności kary oraz środków kary do popełnionego czynu zabronionego).

Jednakże należy nadmienić, iż wspomniany powyżej zakres odpowiedzialności karnej cechuje się zindywidualizowanym charakterem. Wobec tego w nawiązaniu do przytoczonego przykładu osoba stojąca na czatach będzie odpowiadała za popełniony przez siebie czyn, natomiast osoba wykonująca utrwalenie – za popełniony przez siebie. Tak ukształtowana odpowiedzialność karna czyni zadość funkcji gwarancyjnej prawa karnego oraz pośrednio stanowi przejaw przesłanki procesowej powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), gdyż prawidłowo wyznaczony zakres odpowiedzialności karnej oskarżonego, przy mnogości uczestników przestępstwa obniża ryzyko pociągnięcia do odpowiedzialności karnej więcej niż jeden raz za ten sam czyn.

W tym miejscu należy nadmienić, iż w jednym przestępstwie może wystąpić kilka form zjawiskowych. Przede wszystkim sprawstwo może przybrać różne odmiany: sprawstwo pojedyncze, współsprawstwo, sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające.

---

<sup>825</sup> Więcej na ten temat: K. Witezak, *op. cit.*, s. 125 i n.

<sup>826</sup> Więcej na temat funkcji zjawiskowych postaci popełnienia przestępstwa: V. Konarska-Wrzosek, *op. cit.*, s. 132.

Poza tym występuje również podżeganie oraz pomocnictwo. Formy zjawiskowe wymienione w k.k. stanowią w istocie zamknięty katalog form współdziałania przestępczego.

Ustawodawca w ramach art. 18 k.k. zawarł określenie form zjawiskowych czynu zabronionego. Jak zauważa M. Kulik, przepis ten dotyczy sprawstwa *sensu largo*<sup>827</sup>. Pojęcie sprawstwo odnosi się do sprawstwa w wąskim znaczeniu, tzn. sprawstwa pojedynczego, współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego (tzw. sprawstwa niewykonawcze). Sprawcą w znaczeniu ścisłym jest ten, kto spełnia, chociażby jedno znamię tego czynu. Jest to równoznaczne z samodzielną realizacją znamion czynu zabronionego<sup>828</sup>. Co więcej, należy zgodzić się z poglądem, iż użycie przez ustawodawcę zwrotu „wykonuje” zamiast „dokonuje” przesądza o zastosowaniu niniejszego przepisu również do przygotowania i usiłowania<sup>829</sup>. W dodatku zakłada się również, iż sprawca działa samodzielnie w sytuacji, gdy do wykonania jego czynu zostały zaangażowane osoby nieświadome dokonywania przez niego czynu zabronionego<sup>830</sup>. W odniesieniu do regulacji art. 191a § 1 k.k. powyższy przypadek zajdzie, gdy sprawca zleci osobie trudniącej się montażem sprzętu rejestrującego obraz, rozlokowanie i podłączenie kamer w mieszkaniu. Następnie za ich pomocą sprawca posługując się podstępem utrwali wizerunek innej osoby w trakcie czynności seksualnej. Powyższe rozwiązanie jest zgodne z założeniem subsydiarnego charakteru prawa karnego.

Rozpoczynając omawianie rodzajów sprawstwa od kwestii sprawstwa kierowniczego, należy nadmienić, iż sprawca kierowniczy jest osobą, która sama nie realizuje znamion czynu zabronionego. W rezultacie tego rodzaju sprawca nie spełni warunków odpowiedzialności zdeterminowanych znamionami czynu zabronionego, gdyż sam nie wykonuje tego czynu. K. Wiak dodaje, że konstrukcja tego rodzaju rozszerza istotę sprawstwa na osobę, która nie realizuje znamion czynu zabronionego, ale faktycznie panuje nad przebiegiem i rozwojem akcji<sup>831</sup>. Jako przedmiot działania sprawcy kierowniczego można wskazać zachowanie innej osoby, tj. bezpośredniego wykonawcy czynu zabronionego, które sprowadza się do realizacji znamion przestępstwa dzięki jego

---

<sup>827</sup> Patrz: M. Kulik, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa. Art. 18* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 121.

<sup>828</sup> Patrz: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 105. Tak też: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 227, K. Wiak, *op. cit.*, s. 195.

<sup>829</sup> *Ibidem*.

<sup>830</sup> V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 132.

<sup>831</sup> Patrz: K. Wiak, *op. cit.*, s. 202. Tak też: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 231. Por. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 105, A. Spotowski, *Sprawstwo kierownicze*, *Studia Prawnicze* 1988, Nr 1-2, s. 193-194, A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1977, s. 96-98.

rzeczywistemu wykonaniu<sup>832</sup>. W sposób pełny i prawidłowy istotę sprawstwa kierowniczego ujmuje wyrok SA w Gdańsku z 28 grudnia 2017 r. (II AKa 398/17): „w skład zachowań związanych z kierowaniem mogą wejść działania, które je poprzedzają, polegające na planowaniu czy organizowaniu przestępstwa. Nie przesłania to jednak okoliczności, że dyspozycja art. 18 § 1 zd. 3 k.k. wymaga, aby sprawca >>kierował wykonaniem czynu zabronionego<<, przez co należy rozumieć obiektywną kontrolę kierującego nad przestępczą akcją, wyrażającą się w możliwości zdecydowania o jej rozpoczęciu, przebiegu, zmianie, przerwaniu, zakończeniu, powtórzeniu i tym podobnych działaniach, które oznaczają, że kierujący realnie panuje nad czynnościami sprawców bezpośrednio wypełniających znamiona czynu zabronionego”<sup>833</sup>.

Odnosząc powyższe stwierdzenie do art. 191a § 1 k.k., wypada nadmienić, iż złożoność niniejszej regulacji może przyczyniać się do stworzenia preferencyjnej płaszczyzny dla zachowania w postaci sprawstwa kierowniczego. Przed wszystkim należy zwrócić uwagę na konstrukcję znamion sprawczych niniejszego przestępstwa, gdyż możliwe jest jego popełnienie w kilku wariantach (wariant rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody, wariant utrwalania jednego z wymienionych rodzajów wizerunku używając w tym celu wobec osoby, której wizerunek ma być utrwalony przemocą, groźby bezprawnej lub podstępem lub wariant utrwalania jednego z wymienionych rodzajów wizerunku we wskazanych warunkach, a następnie rozpowszechnienie bez zgody osoby, której wizerunek został utrwalony). Dodając do tego fakt, iż prócz wielości wariantów w zakresie znamion sprawczych, ustawodawca zawarł jako możliwy środek działania sprawcy posłużenie się jednym z tzw. znamion rozbójniczych, nie sposób nie zauważyć wręcz nieograniczonych możliwości w zakresie kierowania bezpośrednim wykonawcą czynu. Podając jedynie przykładowy stan faktyczny, nietrudno wyobrazić sobie sytuację, gdy sprawca kierowniczy wybiera osobę, której wizerunek ma być utrwalony, datę i miejsce wykonania utrwalenia w warunkach przewidzianych art. 191a § 1 k.k., wybiera do tego celu sprzęt rejestrujący treści wizualne, następnie kontroluje przebieg zachowania oraz stopień natężenia stosowanej siły celem przełamania oporu pokrzywdzonego, a także czuwa nad przebiegiem procesu utrwalenia. Powyższy przykład nasuwa dwie

---

<sup>832</sup> Patrz: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 231. Tak też: Wyrok SA w Krakowie z 04.11.2011 r., II AKa 177/10, LEX nr 794638.

<sup>833</sup> Wyrok SA w Gdańsku z 28.12.2017 r., II AKa 398/17, Kwartalnik Sądowy Apelacji w Gdańskiej 2018, Nr 2, poz. 17.

konstatacje. Po pierwsze, jak wiadomo konstrukcja sprawstwa kierowniczego na etapie konkretyzacji normy prawa karnego stosowana jest do wyznaczenia odpowiedzialności karnej w ramach działalności grup przestępczych, a czyn z art. 191a § 1 k.k. może stanowić skuteczny środek do osiągnięcia celów tego rodzaju działalności. Tego rodzaju grupa uzyskując dostęp do niniejszych utrważeń zawierających wizerunek wpływowego przedsiębiorcy, urzędnika państwowego czy prominentnego polityka może traktować tę okoliczność jako swoiste „zabezpieczenie” przed odpowiedzialnością karną za inną działalność przestępczą lub też jako „przepustkę” do jej kontynuowania. Po drugie wymieniony stan faktyczny ukazuje, iż ze względu na rozbudowaną warstwę strukturalną niniejszej regulacji, na etapie subsumpcji prawa może pojawić się problem rzutu na wyznaczenie zakresu odpowiedzialności karnej przez odróżnienie określonego zachowania jako albo sprawcy kierującego albo sprawcy polecającego albo pomocnika, co może stanowić zagrożenie dla prawidłowego wypełnienia funkcji gwarancyjnej oraz sprawiedliwościowej prawa karnego. Jednakże przepisy dotyczące poszczególnych form zjawiskowych przestępstwa dla ich właściwej interpretacji muszą być odniesione do ściśle skonkretyzowanego stanu faktycznego, więc niemożliwym jest w tym przypadku sformułowanie uniwersalnej zasady. Każdy przypadek wymaga rozpatrzenia *in concreto*. Jednakże w wyniku linii orzeczniczej zostały wypracowane pewne wskazówki, które mają na celu pomóc w rozróżnieniu sprawstwa kierowniczego od polecającego.

W kwestii rozróżnienia obydwu form sprawstwa należy wskazać, iż cechą, która pozwala na odróżnienie sprawcy polecającego od kierowniczego, jest panowanie drugiego z nich nad procesem urzeczywistniania znamion czynu przez sprawcę bezpośredniego. Z kolei sprawca polecający nie kontroluje procesu wykonania czynu przez sprawcę bezpośredniego<sup>834</sup>. Zarówno sprawca kierowniczy, jak i polecający mógł panować nad przebiegiem akcji oraz oboje nie zajmują się osobiście wykonaniem czynu zabronionego<sup>835</sup>.

Powyższe porównanie stanowi wstęp do analizy drugiej formy sprawstwa, która nie stanowi sprawstwa *sensu stricto* – sprawstwa polecającego. Wypada nadmienić, iż jego istota sprowadza się do uzależnienia bezpośredniego wykonawcy od osoby wydającej polecenie. Należy je rozumieć jako polecenie wykonania czynu zabronionego

---

<sup>834</sup> Patrz: K. Wiak, *op. cit.*, s. 205. Więcej na ten temat: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 106.

<sup>835</sup> Patrz: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 106.



wykorzystując do tego uzależnienie od siebie innej osoby<sup>836</sup>. Poza tym znaczenie odgrywa stanowcza forma oddziaływania polecającego na bezpośredniego wykonawcę. W wyroku SA we Wrocławiu z 1 września 2011 r. (II AKa 208/11), Sąd wyznaczył elementy statuujące sprawstwo polecające: „do znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego będącego sprawstwem polecającym należą: wydanie polecenia wykonania czynu zabronionego jako znamię czasownikowe, istnienie stosunku zależności (uzależnienia) pomiędzy wydającym polecenie a jego adresatem oraz wypełnienie przez adresata (bezpośredniego wykonawcę) znamion zaczerpniętych z przepisu części szczególnej lub przepisu pozakodeksowego składających się na czyn zabroniony”<sup>837</sup>. Charakter zależności między sprawcą polecającym a bezpośrednim wykonawcą pozostaje prawnie irrelewantny, może być on sformalizowany, np. przynależność do zorganizowanej struktury bądź nieformalny. Jednakże, między tymi osobami musi występować stosunek podporządkowania, który może mieć swoje źródło np. w relacjach rodzinnych, kontaktach służbowych, czy grupie przestępczej<sup>838</sup>. W ramach art. 191a § 1 k.k. można wyobrazić sobie sytuację, gdy sprawca polecający, np. przełożony w pracy zleca podwładnemu opublikowanie, na stronie internetowej przedsiębiorstwa, utrwalenia zawierającego wizerunek, wypełniający warunki przewidziane niniejszą regulacją, który należy do rywala w ramach konkurencji o wyższe stanowisko w przedsiębiorstwie. Praktyczny aspekt problemu rozróżnienia form zjawiskowych przestępstwa sprawstwa *sensu largo* (sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecającego) został ujęty we wcześniejszych ustępach niniejszego fragmentu opracowania. Jednak warto zasygnalizować pośrednio powiązany z tym problem oceny zależności między sprawcą a bezpośrednim wykonawcą. Oczywiście należy zgodzić się z przytoczonym stwierdzeniem, iż jego charakter dla oceny odpowiedzialności karnej sprawcy polecającego zostaje irrelewantny, aczkolwiek warto podkreślić, kolejną kwestię, iż również stałość lub czasowość tego rodzaju, w tym również epizodyczność zależności pozostaje bez znaczenia dla oceny zachowania sprawcy na gruncie art. 191a § 1 k.k. Nie sposób bowiem, w odmienny sposób aniżeli jako sprawstwo polecające ocenić zachowanie, gdy dorosły mężczyzna poleca obcemu chłopcu utrwalenie wizerunku nagiej osoby w okolicznościach wypełniających komplet znamion

---

<sup>836</sup> Patrz: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 232. Por. K. Wiak, *op. cit.*, s. 204. Więcej na ten temat: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 105-106.

<sup>837</sup> Wyrok SA we Wrocławiu z 01.09.2011 r., II AKa 208/11, LEX nr 1085553.

<sup>838</sup> Patrz: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 232. Por. A. Marek, *op. cit.*, s. 73.

niniejszej regulacji. Przede wszystkim założenia wykładni funkcjonalnej, przemawiają za słuszością przyjęcia tego rodzaju rozwiązania.

Przechodząc do kolejnego zagadnienia, którym jest współsprawstwo, wypada zaznaczyć, że w art. 18 § 1 k.k. zostały wyszczególnione jego kryteria. Pierwsze z nich – porozumienie, ma charakter podmiotowy, natomiast drugie – przedmiotowy i jest nim wspólne wykonywanie czynu zabronionego. Obydwa komponenty muszą wystąpić kumulatywnie<sup>839</sup>. By ukazać zagadnienie możliwie kompleksowo, a zarazem w sposób zwięzły, warto do powyższych twierdzeń dodać treść postanowienia SN z 5 grudnia 2007 r. (V KK 120/07) „Istotą współsprawstwa bowiem jest realizacja części znamion czynu zabronionego, jak również przyczynienie się do realizacji takiego czynu, w sensie wzajemnego dopełniania się zachowań poszczególnych sprawców”<sup>840</sup>. Istota wspomnianego porozumienia sprowadza się do działania sprawców w świadomości wspólnego celu, zadania. Irrelevantny pozostaje stopień uświadomienia składników zamierzonego zadania i zakres uzgodnień objętych świadomością. Realizacja wcześniej uzgodnionego czynu między sprawcami może wymagać szczegółowych zadań dopiero w trakcie wykonywania czynu. Do zaszeregowania zachowania jako współsprawstwo wystarczy, by nastąpiło ogólne uzgodnienie wspólnego czynu zabronionego, nie musi ono obejmować wszystkich szczegółów, które dotyczą planowanego przestępnego działania<sup>841</sup>. Bez znaczenia pozostaje czy porozumienie jest wyraźne, czy dorozumiane<sup>842</sup>. Co więcej, istotnych informacji w kontekście interpretacji pojęcia „porozumienie” dostarcza wyrok SA w Lublinie z 16 marca 2016 r. (II AKa 23/16): „Istotny jest bowiem dostatecznie uzgodniony zamiar współdziałania z drugą osobą w wykonaniu czynu zabronionego, czyli świadomość i wola wspólnego działania. Współdziałający nie muszą się więc bezpośrednio kontaktować, wystarczy, by mieli świadomość wspólnego wykonania czynu zabronionego. Innymi słowy, wystarczające jest, by współsprawcy wiedzieli o sobie i zdawali sobie sprawę, że konkretna czynność podejmowana przez każdego z nich składa się na realizację wspólnie wykonywanej całości przedsięwzięcia. Nie można więc mówić o porozumieniu, tylko wtedy, gdy

---

<sup>839</sup> Patrz: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 227. Tak też: A. Wąsek, *Rozdział II...*, *op. cit.*, s. 235. Więcej na ten temat: wyrok SN z 23.10.2014 r., IV KK 171/14, LEX nr 1551678, postanowienie SN z 05.12.2007 r., V KK 120/07, LEX nr 346825.

<sup>840</sup> Postanowienie SN z 05.12.2007 r., V KK 120/07, LEX nr 346825.

<sup>841</sup> Patrz: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 106. Więcej na ten temat: Wyrok SA w Krakowie z 07.11.2013 r., II AKa 210/13, KZS 2013, Nr 12, poz. 35.

<sup>842</sup> Tak też: wyrok SA w Krakowie z 09.06.2004 r., II AKa 111/04, LEX nr 138073. Por. Wyrok SA w Krakowie z 17.01.2011 r., II AKa 240/10, KZS 2011, z. 2, poz. 44.

w toku wykonania przestępstwa sprawca nie zauważył wspierającej go czynności innego sprawcy albo ją odrzucił jako mu obojętną lub niepotrzebną<sup>843</sup>. Jednakże zwrot „wykonuje czyn zabroniony” ze względu na jego literalne brzmienie przesądza o tym, iż każdy ze współsprawców powinien realizować znamię czynu zabronionego, aczkolwiek realizacja znamion nie musi odbyć się „własnoręcznie”<sup>844</sup>. W obrębie współsprawstwa wyróżnia się dwa rodzaje zachowań, które są przejawem wspólnego wykonania czynu: współsprawstwo niewłaściwe, wielosprawstwo – polega na tym, że każda z osób uczestniczących w czynie realizuje wszystkie znamiona typu czynu zabronionego. Natomiast, gdy zachowanie każdego ze współsprawców realizuje jedynie wycinek czynu zabronionego, a dopiero ich suma stanowi wypełnienie zespołu znamion (współsprawstwo właściwe)<sup>845</sup>. Przenosząc wskazany podział na grunt treści art. 191a § 1 k.k., można przypuszczać, że ze względu na charakter analizowanego przestępstwa, a w szczególności z uwagi na sposób ujęcia znamion czynnościowych współsprawstwo właściwe będzie występowało w praktyce niewspółmierne częściej, aniżeli współsprawstwo niewłaściwe. Z łatwością bowiem można wyobrazić sobie przypadek, gdy poszczególny sprawca jest odpowiedzialny za wycinek czynu zabronionego, np. wykonanie utrwalenia czy obezwładnienie ofiary lub wystosowanie groźby. Natomiast zdecydowanie trudniej o okoliczności, podczas których np. wszyscy sprawcy kierują przemoc względem pokrzywdzonego, a następnie wszyscy wykonują utrwalenie, chociaż jest to oczywiście teoretycznie możliwe, aczkolwiek bardziej prawdopodobnym wydaje się, gdy np. sprawcy przeprowadzając zmasowaną akcję przeciw pokrzywdzonemu, rozpowszechniają bez jego zgody za pomocą Internetu jego wizerunek w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej.

Trudności w przedmiocie oceny współsprawstwa oraz poszczególnych ról współsprawców może przysporzyć przypadek tzw. współsprawstwa sukcesywnego, czyli, gdy osoba włącza się w proces działania przestępnego sprawcy dopiero na pewnym etapie działań przestępnych innych osób<sup>846</sup>. Przyjmuje się, że współsprawcy ponoszą odpowiedzialność karną za wspólnie wykonane przestępstwo, natomiast ich rzeczywisty udział w realizacji czynu zabronionego znajduje odzwierciedlenie w późniejszym

---

<sup>843</sup> Wyrok SA w Lublinie z 16.03.2016 r., II AKa 23/16, LEX nr 2044261. Więcej na ten temat: wyrok SA w Białymstoku z 29.08.2000 r., II AKa 121/00, OSA w Białymstoku 2000, Nr 3, s. 19, wyrok SN z 08.12.2011 r., II KK 162/11, OSNKW 2102, Nr 3, poz. 28 z glosą aprobującą J. Kuleszy, PiP 2013, Nr 9, s. 127-132.

<sup>844</sup> Tak też: A. Marek, *op. cit.*, s. 72.

<sup>845</sup> Patrz: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 228.

<sup>846</sup> Więcej na ten temat: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 109.

wymiarze kary<sup>847</sup>. Przyjęte rozwiązanie służy uproszczeniu procesu przypisywania odpowiedzialności karnej sprawcy i pozostaje w zgodzie z zasadą indywidualizacji odpowiedzialności. Jeżeli dwóch lub więcej sprawców w tym samym czasie i miejscu popełnia przestępstwo, bez względu od siebie oraz porozumienia z innymi, wówczas można mówić o tzw. sprawstwie równoległym (wielosprawstwie koincydalnym, ubocznym). Np., gdy przechodnie kradną mienie ze znajdującego się na ulicy auta, pozostają w milczącym porozumieniu, a więc ponoszą odpowiedzialność za cały skutek, nawet jeśli do jego powstania przyczynił się tylko jeden z nich. Porozumienie wyznacza granice odpowiedzialności każdego współsprawcy za wspólne przedsięwzięcie, a współsprawca nie odpowiada za eksces innego współsprawcy<sup>848</sup>.

Przykładu współsprawstwa na gruncie art. 191a § 1 k.k. dostarcza stan faktyczny z wyroku SN z 9 marca 2017 r. (IV KK 345/16)<sup>849</sup>. Otóż dwaj sprawcy zostali oskarżeni o to, że działając wspólnie i w porozumieniu wykorzystali bezradność pokrzywdzonej odurzonej alkoholem i innymi środkami odurzającymi oraz przemocą wrzucili ją do bagażnika samochodu. Następnie unieruchomili ją, przytrzymując za ręce, włożyli butelkę do pochwy i przemocą doprowadzili pokrzywdzoną do obcowania płciowego oraz innej czynności seksualnej, po czym utrwalili wizerunek nagiej kobiety w trakcie czynności seksualnej. Kolejnego dnia działając wspólnie i w porozumieniu powtórnie wykorzystali bezradność pokrzywdzonej na skutek odurzenia alkoholem i innymi środkami odurzającymi, posłużyli się przemocą (w postaci popychania, rzucenia kobiety na łóżko, rozebraniu jej oraz przytrzymywaniu) doprowadzając pokrzywdzoną do obcowania płciowego i innej czynności seksualnej. Następnie utrwalili wizerunek nagiej pokrzywdzonej podczas wymienionych czynności seksualnych, wykonując zdjęcia aparatem w telefonie komórkowym<sup>850</sup>. W powyższym przykładzie, aby prawidłowo wyznaczyć zakres odpowiedzialności karnej, należy postawić pytanie, czy każde z poszczególnych zachowań było objęte porozumieniem, a także, który jego wycinek można przypisać poszczególnej osobie. Kwestia ta w odniesieniu do przestępstwa art. 191a § 1 k.k. przekłada się co oczywiste na wymiar kary, aczkolwiek może również determinować odpowiedzialność za inny czyn zabroniony np. naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 § 1 k.k.), jeżeli kolejna czynność (utrwalanie) nie osiągnęłaby stadium

---

<sup>847</sup> Tak też: wyrok SA w Krakowie z 15.01.2003 r., II AKa 353/02, LEX nr 78603.

<sup>848</sup> Patrz: B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 230.

<sup>849</sup> Wyrok SN z 09.03.2017 r., IV KK 345/16, LEX nr 2242373.

<sup>850</sup> *Ibidem*.

usiłowania. Innymi słowy, prawidłowe wyznaczenie odpowiedzialności karnej w kontekście współsprawstwa pozostaje w związku z subsydiarnym charakterem prawa karnego, ponieważ sprawca powinien odpowiadać za swoje zachowanie w ramach karnoprawnego porządku, jedynie w ostateczności, gdy określonego dobra prawnego nie można ochronić w inny sposób.

Oczywiście prócz postaci sprawczych, można wyróżnić również niesprawcze formy zjawiskowe czynu, którymi są podżeganie oraz pomocnictwo. Należy podkreślić, iż nie stanowią one formy uczestnictwa w cudzym przestępstwie. Odgrywają rolę równorzędną ze sprawstwem *sensu stricto*<sup>851</sup>. W art. 18 § 2 k.k. zostały wskazane kryteria podżegania. Konstrukcja ujęta w k.k. wymaga łącznego powołania przepisu art. 18 § 2 k.k., a także odpowiedniego przepisu dotyczącego konkretnego przestępstwa z k.k. Element podmiotowy odnosi się do bezpośredniego zamiaru. Z kolei element przedmiotowy stanowi nakłanianie drugiej osoby do popełnienia czynu zabronionego. Sposób ujęcia elementu podmiotowego – „kto chcąc” determinuje charakter podżegania, które może być jedynie działaniem umyślnym w zamiarze bezpośrednim<sup>852</sup>. Zamiar ten jest uwarunkowany brzmieniem powyższego przepisu, gdyż podżegacz chce, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego. Co więcej, ku temu rozwiązaniu skłania istota pojęcia „nakłaniać”<sup>853</sup>. W związku z tym, nakłanianiem jest oddziaływanie na wolę innego człowieka (innych osób) celem wywołania decyzji po ich stronie, dotyczącej popełnienia czynu zabronionego. Czynność ta powinna przybrać określoną formę, jak i również być skierowana do oznaczonego człowieka, a także zawierać konkretną treść. W konsekwencji nawoływanie do tłumu na wiecu nie spełni powyższych wymogów<sup>854</sup>. Podobnie należy ocenić sytuację, gdy ktoś udostępnia np. w mediach społecznościowych odezwę, która nie ma skonkretyzowanej treści, aczkolwiek w przypadku, gdy tego rodzaju odezwa zostanie udostępniona w ramach ekskluzywnej dla osób postronnych przestrzeni internetowej, wówczas można mówić o zamkniętym katalogu adresatów treści, a sąd jest zobligowany do jej oceny *ad casum*. Tego rodzaju rozwiązanie przyczynia się do prawidłowego wypełnienia funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego oraz wyraża subsydiarny charakter prawa karnego. Natomiast nie należy

---

<sup>851</sup> Więcej na temat konsekwencji przyjęcia tego rozwiązania a treścią art. 10 § 2 k.k.: M. Kulik, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa. Art. 18* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 122.

<sup>852</sup> Patrz: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 109.

<sup>853</sup> Patrz: S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. K-Ó, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 800.

<sup>854</sup> Tak też: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 110.

rozpatrywać jako podżeganie przypadku, gdy osoba nakłania do popełnienia przestępstwa kogoś, kto miał już uprzednio zamiar jego popełnienia. W tej sytuacji może nastąpić usiłowanie nieudolne, zwłaszcza gdy nakłaniający nie jest świadomym istnienia u nakłanianego zamiaru dokonania czynu zabronionego albo będzie to forma przemocy psychicznej – jeżeli umacnia sprawcę w powziętym uprzednio przez niego zamiarze dokonania czynu zabronionego<sup>855</sup>. Jednakże należy zaznaczyć, że nakłaniający, w przeciwieństwie do nakłanianej osoby musi być świadomy faktu, że czyn jest zabroniony pod groźbą kary<sup>856</sup>. Oczywiście, forma nakłaniania pozostaje dowolna, może być to np. naleganie, prośba, obietnica korzyści<sup>857</sup>. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok SN z 3 kwietnia 2006 r. (V KK 316/05): „Zlecenie innej osobie wykonania czynu zabronionego, także w wyniku przyjęcia >>oferty<< osoby wyrażającej gotowość jego dokonania, może wypełniać znamię czynności sprawczej podżegania jako zjawiskowej formy popełnienia przestępstwa określonej w art. 18 § 2 k.k.”<sup>858</sup>. Przenosząc przedstawiony pogląd na grunt art. 191a § 1 k.k., nietrudno sobie wyobrazić, gdy osoba celem zebrania upokarzających informacji np. na temat życia partnera biznesowego, zleca osobie trzeciej wykonanie utrwalenia jego wizerunku w warunkach realizujących zespół znamion analizowanego przestępstwa. Z tej racji wyżej przytoczone rozstrzygnięcie zasługuje na pełne poparcie. Chociaż *prima facie* zachowanie w formie podżegania może kojarzyć się co najmniej z pośrednią formą nacisku, to włączenie zachowania w postaci „złożenia oferty” w zakres desygnatów pojęcia podżeganie jest zgodne z wykładnią funkcjonalną prawa, a także przyczynia się do prawidłowego wypełnienia funkcji ochronnej prawa karnego.

O ile wydaje się, że powyżej zaprezentowana kwestia nie wywołuje kontrowersji, to w doktrynie, jak i judykaturze występują rozbieżne opinie na temat charakteru podżegania i związanego z nim zagadnienia skutku. Pierwszy z poglądów zakłada, że podżeganie wyróżnia się formalnym charakterem. W ramach niego dokonanie wiąże się z ukończeniem czynności sprawczej, która polega na nakłanianiu. W rezultacie nie jest wymagane, by osoba nakłaniana rozpoczęła realizację czynu zabronionego, ani nawet

---

<sup>855</sup> Patrz: K. Wiak, *op. cit.*, s. 207.

<sup>856</sup> Patrz: V. Konarska-Wrzosek, *op. cit.*, s. 144. Tak też: wyrok SA w Krakowie z 09.02.2011 r., II AKa 103/10, Prok. i Pr. – wkł, 2011, Nr 11, poz. 28.

<sup>857</sup> Tak też: A. Marek, *op. cit.*, s.73, B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 233.

<sup>858</sup> Wyrok SN z 03.04.2006 r., V KK 316/05, OSNKW 2006, Nr 5, poz. 18, z glosą P. Pętasa, GSP – Prz. Orz. 2007, Nr 1, s. 151-158.

powzięła taki zamiar<sup>859</sup>. Drugie stanowisko zakłada, że podżeganie cechuje materialny charakter, którego skutek utożsamiany jest z dokonaniem czynu zabronionego przez osobę nakłanianą. Tego rodzaju rozwiązanie jest poparte brzmieniem art. 22 § 1 k.k. Wedle niego, jeżeli czynu zabronionego usiłowano tylko dokonać, podżegacz „odpowiada jak za usiłowanie”<sup>860</sup>. Z kolei trzecia koncepcja zakłada również materialny charakter podżegania, jednakże wymaga ona względem dokonania wystąpienia rezultatu w postaci powzięcia decyzji przez inną osobę (nakłonienia innej osoby) w przedmiocie popełnienia czynu zabronionego<sup>861</sup>. Wydaje się, iż prawidłowym założeniem w tym przypadku mogłaby się okazać ostatnia z prezentowanych koncepcji, gdyż uwzględnia ona założenia celowościowej wykładni prawa, ponieważ z uwagi na istotę zachowania w postaci podżegania, należy przyjąć, iż charakteryzuje je skutkowy charakter. Co więcej, służy ona prawidłowemu wypełnieniu funkcji gwarancyjnej prawa karnego, gdyż zapobiega nadmiernemu rozszerzeniu zakresu zachowań podlegających kryminalizacji.

W tym miejscu wypada zaznaczyć, iż istnieje możliwość zarówno tzw. podżegania, jak i pomocnictwa łańcuszkowego. Ich istota sprowadza się do podżegania do podżegania oraz podżegania do pomocnictwa. Jednakże nawiązując do powyższych stwierdzeń należy zaznaczyć, że art. 18 § 2-3 k.k. odnosi się do czynu zabronionego. Podżeganie i pomocnictwo dotyczą wyłącznie (poza przypadkami podżegania lub pomocnictwa stanowiącymi *sui generis*) czynów zabronionych uregulowanych w części szczególnej k.k. Instytucja podżegania nie stanowi przestępstwa. Dlatego należy zgodzić się poglądem<sup>862</sup>, iż SN w uzasadnieniu do wyroku z 27 listopada 2006 r. (III KK 156/06) błędnie używa sformułowania „(...) podżeganie jest przestępstwem”<sup>863</sup>. Przede wszystkim przesądza o tym literalne brzmienie art. 18 § 2-3 k.k. Co więcej systematyka k.k. również stanowi wskazówkę interpretacyjną dla całokształtu przepisów ujętych w niniejszej ustawie. Należy przyjąć, intencjonalność ustawodawcy w umieszczeniu tych konstrukcji prawnych w jednostce zatytułowanej – „Część ogólna”. W końcu względy celowościowe, w szczególności ujawniające się na etapie subsumpcji prawa przesądzają o nieskuteczności kwalifikacji podżegania lub pomocnictwa jako odrębnego

---

<sup>859</sup> Patrz: A. Liszewska, *Współdziałanie...*, *op. cit.*, s. 118. Tak też: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 109, postanowienie SN z 03.08.2006 r., III KK 445/05, OSNwSK 2006, poz. 1533. Por. Uchwała SN (7) z 21.10.2003 r., I KZP 11/03, OSNKW 2003, Nr 11-12, poz. 89.

<sup>860</sup> Patrz: K. Wiak, *op. cit.*, s. 206. Tak też: A. Wąsek, *Rozdział II...*, *op. cit.*, s. 264.

<sup>861</sup> Patrz: J. Giezek, *Rozdział II Formy popełnienia przestępstwa* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część ogólna. Komentarz*, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 170.

<sup>862</sup> Patrz: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 110.

<sup>863</sup> Wyrok SN z 27.11.2006 r., III KK 156/06, OSNwSK 2006, poz. 2264.

przestępstwa. Niewątpliwie zachowanie sprawcy (potencjalna realizacja zespołu znamion czynu zabronionego) pozostaje w relacji do art. 18 § 2-3 k.k., aczkolwiek bez ściśle oznaczonego zachowania sprawcy, przepisy te, jako autonomiczna regulacja, nie znajdują zastosowania.

Przechodząc do kwestii praktycznych w związku z prawidłowym przypisaniem formy zjawiskowej przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., popełnionego przez określoną osobę, warto wskazać wyrok SO w Częstochowie z 9 listopada 2016 r. (II K 104/16)<sup>864</sup>. Czyn rozpatrywany w ramach niniejszego orzeczenia został m.in. zakwalifikowany jako art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 191a § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. Jednakże okoliczności z powyższego stanu faktycznego pozwalają na rozważenie czy zachowanie poszczególnych osób zostało zaszeregowane prawidłowo z uwagi na formę zjawiskową przestępstwa. Na wstępie należy zaznaczyć, iż rozwiązanie przyjęte przez SO w Częstochowie jest uzasadnione. Warto podkreślić, iż Sąd ma pełny dostęp do akt sprawy, w tym materiału dowodowego, a więc możliwe jest, że pewne niejasności mogą wynikać ze zwięzłej formy opisu stanu faktycznego, którą zwykło przyjmować się w wyrokach sądów. Przede wszystkim godnym uwagi jest fakt, iż oskarżony (G. P. (1)) działał wspólnie i w porozumieniu z nastoletnimi sprawcami i posłużył się przemocą. Następnie (Sąd opisując to samo zachowanie, wykorzystał odmienną nomenklaturę) „nakłonił ustalonego nieletniego do utrwalenia na telefonie komórkowym wizerunku nagiego A. K. (2) bez jego zgody” lub „S. P. poprosił G. P. (1), aby ten nie bił A. K. (2), z uwagi na fakt, iż zgodnie z poleceniem G. P. (1) zamierza nagrać nagą ofiarę”<sup>865</sup>. Zgodnie z terminologią prawniczą prezentowaną zarówno w orzecznictwie, jak i judykaturze<sup>866</sup> termin „nakłanianie” stosuje się do podżegania, natomiast pojęcie „polecenie” odnosi się do sprawstwa polecającego. Informacje, które wynikają z treści rozstrzygnięcia, umożliwiałyby kwalifikację zachowania jako sprawstwo polecające. Przede wszystkim wskazywałyby na to okoliczność wydania polecenia przez oskarżonego, aby bezpośredni wykonawca utrwalił wizerunek. Zatem G. P. (1) zachował się jak sprawca polecający. Takie zaszeregowanie będzie zasadne, po przeprowadzeniu analizy charakteru relacji łączącej oskarżonego z pozostałymi sprawcami, aczkolwiek jedynie w sytuacji, gdy można mówić o uzależnieniu osoby utrwalającej wizerunek

---

<sup>864</sup> Wyrok SO w Częstochowie z 09.11.2016 r., II K 104/16, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/\\$N/151510000001006\\_II\\_K\\_000104\\_1016\\_Uz\\_2016-11-09\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/$N/151510000001006_II_K_000104_1016_Uz_2016-11-09_002), [dostęp 20.01.2021 r.].

<sup>865</sup> *Ibidem*.

<sup>866</sup> Więcej na ten temat: 6.2 *Formy zjawiskowe przestępstwa*.



względem oskarżonego. Utrwalający wizerunek jest osobą nastoletnią, więc istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że jego rozwój psychofizyczny nadal trwa, w dodatku G. P. (1) posługuje się w trakcie całego zajścia nożem, wobec czego na podstawie powyższych informacji nie można wykluczyć, iż między mężczyznami występowało tego rodzaju uzależnienie. Kolejną możliwością jest przypisanie osobie utrwalającej wizerunek nagiego pokrzywdzonego działania w charakterze sprawcy sukcesywnego, gdyż zrealizował on drugie z dwóch znamion wymaganych do dokonania przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. w wariancie bezprawnego utrwalania wizerunku osoby.

Powracając do rozważań na temat poszczególnych form zjawiskowych przestępstwa, należy nadmienić, że w art. 18 § 3 k.k. została umieszczona regulacja odnosząca się do pomocnictwa. Sprowadza się ono do ułatwienia popełnienia czynu zabronionego. Element podmiotowy<sup>867</sup> pomocnictwa został wyrażony w słowie „zamiar”. Przesądza on o umyślności czynu. Może on być popełniony zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Natomiast elementem przedmiotowym jest ułatwienie dokonania popełnienia czynu zabronionego<sup>868</sup>. W rezultacie zachowanie to może przybrać postać działania lub zaniechania. Pomocnictwo przez zaniechanie zachodzi wówczas, gdy osoba wbrew prawnemu szczególnemu obowiązkowi niedopuszczenia do przestępstwa swoim zachowaniem ułatwia innej osobie popełnienie czynu zabronionego<sup>869</sup>.

Jeżeli chodzi o formy, które może przybrać pomocnictwo, ustawodawca nie dokonał w tym zakresie dookreślenia. Innymi słowy, katalog postaci pomocnictwa nie jest zamknięty – świadczy o tym sformułowanie „w szczególności”. Ta forma zjawiskowa może przejawiać się zarówno w formie fizycznej, jak i psychicznej. Pierwsza z nich to np. dostarczenie osobie narzędzia lub środka przewozowego. Ustawodawca posłużył się w art. 18 § 3 k.k. pojęciem „narzędzie”. Wedle słownika języka polskiego przez termin ten należy rozumieć „(...) urządzenie proste lub złożone umożliwiające wykonanie jakiejś czynności lub pracy; przyrząd, instrument (...)”<sup>870</sup>. Druga z wymienionych fizycznych form pomocnictwa polega na dostarczeniu środka przewozowego. W słowniku języka polskiego wyraz „środek” został wytłumaczony jako

---

<sup>867</sup> Więcej na temat podmiotowego aspektu pełnomocnictwa: wyrok SN z 29.06.2012 r., II AKa 207/12, LEX nr 1220213.

<sup>868</sup> Więcej na ten temat: wyrok SN z 21.01.2014 r., IV KK 251/13, OSNKW 2014, nr 8, poz. 63.

<sup>869</sup> T. Bojarski, *op. cit.*, s. 111.

<sup>870</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. K-Ó, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 839. Tak też: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 111.

„(...) coś, co umożliwia lub ułatwia jakieś działanie, realizację jakichś zadań (...) sposób, metoda służące osiągnięciu zamierzonego celu (...)”<sup>871</sup>. Z kolei słowo „przewóz” oznacza „(...) przewiezienie albo przewożenie kogoś lub czegoś z jednego miejsca na drugie, transport osób lub rzeczy drogą lądową, wodną lub powietrzną (...)”<sup>872</sup>. Niniejsze określenie sprowadza się do każdego środka przewozu, bez względu na stopień jego technicznej nowoczesności. Kluczową kwestią jest, aby ten środek ułatwiał wykonanie czynu zabronionego. Dlatego jako dostarczenie środka przewozowego należy poczytać również sytuację dowiezienia odpowiedniego urządzenia niezbędnego do realizacji czynu zabronionego albo wywiezienia wykradzionych materiałów. Jednakże T. Bojarski poddaje w wątpliwość zaszerogowanie użyczenia sprawcom środka przewozu po to, aby mogli przemieścić się z miejsca na miejsce bez korzystania z komunikacji miejskiej. Meritum pomocnictwa zawiera się w dostarczeniu narzędzia lub środka po to, aby ułatwić wykonanie czynu zabronionego, a nie zapewnić wygodę sprawcom<sup>873</sup>. Trudno nie przyznać T. Bojarskiemu racji, aczkolwiek przedstawione zagadnienie wydaje się bardziej skomplikowane. Otóż w wielu przypadkach zaprezentowane zdanie będzie trafnym rozwiązaniem, jednakże każdy stan faktyczny należy rozpatrywać *in concreto*, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności towarzyszących popełnionemu czynowi. Bez trudu można bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy czynnikiem wpływającym na proces decyzyjny sprawców w przedmiocie dokonania czynu zabronionego są właśnie warunki sprzyjające podjęciu zachowania. Zdarza się bowiem tak, że sprawcy uświadamiając sobie, iż konkretne zamierzenie musi zostać poprzedzone określonym wkładem, np. fizycznym lub logistycznym, rezygnują z powziętego działania. Z tego powodu, stworzenie dogodnych warunków do realizacji znamion czynu zabronionego może stanowić w istocie pomocnictwo. Każdorazowo sąd jest zobowiązany ocenić na podstawie całokształtu dowodowego, czy również wobec braku dogodniejszych warunków dla popełnienia przestępstwa, sprawca w ścisłym znaczeniu zachowałby się w sposób realizujący znamiona rozpatrywanego czynu.

W ramach jednego czynu może występować więcej niż jeden pomocnik. Pozostaje bez znaczenia, czy mieli oni świadomość o roli pozostałych osób. Ponadto

---

<sup>871</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. P-Ś, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 1590.

<sup>872</sup> *Ibidem*, s. 758.

<sup>873</sup> Patrz: T. Bojarski, *op. cit.*, s. 112.

pomocnictwo w ujęciu psychicznym<sup>874</sup> może przybrać postać udzielenia rady lub informacji, np. o zabezpieczeniu sklepu, o zapasowym wyjściu, o godzinach pracy pracowników ochrony. Jednakże bez względu na liczbę pomocników, zachowanie w ramach pomocnictwa jest skierowane wobec „innej osoby”<sup>875</sup>. Założenie to stanowi bezpośrednią implikację właściwości analizowanego znamienia. Natomiast w postanowieniu SN z 9 czerwca 2004 r. (IV KK 407/03) zostało zawarte, że na sądzie spoczywa wymóg stwierdzenia, iż istniała indywidualnie oznaczona osoba (lub krąg oznaczonych osób), aczkolwiek bez konieczności ustalania personaliów<sup>876</sup>. Treść powyższego rozstrzygnięcia przyczynia się do prawidłowego wypełnienia funkcji ochronnej prawa karnego w kontekście regulacji z art. 191a § 1 k.k. Brak wymogu ustalania personaliów z pewnością zwiększa stopień efektywności stosowania niniejszej regulacji. Dynamiczny rozwój Internetu w kontekście narzędzia służącego do rozpowszechniania treści, a w tym również duży wkład mediów społecznościowych pozwala założyć, że coraz częściej będzie dochodziło do przypadków, gdy osoby współdziałające nie będą znały swoich personaliów. Z kolei obecne możliwości w przedmiocie zacierania śladów cyfrowych powodują, iż przyjęcie wymogu ustalenia personaliów w tym przypadku mogłoby prowadzić do zbędnego wydłużenia czasu toczącego się postępowania, a tym samym finalnie prowadzić do przedawnienia karalności. W następstwie na etapie subsumpcji prawa doszłoby do zniweczenia założeń zarówno funkcji sprawiedliwościowej, jak i ochronnej prawa karnego. Jednakże analizując powyższe zagadnienie, należy jeszcze raz podkreślić, iż pomocnictwo ma charakter umyślny. W odmiennym przypadku odpowiedzialność pomocnika za udział w przestępstwie zostałaby nadmiernie rozszerzona, co jest zauważalne podczas charakteryzowania niniejszej kwestii.

Warto również odnieść się do szczegółowego problemu dotyczącego kwalifikacji określonego zachowania jako omawianej formy zjawiskowej. Może mieć miejsce stan faktyczny, gdy np. kobieta zwierza się przyjaciółce z rozpadu związku spowodowanego zdradą partnera. Przyjaciółka zaczyna sugerować, iż owego mężczyznę powinna spotkać kara za jego postępowanie, że jest on okropnym człowiekiem, który zasługuje na to, aby spotkało go coś złego. Zdradzona kobieta zaczyna myśleć o słowach przyjaciółki,

---

<sup>874</sup> Więcej na temat pomocnictwa w ujęciu psychicznym: postanowienie SN z 19.12.2007r., V KK 101/07, KZS 2008, z. 4, poz. 23.

<sup>875</sup> K. Wiak, *op. cit.*, s. 209.

<sup>876</sup> Postanowienie SN z 09.06.2004 r., IV KK 407/03, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 1130.

stwierdza, że powinna się zemścić za zachowanie byłego partnera i decyduje się na przesłanie drogą e-mail zdjęć z przedmiotem jego wizerunku w stanie nagości do jego partnerów biznesowych. W tym przypadku nie sposób zaklasyfikować zachowania przyjaciółki jako podżeganie, gdyż ustawodawca posługując się zwrotem „kto chcąc”, przesądził o umyślności tej formy (w zamiarze bezpośrednim). Jednocześnie nie można zakładać, że przyjaciółka działała umyślnie z zamiarem nakłonienia do popełnienia przestępstwa, ponieważ wypowiedziane przez nią słowa nie zawierają tego rodzaju sugestii. Jednakże należy rozważyć, czy wypowiedź ta nie stanowiła swoistego bodźca dla sprowokowania zachowania kobiety. Jeżeli przyjąć założenie, iż w istocie tak było, to wyłania się kolejna problematyczna kwestia. Mianowicie, czy działanie przyjaciółki może być uznane za przejaw pomocnictwa w szczególności, warto zastanowić się, czy słowa te stanowią radę.

Treść art. 18 § 3 k.k. przesądza o umyślności jako jedyne, możliwego wariantu strony podmiotowej z uwagi na analizowaną formę niesprawczą przestępstwa (zwrot „w zamiarze”), aczkolwiek dopuszczalny jest zarówno zamiar bezpośredni, jak i ewentualny. Z tej racji zachowanie przyjaciółki zdradzonej kobiety może być rozpatrywane jako pomocnictwo popełnione w zamiarze ewentualnym. Jednak nie można pomijać sensu funkcji gwarancyjnej prawa karnego, jego subsydiarnego charakteru oraz podstawowej zasady z niego wynikającej - zasady domniemania niewinności. W rezultacie, jeżeli nie jest możliwym jednoznaczne przypisanie zamiaru ewentualnego ze względu na występujące wątpliwości co do charakteru działania, nie można uznać analizowanego zachowania za pomoc w popełnieniu przestępstwa. Chociaż z uwagi na złożoność zagadnienia, wielość możliwości konstruowania wypowiedzi oraz form werbalnego przekazywania komunikatów, każdy przypadek wymaga odrębnego rozpatrzenia.

Czas realizacji czynu zabronionego jest granicą pomocnictwa. Jego istota sprowadza się do ułatwienia popełnienia czynu zabronionego. Konsekwencją takiego założenia jest fakt, iż pomocnictwo może być realizowane przed lub w trakcie dokonywania czynu. W przypadku przestępstwa trwałego, w którym stan przestępny trwa jakiś czas, pomocnictwo jest możliwe jedynie do momentu ustania tego stanu<sup>877</sup>. Co więcej, zgodnie z wyrokiem SA w Warszawie z 19 października 2010 r. (II AKa 300/15): „Dla odpowiedzialności pomocnika nie ma znaczenia okoliczność, czy jego zachowanie

---

<sup>877</sup> T. Bojarski, *op. cit.*, s. 112-113.

rzeczywiście ułatwiło innej osobie popełnienie przestępstwa, a ważne jest, czy według jego zamiaru miało to ułatwić”<sup>878</sup>.

Przechodząc do granic zagrożenia ustawowego w przypadku podżegania oraz pomocnictwa, należy nadmienić, że w art. 19 k.k. została zawarta reguła, wedle której za obydwie formy zjawiskowe przestępstwa przewidziane są takie same ustawowe zagrożenia jak za sprawstwo. Stanowi to przejaw równorzędności wszystkich form współdziałania z uwagi na popełnienie przestępstwa<sup>879</sup>. Cenne wskazówki w tej kwestii zawiera również wyrok SA we Wrocławiu z 27 września 2013 r. (II AKa 282/13): „Współsprawstwo obejmuje tylko zachowania przejawiające się uczestnictwem w realizacji przestępstwa, w chwili jego wykonania i nie obejmuje zachowań ułatwiających lub umożliwiających jego dokonanie, podejmowanych przed lub po realizacji znamion wspólnego czynu. Są to zachowania właściwe dla współdziałającego w formie pomocnictwa”<sup>880</sup>. W razie kwalifikacji prawnej czynu stanowiącego podżeganie lub pomocnictwo do przestępstwa należy uwzględnić przepisy o podżeganiu lub pomocnictwie. Warto dodać, iż wymiar kary w odniesieniu do powyższych form zjawiskowych przestępstwa kształtuje się w granicach sankcji przewidzianej za czyn zabroniony, do którego popełnienia osoba nakłaniała lub którego popełnienie ułatwiała. Sąd wymierzając karę za podżeganie lub pomocnictwo, kieruje się dyrektywami wymiaru kary uregulowanymi w art. 53 § 1 k.k. i art. 54 k.k. W opinii T. Bojarskiego, podżeganie i pomocnictwo zwykle zasługują na niższy wymiar kary, aniżeli sprawstwo w ścisłym znaczeniu<sup>881</sup>. Jednakże przedstawiciel doktryny czyni zastrzeżenie, że każdy przypadek wymaga indywidualnego rozpatrzenia<sup>882</sup>.

Ustawodawca w art. 19 § 2 k.k. uwzględnił możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary za pomocnictwo. Kształt niniejszej regulacji wyraża pełną swobodę sądu w kwestii złagodzenia wymiaru kary dla pomocnika, gdyż ustawa nie przewiduje w tym przypadku określonych warunków, kiedy może być ona stosowana. W związku z tym jedynym kryterium determinującym możliwość jej uwzględnienia jest popełnienie przestępstwa w zjawiskowej postaci<sup>883</sup>. To rozwiązanie służy zróżnicowaniu oceny

---

<sup>878</sup> Wyrok SA w Warszawie z 19.10.2010 r., II AKa 300/15, LEX nr 1950299.

<sup>879</sup> Patrz: P. Kardas, *Art. 19. Rozdział. II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 474.

<sup>880</sup> Wyrok SA we Wrocławiu z 27.09.2013 r., II AKa 282/13, LEX nr 1392137.

<sup>881</sup> T. Bojarski, *op. cit.*, s. 113.

<sup>882</sup> *Ibidem*. Tak też: Wyrok SA w Katowicach z 06.05.2009 r. (II AKa 394/08), LEX nr 519646.

<sup>883</sup> B.J. Stefańska, *op. cit.*, s. 235.

pomocnictwa oraz podżegania, przy wymiarze kary dla podżegacza nie można skorzystać z tej instytucji. Należy zgodzić się ze zdaniem T. Bojarskiego, jest to błędne stanowisko, pomimo faktu, że podżegacz dąży do wywołania u innej osoby decyzji woli w przedmiocie popełnienia czynu zabronionego, a pomocnik jedynie wspiera decyzję, którą sprawca uprzednio podjął, to jest to wedle powyższego autora, spojrzenie zupełnie oderwane od rzeczywistego znaczenia roli pomocnika i podżegacza w określonych okolicznościach. Nie powinno się zakładać, że wszystkie przypadki pomocnictwa w przeciwieństwie do podżegania zasługują na nadzwyczajne złagodzenie kary. Sprawę nadzwyczajnego złagodzenia kary rozwiązuje art. 60 § 2 k.k.<sup>884</sup>. W tym miejscu wydaje się wartym przytoczenia wyrok SA w Lublinie z 18 grudnia 2013 r. (II AKa 237/12), gdyż została w nim zawarta trafna ocena celu regulacji art. 19 § 2 k.k. z wyszczególnieniem względów praktycznych<sup>885</sup>. Mianowicie, „(...) fakultatywny charakter nadzwyczajnego złagodzenia kary za pomocnictwo pozostawia organom stosującym prawo znaczną swobodę w ocenie stopnia bezprawia pomocnictwa. Możliwe jest zatem zarówno nadzwyczajne złagodzenie kary za pomocnictwo oparte na przypisaniu tej postaci czynu zabronionego, zwłaszcza wówczas, gdy sąd uzna, iż z uwagi na znaczenie działania lub zaniechania będącego ułatwieniem innej osobie popełnienia czynu zabronionego wymierzenie kary w dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za sprawstwo byłoby niewspółmiernie surowe. Zarazem jednak, jeżeli w konkretnym przypadku sąd uzna, że istnieją okoliczności wskazujące na istotną rolę pomocnika lub przesądzające o szczególnym stopniu bezprawia jego zachowania, wówczas nie ma przeszkód w wymierzeniu kary w granicach przewidzianych za sprawstwo”<sup>886</sup>.

---

<sup>884</sup> T. Bojarski, *op. cit.*, s. 113. Por. A. Marek, *op. cit.*, s. 76.

<sup>885</sup> Wyrok SA w Lublinie z 18.12.2013 r., II AKa 237/12, [II AKa 237/13 - Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie - LEX \(lodz.pl\)](#), [dostęp: 20.01.2021].

<sup>886</sup> *Ibidem*.

## Rozdział VII

### Przepisy pozostające w zbiegu z art. 191a § 1 k.k.

Przed przejściem do analizy, które z przepisów pozostają w zbiegu z art. 191a § 1 k.k., wypada zaznaczyć, że wedle art. 11 § 1 k.k., ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo<sup>887</sup>. Sprawca nie może zostać skazany za co najmniej dwa przestępstwa na podstawie jednego czynu<sup>888</sup>. Jednakże, w praktyce często można spotkać się z przypadkiem, gdy kilka czynów będzie stanowiło podstawę odpowiedzialności karnej za jedno przestępstwo, jednakże wówczas zajdzie pozorny zbieg przestępstw. Ponadto słusznie zaznacza J. Lachowski, iż k.k. nie precyzuje kryteriów czynu będącego w istocie podstawą odpowiedzialności karnej. Zdaniem przedstawiciela doktryny: „(...) wnioskowanie o jednym czynie znajduje podstawę w treści przepisu określającego typ czynu zabronionego. (...) To treść czynności czasownikowej oraz przyłożenie do niej zachowania sprawcy w konkretnym przypadku decydują o tym, czy mamy do czynienia z jednym, czy z wieloma czynami”<sup>889</sup>. W rezultacie, jedno zachowanie sprawcy należy zaszeregować jako jeden czyn. Jednak również kilka zachowań sprawcy może być traktowane w ramach karnoprawnego porządku jako jeden czyn. Dlatego, przy zachowaniu określonych kryteriów, wielość zachowań może składać się na jeden czyn w rozumieniu prawa karnego. Mianowicie musi je łączyć ścisły związek czasowo-sytuacyjny. Natomiast, wielość czynów nie jest zdeterminowana przez wielość spowodowanych przez sprawcę skutków lub wielość pokrzywdzonych, jak i wielość dóbr prawnych, które sprawca naruszył swoim zachowaniem. Jednak o wielości czynów może decydować wielość przedmiotów czynności wykonawczej, za jednością czynu może przemawiać jedność zamiaru sprawcy oraz jedność impulsu woli<sup>890</sup>. Istotną z uwagi na strukturę przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. jest treść wyroku SN z 3 czerwca 2009 r. (II KK 28/09), gdzie Sąd opowiedział się za ujmowaniem kontinuum zachowania, które wypełnia ustawowe znamiona dwóch czynów zabronionych w ramach jednego czynu zabronionego, stanowiącego przedmiot

---

<sup>887</sup> Więcej na ten temat: Wyrok SA we Wrocławiu z 21.01.2001 r., II AKa 13/01, OSA 2001, Nr 6, poz. 36, M. Kulik, A. Wąsek, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 11* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 68.

<sup>888</sup> Więcej na temat kryteriów jedności czynu: M. Kulik, A. Wąsek, *op. cit.*, s. 68-69, J. Giezek, *Art. 11 k.k. Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część ogólna. Komentarz*, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 82, M. Kulik, A. Wąsek, *op. cit.*, s. 69, wyrok SN z.08.1972 r., V KRN 299/72, OSNKW 1973, nr 1, poz. 7.

<sup>889</sup> J. Lachowski, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 11* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2018, Wolters Kluwer, s. 92.

<sup>890</sup> *Ibidem*, s. 93.

kwalifikacji prawnej<sup>891</sup>. Wypada podkreślić, iż analizowane przestępstwo może zostać popełnione w trzech wariantach (w kontekście zakresu czynności sprawczej). Przyjęte rozwiązanie upraszcza kwalifikację prawną zachowania sprawcy w przypadku, gdy sprawca używając przemocy lub groźby bezprawnej ingeruje w procesy motywacyjne pokrzywdzonego w stopniu tak wysoce natężonym, że jest w stanie wywrzeć wpływ na jego zachowanie również w pewnym odstępie czasowym. Taka okoliczność będzie miała miejsce np. wówczas, gdy sprawca grozi spowodowaniem postępowania karnego względem pokrzywdzonego i sugeruje mu, że ma mu pozować w stanie nagości na każde jego polecenie. W następstwie powyżej przytoczone orzeczenie zawiera rozwiązanie, które przyczynia się do prawidłowego wypełnienia sprawiedliwościowej oraz ochronnej funkcji prawa, gdyż służy ono oddaniu całokształtu ładunku bezprawia określonego zachowania, a także usprawnia prawidłowe wyznaczenie odpowiedzialności karnej, finalnie prowadząc do przypisania właściwej podstawy prawnej dla oceny oznaczonego zachowania. Oczywiście należy przy tym zastrzec, iż jeżeli czyn wypełnia znamiona co najmniej dwóch typów przestępstw, należy najpierw ustalić czy faktycznie dla pełnej charakterystyki czynu sprawcy w celu oddania wspomnianego już ładunku bezprawia powinno się powołać więcej niż jeden przepis ustawy karnej<sup>892</sup>.

Przechodząc do poszczególnych rodzajów zbiegów przepisów, nie sposób pominąć zbiegu pozornego, którego istotę w syntetyczny sposób ujmuje J. Giezek wskazując, że jest to sytuacja, gdy „(...) tym samym czynem sprawca wyczerpuje znamiona określone w jednym tylko przepisie, lecz odnosimy wrażenie, że nieuniknione było również zrealizowanie znamion innego przepisu, *prima facie* ujętego bardziej ogólnie”<sup>893</sup>. Ponadto przepisy, które dotyczą podstawowego typu przestępstwa i jego odmian wyrażają jedną i tę samą normę sankcjonowaną, natomiast formułują różne normy sankcjonujące<sup>894</sup>. Jednakże zbieg pozorny przepisów obecnie nie odnosi się do treści regulacji art. 191a k.k., z tego powodu jego istnienie zostało wyłącznie zasygnalizowane, a jego konstrukcja oraz znaczenie pozostaje poza zakresem niniejszego

---

<sup>891</sup> Wyrok SN z 03.06.2009 r., II KK 28/09, OSNSK 2009, poz. 1240.

<sup>892</sup> Patrz: M. Błaszczuk, *I. Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 317.

<sup>893</sup> J. Giezek, *op. cit.*, s. 83. Więcej na ten temat: A. Zoll, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 194-195. Por. T. Bojarski, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 84, A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters, Kluwer, Warszawa 2010, s. 52, M. Błaszczuk, *op. cit.*, s. 323, Ł. Pohl, *Art. 11. Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 191.

<sup>894</sup> Patrz: *ibidem*.



opracowania. Kolejnym rodzajem zbiegu przepisów jest zbieg rzeczywisty, który może przyjąć postać:

1. zbiegu niewłaściwego (pomijalnego) – zastosowanie będzie miała jedna z dwóch reguł wyłączania wielości oceny (zasada subsydiarności lub zasada konsumpcji),
2. zbiegu właściwego – w razie niezastosowania jednej z reguł wyłączania wielości ocen dochodzi do przyjęcia konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów (art. 11 § 2 k.k.)<sup>895</sup>.

Kontynuując tematykę rodzajów zbiegu przepisów, wypada odnieść się do pojęcia zbiegu pomijalnego, który zdaniem A. Zolla charakteryzuje się tym, że ten sam czyn wypełnia kilka typów czynów zabronionych. Jednakże zakwalifikowanie czynu tylko z jednego przepisu oddaje jego całą zawartość kryminalną. Celem ustalenia, który przepis z pozostałych w zbiegu, wyłącza stosowanie pozostałych, należy sięgnąć do doktryny reguły wyłączania wielości ocen<sup>896</sup>.

W zakresie wskazanej doktryny można wyróżnić regułę subsydiarności (zasada *lex primaria derogat legi subsidiariae*) oraz regułę zwanej zasadą pochłaniania lub konsumpcji (*lex consumens derogat legi consumptae*). Reguła subsydiarności (zasada *lex primaria derogat legi subsidiariae* – przyp. red) dotyczy sytuacji, gdy pomiędzy zbiegającymi się przepisami występuje rodzaj stosunku, skutkujący zastosowaniem przepisu pomocniczego, gdy nie może być podstawą przepis pierwotny. Jeżeli, ustawodawca wskaże przepis pomocniczy, wówczas mamy do czynienia z subsydiarnością ustawową. Jej istota sprowadza się do wyłączenia przez ustawodawcę kumulatywnej kwalifikacji. Natomiast, subsydiarność milcząca stanowi przejaw dorobku doktryny<sup>897</sup>. Odnosi się ona do zbiegu przepisów, które określają narażenie dobra na niebezpieczeństwo i naruszenie tego samego dobra. Do jej zastosowania, niezbędne jest, aby istniała tożsamość dobra oraz przedmiotu bezpośredniego działania, jak i tożsamość strony podmiotowej czynu zabronionego. Okoliczność umyślnego narażenia na niebezpieczeństwo konkretnego dobra i nieumyślne jego naruszenie są rozpatrywane na podstawie art. 11 § 2 k.k.<sup>898</sup>. Kolejną z reguł objętych doktryną reguł wyłączających wielość ocen jest reguła konsumpcji (zasada *lex consumens derogat legi consumptae*). Słusznie J. Lachowski ujął problem w syntetyczny sposób stwierdzając, że opisywana

---

<sup>895</sup> Patrz: M. Kulik, A. Wąsek, *op. cit.*, s. 72.

<sup>896</sup> A. Zoll, *op. cit.*, s. 195. Tak też: J. Giezek, *op. cit.*, s. 83, J. Lachowski, *op. cit.*, s. 93. Por. M. Kulik, A. Wąsek, *op. cit.*, s. 73.

<sup>897</sup> Patrz: *ibidem*.

<sup>898</sup> Patrz: *ibidem*, s. 197.

zasada sprowadza się do sytuacji, gdy przepis konsumujący nie powieli znamion ustawowych przewidzianych w przepisie konsumowanym. Należy jednak zaznaczyć, że istotą przestępstwa uregulowanego w przepisie konsumującym jest stan rzeczy opisany przepisem konsumowanym. Dlatego, zawartość merytoryczna, rekonstrukcja treści, a także *ratio legis* przepisu konsumującego sprawia, że zawartość regulacji konsumowanej mieści się w przepisie konsumującym, pomimo faktu, iż przepis konsumowany wykorzystuje odmienne zwroty aniżeli przepis konsumujący<sup>899</sup>. Ponadto należy przyznać rację M. Mozgawie, iż w ramach reguły konsumpcji „(...) wtórną kwestią jest ocena, że stopień społecznej szkodliwości czynu ocenianego przez pryzmat przepisu pochłaniającego jest wyższy niż stopień społecznej szkodliwości czynu ocenianego z punktu widzenia przepisu pochłanianego”<sup>900</sup>. Wobec niniejszych założeń należy uznać, iż reguła konsumpcji zwykle wymaga, by podczas analizy określonych przepisów prawa zostały uwzględnione konkretne okoliczności sprawy<sup>901</sup>. Przenosząc powyższe wnioski na praktyczny grunt stosowania art. 191a § 1 k.k., warto nadmienić, że w przypadku użycia przez sprawcę groźby bezprawnej w ramach analizowanej regulacji, wystąpi zbieg pomijalny, którego istota sprowadza się do zastosowania zasady *lex consumens derogat legi consumptae*. Jako przepis konsumowany należy w tej sytuacji wskazać art. 190 k.k. Poza tym należy uznać, iż ten sam rodzaj zbiegu wystąpi na gruncie (na podstawie powyższej zasady) art. 191a § 1 k.k. z art. 191 § 1 k.k. (przestępstwo zmuszania). Będzie to miało miejsce, jeżeli czyn sprawcy przybierze postać utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej. Przepisem konsumowanym jest tutaj art. 191a § 1 k.k.<sup>902</sup>. Poza tym w praktyce stosunkowo często analizowany przepis prawa może wystąpić w zbiegu z art. 190a § 1 k.k. (przestępstwo nękania). Będzie miał on miejsce, gdy zachowanie określone zakresem art. 191a § 1 k.k. pełni rolę środka do wywołania skutku wskazanego w typie stalkingu. Jednak należy przychylić się do opinii, iż kształt konstrukcji znamion tego typu uniemożliwia definitywną konkretyzację przed etapem subsumpcji prawa definitywnie, czy w oznaczonym przypadku zajdzie zbieg rzeczywisty czy pozorny<sup>903</sup>. Co więcej, podobna

---

<sup>899</sup> Patrz: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 94. Por. A. Zoll, *op. cit.*, s. 197-198, J. Giezek, *op. cit.*, s. 87.

<sup>900</sup> M. Mozgawa, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 11* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 53.

<sup>901</sup> Tak też: Z. Gałązka, *Art. 11 k.k.* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 153.

<sup>902</sup> Tak też: M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1189.

<sup>903</sup> Patrz: M. Królikowski, A. Sakowicz, *op. cit.*, s. 613.

konstatacja nasuwa się w kwestii przyjęcia kwalifikacji kumulatywnej z uwagi na treść omawianej regulacji oraz art. 217 k.k. (przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej). Z tej racji należy zastanowić się nad słusznością opinii J. Kosonogi, iż pogląd zawarty w wyroku SN z 21 kwietnia 1978 r. (IV KR 98/78)<sup>904</sup>, w przedmiocie spowodowania uszkodzenia ciała, inaczej aniżeli naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.) „(...) nie mieści się z natury rzeczy w ramach przemocy użytej przez sprawcę zgwałcenia, można wprost odnieść do oceny zachowania sprawcy przestępstwa z art. 191a k.k. Stąd też brak będzie podstaw do przyjęcia kwalifikacji kumulatywnej art. 191a k.k. z art. 217 k.k.”<sup>905</sup>. Można bowiem wyobrazić sobie przypadek, gdy np. kobieta ciągnięta przez sprawcę za włosy, wskutek bólu poddaje się jego woli i „umożliwia” sprawcy utrwalenie własnego wizerunku w stanie nagości. Wypada nadmienić, iż celem oceny stopnia natężenia siły, z którym powinien działać sprawca, aby uniemożliwić opór lub go przełamać bądź też wpłynąć na kształtowanie woli zmuszanego lub nastawić procesy motywacyjne w pożądanym przez sprawcę kierunku, należy uwzględnić jego indywidualne właściwości, zwłaszcza próg odczuwanego bólu oraz odporność psychiczną (uwarunkowaną środowiskiem, w którym osoba przebywa, wydarzeniami z przeszłości itp.)<sup>906</sup>. Możliwe jest, że sprawca ukłuje pokrzywdzonego szpilką i uniemożliwi mu jakikolwiek opór, gdyż ofiara w dzieciństwie była torturowana przez wbijanie szpilek w jej ciało. Oczywiście każdorazowe przyjęcie, że zachowanie mieszczące się w treści art. 217 § 1 k.k. stanowi przejaw przemocy prowadziłoby do nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności karnej. W następstwie należy uznać, iż sąd jest każdorazowo zobowiązany do oceny oznaczonego zachowania *in concreto*. W związku z tym, jeżeli zachowanie wypełniające znamiona z art. 217 § 1 k.k. może być zakwalifikowane jako postać przemocy, wówczas możliwy jest zbieg pomijalny przepisów art. 217 k.k. i 191a k.k., do którego należy zastosować regułę konsumpcji. Oczywiście w roli przepisu konsumowanego będzie występował art. 217 § 1 k.k.

Przechodząc do zagadnienia właściwego zbiegu, wypada stwierdzić, iż wystąpi on, gdy ten sam czyn wyczerpuje znamiona typów czynów zabronionych skonkretyzowanych w co najmniej dwóch przepisach ustawy karnej. Jednocześnie nie sposób oddać w zakresie kwalifikacji prawnej zawartości bezprawia tego czynu, jeśli

---

<sup>904</sup> Patrz: Wyrok SN z 21.04.1978 r., IV KR 98/78, OSNKW 1978, z. 7-8, poz. 75.

<sup>905</sup> J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 240.

<sup>906</sup> Więcej na ten temat: 3.1 *Przemoc jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191a § 1 k.k.*

zostanie pominięty określony, pozostający w zbiegu przepis<sup>907</sup>. Jednakże z treści wyroku SN z 6 listopada 2006 r. (V KK 40/06) wynika, iż w przypadku, gdy czyn przypisany oskarżonemu zawiera znamiona sprawcze, opisane w przepisach określających różne typy czynów zabronionych, to wówczas przepisy te jako podstawa skazania – pozostaną w zbiegu kumulatywnym, także wtedy, gdy znamiona są częściowo identyczne<sup>908</sup>. W razie kumulatywnego zbiegu przepisów - właściwego zbiegu sąd skazuje za jedno przestępstwo na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów. Dla tak „stworzonego” przestępstwa sankcją karną jest sankcja przewidziana w przepisie uwzględniającym najsurowszą karę. Należy także zaznaczyć, iż granica orzeczonego wymiaru kary nie może być niższa, aniżeli dolna granica przewidziana w przepisie uwzględniającym karę łagodniejszą<sup>909</sup>. Ponadto sąd może orzec inne środki, jeżeli znajdują one odzwierciedlenie w treści zbiegających się przepisów (art. 11 § 3 k.k.)<sup>910</sup>. Ma to na celu oddanie pełnej zawartości kryminalnej czynu przy zastosowaniu kumulatywnej kwalifikacji. Kumulatywna kwalifikacja czynu zabronionego umożliwia ujawnienie w ramach kwalifikacji czynu zabronionego faktu, że ten sam czyn stanowi zamach na co najmniej dwa dobra prawem chronione<sup>911</sup>. Z kolei, jeżeli dwa przepisy przewidują identyczne zagrożenia, to w praktyce przyjęto, że w podstawie wymiaru kary powołuje się ten, który zawiera najwięcej elementów czynu sprawcy<sup>912</sup>. Odnosząc powyższe rozważania do kwestii rzeczywistego zbiegu art. 191a k.k. z innymi przepisami, warto rozpocząć analizę od relacji zachodzącej między tą regulacją a przepisami umiejscowionymi w *Rozdziale XXV k.k.* Struktura i specyfika przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., oraz fakt, że w określonych okolicznościach, możliwym jest wystąpienie dalszego przedmiotu ochrony w postaci wolności seksualnej stanowią dostrzegalną konsekwencję w kontekście możliwości wystąpienia rzeczywistego właściwego zbiegu przepisu art. 191a k.k. z art. 197 k.k. (przestępstwo zgwałcenia)<sup>913</sup>.

---

<sup>907</sup> Patrz: A. Zoll, *op. cit.*, s. 200. Więcej na ten temat: postanowienie SN z 04.12.2007 r., II KK 157/07, OSNwSK 2007, poz. 2756.

<sup>908</sup> Patrz: wyrok SN z 06.11.2006 r., V KK 40/06, OSNKW 2006, nr 12, poz. 117.

<sup>909</sup> Więcej na temat podstawy i sposobu orzekania grzywny kumulatywnej: Wyrok SA w Łodzi z 17.01.2013 r., II AKa 275/12, [http://orzeczenia.lodz.sa.gov.pl/content/\\$N/15250000001006\\_II\\_AKa\\_000275\\_2012\\_Uz\\_2013-01-17\\_001](http://orzeczenia.lodz.sa.gov.pl/content/$N/15250000001006_II_AKa_000275_2012_Uz_2013-01-17_001), [dostęp: 04.04.2020].

<sup>910</sup> Więcej na temat podstawy i sposobu orzekania środków karnych w razie kumulatywnego zbiegu przepisów: wyrok SN z 17.07.2002 r., III KK 165/02, OSNKW 2002, nr 9-10, poz. 68.

<sup>911</sup> Patrz: M. Kulik, A. Wąsek, *op. cit.*, s. 70-71. Więcej na temat motywów ustawodawcy w kontekście wprowadzenia instytucji kumulatywnego zbiegu przestępstw: M. Błaszczuk, *op. cit.*, s. 333.

<sup>912</sup> Więcej na temat niedostatków przyjętego rozwiązania: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 96.

<sup>913</sup> Tak też: M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej albo rozpowszechnianie takich treści (art. 191a k.k.)*, [w:] J. Warylewski (red.), System prawa

Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy np. sprawca utrwali wizerunek oznaczonej osoby podczas czynności seksualnej, wykorzystując w tym celu wobec pokrzywdzonego przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, stosując jednocześnie wymienione środki dla doprowadzenia do tego rodzaju czynności. Również z powyższych powodów nie można wykluczyć kumulatywnej kwalifikacji art. 191a k.k. z art. 198 k.k. (przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności innej osoby) lub z art. 199 k.k. (przestępstwo nadużycia stosunku zależności lub krytycznego położenia). Rzeczywisty zbieg wystąpi także w ramach art. 191a k.k. oraz 201 k.k.<sup>914</sup>. W następstwie wymienione powyżej powody, jak i założenia wykładni celowościowej sprawiają, iż uzasadnionym jest rozważenie *ad casum* w przedmiocie zbiegu art. 191a k.k. z przepisami zawartymi w *Rozdziale XXV k.k.*<sup>915</sup>. Oczywiście zbieg rzeczywisty w zakresie art. 197 k.k. – 201 k.k. z czynem z art. 191a k.k. ma również miejsce, gdy w tym samym czasie sprawca rozpowszechnia „na żywo” zapis czynności seksualnych (czynów z udziałem pokrzywdzonego). Z kolei, jeżeli zachowania te wystąpią w późniejszym czasie, to taką sytuację należy rozpatrywać w kategorii dwóch odrębnych czynów<sup>916</sup>.

Poruszenie w powyższym fragmencie niniejszego opracowania zagadnienia relacji zachodzącej między art. 191a § 1 k.k. a przepisami zawartymi w *Rozdziale XXV k.k.* powoduje, iż nie sposób nie nawiązać w tym aspekcie do przepisu art. 202 § 1 k.k. Warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko M. Mozgawy, który zauważa, że „(...) kiedy sprawca rozpowszechnia nagranie innej osoby w trakcie czynności seksualnej przy użyciu środków masowego komunikowania (np. w Internecie) w grę wejdzie kumulatywna kwalifikacja z art. 191a w zb. z art. 202 § 1 k.k. (...)”<sup>917</sup>. Należy poprzeć powyższe stanowisko, iż „jedynie” „wchodzi w grę”, gdyż nawet „masowe” rozpowszechnienie wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej nie przesądza o tym, iż określona treść wyróżnia się pornograficznym charakterem (różnice między zespołem desygnatów znamienia dotyczącego wizerunku nagiej osoby z art. 191a § 1 k.k.

---

karnego. *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 532.

<sup>914</sup> Patrz: N. Kłaczyńska, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] J. Giezek (red.) Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 483.

<sup>915</sup> Tak też: R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, Prok. i Pr. 2012, Nr 5, s. 38. Tak też: M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1189.

<sup>916</sup> Patrz: N. Kłaczyńska, *op. cit.* s. 483.

<sup>917</sup> M. Mozgawa, *op. cit.* s. 532, Tak też: J. Kosonoga, *Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby* [w:] K. Ślęzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 240.

a treściami o charakterze pornograficznym zostały wskazane we wcześniejszych fragmentach niniejszego opracowania)<sup>918</sup>. Co więcej, w ramach oceny, czy zachodzi zbieg wspomnianych wyżej przepisów, należy ustalić, w jaki sposób kształtuje się przedmiot ochrony, który został zagrożony, bądź naruszony działaniem sprawcy. Bez trudu można wyobrazić sobie sytuację, w której zostaje rozpowszechniony wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej, cieszącej się na co dzień dużym poważaniem społeczności, w której uczestniczy. Z kolei zachowanie sprawcy ma na celu wyłącznie ośmieszenie, skazanie w pewnym stopniu na ostracyzm wśród społeczności pokrzywdzonego. Fakt, że narzędzie, którym posłużył się sprawca umożliwia rozpowszechnienie określonej treści w ramach rozległego (a w niektórych przypadkach nawet nieograniczonego) zasięgu, nie wpływa na kwalifikację czynu jako przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. lub z art. 202 § 1 k.k. Rozległość rozpowszechnienia może mieć wpływ na ocenę sądu w przedmiocie stopnia karygodności określonego czynu (oczywiście po rozważeniu całokształtu okoliczności towarzyszących analizowanemu zachowaniu)<sup>919</sup>. Jednakże w tym przypadku w pierwszym rzędzie, aby dokonać prawidłowej oceny zachodzących okoliczności, należy mieć wzgląd na kształt indywidualnego przedmiotu ochrony, którego integralność została zagrożona bądź naruszona zachowaniem sprawcy, a tym samym finalnie determinuje prawidłowe wypełnienie funkcji ochronnej prawa karnego. Pozostając w płaszczyźnie oceny zachowania w postaci rozpowszechniania treści pornograficznych, analogicznie do powyższego przypadku należy potraktować możliwość zbiegu przepisów art. 191a § 1 k.k. z art. 200 § 3 k.k. Oczywiście będzie tu miał znaczenie sposób dokonania czynu przez sprawcę. Co więcej, istnieje także możliwość, by rozpowszechnianie wizerunku przyjęło formę publicznej prezentacji. W rezultacie, jeżeli wizerunek zawiera treści pornograficzne, a przy tym jest prezentowany w taki sposób, że może narzucić odbiór osobie, która sobie tego nie życzy – wówczas może prowadzić to także do zbiegu art. 191a § 1 k.k. i 202 k.k.<sup>920</sup>. Z kolei treść przepisu art. 202 § 4 k.k. dotyczy utrwalania treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Regulacja ta nie precyzuje środków, którymi powinien posługiwać się sprawca względem pokrzywdzonego w trakcie utrwalania treści pornograficznych.

---

<sup>918</sup> Więcej na ten temat: 2.2.3 *Pojęcie nagości*, s. 158-164. Patrz: wyrok SA w Gdańsku z 09.02.2017 r., II AKa 294/16, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/151000000001006\\_II\\_AKa\\_000294\\_2016\\_Uz\\_2017-02-09\\_002](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/151000000001006_II_AKa_000294_2016_Uz_2017-02-09_002), [dostęp: 31.04.2020].

<sup>919</sup> Patrz: K. Witczak, *Glosa do wyroku SN z 13 kwietnia 2016 r., II KK 304/15*, Pal. 2017, Nr 7-8, s. 164-167.

<sup>920</sup> Patrz: J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 240. Tak też: M. Mozgawa, *op. cit.* s. 532.

W rezultacie, jeżeli sprawca nie zastosuje przemocy, groźby lub podstępu, wówczas czyn będzie rozpatrywany przez pryzmat art. 202 § 4 k.k. Jeżeli, jednak zostanie użyty którykolwiek z podanych środków, to nastąpi kumulatywna kwalifikacja przepisów<sup>921</sup>.

Kontynuując rozważania w przedmiocie możliwego zbiegu art. 191a § 1 k.k. z pozostałymi przepisami, wypada zwrócić uwagę na możliwość wystąpienia rzeczywistego właściwego zbiegu art. 191a § 1 k.k. z przepisami art. 189 k.k. (przestępstwo bezprawnego pozbawienia wolności). Będzie to miało miejsce, gdy sprawca pozbawi pokrzywdzonego wolności, przetrzymując go nago oraz utrwalając jego wizerunek<sup>922</sup>. Warto także rozważyć sytuację, gdy utrwalenie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej wiąże się z wykorzystaniem przemocy, wówczas może to prowadzić do zbiegu z przepisami *Rozdziału XIX k.k.* W następstwie zasadnym jest zastosowanie kumulatywnej kwalifikacji art. 191a § 1 k.k. z art. 156 § 1 k.k. (przestępstwo spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu) lub art. 157 § 1 lub 2 k.k. (przestępstwo spowodowania lekkiego lub średniego uszczerbku na zdrowiu) – jeżeli zastosowana przez sprawcę przemoc (z uwagi na środek utrwalania w ramach regulacji stanowiącej przedmiot niniejszego opracowania) spowoduje uszczerbek na zdrowiu pokrzywdzonego<sup>923</sup>. Co więcej, rzeczywisty zbieg przepisów na gruncie art. 193 k.k. (przestępstwo naruszenia miru domowego) z art. 191a § 1 k.k. zajdzie, gdy sprawca wtargnie do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonego terenu, aby utrwalić nagi wizerunek osoby lub wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej<sup>924</sup>. Istnieje także możliwość zajścia zbiegu analizowanego przepisu z art. 207 k.k. (przestępstwo znęcania)<sup>925</sup>. Taki przypadek nastąpi, jeżeli sprawca znęcałby się nad ofiarą, a pewnego razu doprowadziłby ją do stanu nagości, następnie utrwalil jej wizerunek i rozpowszechniłby go. Kumulatywna kwalifikacja może zajść w ramach art. 191a § 1 k.k. a przepisami art. 212 § 1-2 k.k. (przestępstwo zniesławienia)<sup>926</sup>. Poza tym wypada pozytywnie odnieść się do możliwości kumulatywnej kwalifikacji art. 191a § 1 k.k. z art. 267 § 3 k.k. (przestępstwo bezprawnego zakładania lub posługiwania się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem lub oprogramowaniem). Może zaistnieć sytuacja, gdy osoba

---

<sup>921</sup> Tak też: J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 239. Por. M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 512.

<sup>922</sup> Patrz: R. Krajewski, *op. cit.*, s. 38.

<sup>923</sup> Patrz: M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 512-513. Tak też: J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 240.

<sup>924</sup> Patrz: *ibidem*, s. 513. Por. J. Kosonoga, *op. cit.*, s. 240-241.

<sup>925</sup> Patrz: R. Krajewski, *op. cit.*, s. 39.

<sup>926</sup> M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 513.

celem uzyskania informacji, do której nie jest uprawniona, posługuje się urządzeniem wizualnym i z jego użyciem rejestruje wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej<sup>927</sup>.

Dla dopełnienia analizy całokształtu problemu kumulatywnego zbiegu przepisów, oprócz przypadków, gdy sąd może zastosować kumulatywną kwalifikację, warto wskazać okoliczność, podczas której nie może ona zostać zastosowana. Ma to miejsce, gdy co najmniej jedno z przestępstw jest ścigane na wniosek, a nie został on złożony. W takim przypadku, w ramach opisu czynu zabronionego, można uwzględnić jedynie te znamiona, które są zgodne z opisem czynu ściganego z oskarżenia publicznego<sup>928</sup>. Wskazany przypadek na gruncie art. 191a § 1 k.k. zajdzie np., gdy sprawca utrwalając wizerunek pokrzywdzonego w trakcie czynności seksualnej, dopuści się wobec niego jednocześnie przestępstwa zgwałcenia (art. 197 § 1 k.k.). Obie regulacje prawne w przywołanych wariantach zawierają kryterium posłużenia się przez sprawcę przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem, z tej racji z uwagi na opisany całokształt okoliczności, zachowanie sprawcy mogłoby zostać zakwalifikowane jako jeden czyn. Jednak treść art. 191a § 2 k.k. wymaga, aby pokrzywdzony zainicjował postępowanie poprzez złożenie wniosku o ściganie. Jeżeli nie uczyni tego, wówczas odpowiedzialność karna sprawcy będzie kształtowała się jedynie na podstawie art. 197 § 1 k.k. Odsuwając na chwilę aspekt teoretyczny zagadnienia, chociaż przestępstwo zgwałcenia jest ścigane z oskarżenia publicznego, to można przypuszczać, iż ten rodzaj przestępstw ze względu na ich charakter nadal cechuje niska wykrywalność, w szczególności, gdy nie ma świadków zdarzenia. Z tej racji, gdy pokrzywdzony nie zdecyduje się na złożenie wniosku o ściganie w ramach regulacji z art. 191a § 2 k.k., wydaje się mało prawdopodobnym, aby stosowne organy ścigania dowiedziały się o przestępstwie (choć oczywiście takiej możliwości nie można wykluczyć). Wracając do tematu okoliczności wyłączających możliwość kumulatywnej kwalifikacji, analogicznie do rozpatrywanego przypadku należy ocenić sytuację, gdy na zachowanie sprawcy składa się co najmniej jeden czyn ścigany z oskarżenia publicznego oraz co najmniej jeden czyn ścigany z oskarżenia prywatnego.

Na koniec rozważań w przedmiocie przepisów pozostających w zbiegu z art. 191a § 1 k.k. warto wspomnieć o problemie relacji zachodzącej między wymienioną regulacją a art. 107 ust. 2 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. *o ochronie danych*

---

<sup>927</sup> Patrz: M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 513.

<sup>928</sup> Tak też: wyrok SA we Wrocławiu z 06.06.2001 r., II AKa 197/01, OSA 2001, z. 10, poz. 67.



osobowych [u.o.d.o.]<sup>929</sup>. Zgodnie z niniejszą regulacją zachowanie, które realizuje komplet znamion czynu zabronionego. polega na przetwarzaniu danych osobowych, których przetwarzanie nie jest dopuszczalne lub osoba dokonująca ich przetwarzania nie jest do wykonania tej czynności uprawniona, natomiast przedmiot przetwarzania stanowią dane dotyczące m.in. zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej<sup>930</sup>. Z racji, iż ustawodawca posłużył się pojęciem „przetwarza”, należy odwołać się do art. 4 pkt 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) [RODO]<sup>931</sup>, gdzie termin ten został zdefiniowany jako „operacja lub zestaw operacji wykonywanych na danych osobowych lub zestawach danych osobowych w sposób zautomatyzowany lub niezautomatyzowany, taką jak zbieranie, utrwalanie, organizowanie, porządkowanie, przechowywanie, adaptowanie lub modyfikowanie, pobieranie, przeglądanie, wykorzystywanie, ujawnianie poprzez przesłanie, rozpowszechnianie lub innego rodzaju udostępnianie, dopasowywanie lub łączenie, ograniczanie, usuwanie lub niszczenie”<sup>932</sup>. Ze względu na treść powyższych regulacji, należy dopuścić możliwość kumulatywnego zbiegu z art. 191a § 1 k.k. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie tego rodzaju sytuację w praktyce. Może mieć ona miejsce, gdy np. podczas badania ginekologicznego zostanie wykonany szereg utrważeń narządów płciowych w ramach dokumentacji medycznej, które następnie zostaną rozpowszechnione bez zgody pacjentki (oczywiście zakładając, iż pozostałe znamiona zostaną zrealizowane, jak np. rozpoznawalność osoby, której wizerunek został rozpowszechniony)<sup>933</sup>.

---

<sup>929</sup> Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych, Dz. U. 2018 poz. 1000 ze zm.

<sup>930</sup> W art. 107 ust. 2 u.o.d.o. ustawodawca zawarł taksatywne wyliczenie desygnatów pojęcia „przetwarza”.

<sup>931</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.U.UE.L.2016.119.1.

<sup>932</sup> Patrz: art. 4 pkt 2 RODO.

<sup>933</sup> Więcej na temat problemu zbiegu przepisów dotyczących ochrony danych osobowych oraz art. 191a § 1 k.k.: E. Kulesza, W. Kulesza, *Fotografowanie jako czyn zabroniony w prawie niemieckim i polskim* [w:] B. Sygit (red.), *Złota księga jubileuszowa prof. zw. dr hab. dr honoris causa Brunona Hołysty: ...ale prawdy szukaj w czynie*, Fundacja Ubi societas, ibi ius, Łódź 2015, s. 162-163. Co prawda należy zaznaczyć, iż znajdujące się w niniejszej publikacji uwagi odnoszą się do art. 49 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, Dz.U. 1997 Nr 133 poz. 883 ze zm. Jednakże ogólne wnioski tam zamieszczone można odnieść również do aktualnego stanu prawnego.

## Rozdział VIII

### **Empiryczny aspekt art. 191 a § 1 k.k. - prowadzone badania, orzecznictwo, artykuły prasowe oraz statystyka**

Dla dopełnienia całokształtu analizy regulacji zawartej w art. 191a § 1 k.k., należy mieć świadomość, że poza dogmatycznym ujęciem, nie bez znaczenia pozostaje również jej aspekt empiryczny. Te dwa ujęcia korelują ze sobą, czego wyraźną egzemplifikację stanowi etap subsumpcji prawa w ramach karnoprawnego porządku. Z tej racji niniejsza część opracowania została poświęcona właśnie empirycznemu wymiarowi zagadnienia.

#### **8.1 Dalszy przedmiot ochrony w aspekcie przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., popełnionego na szkodę małoletniego**

Jako pierwsze z charakteryzowanych zagadnień z uwzględnieniem empirycznego wymiaru, warto przybliżyć problem dalszego przedmiotu karnoprawnej ochrony w ramach omawianej regulacji. Za zaskakujący należy uznać fakt, iż do tej pory w dyskursie prawniczym nie został wyróżniony tego rodzaju przedmiot z uwagi na dokonanie czynu zabronionego przewidzianego w art. 191a § 1 k.k. wobec małoletniego. Co więcej, w ramach naukowej debaty zostało podniesionych kilka problematycznych kwestii w związku z popełnieniem tego przestępstwa na szkodę osoby małoletniej<sup>934</sup>. Tym bardziej pominięcie analizy tego zagadnienia wydaje się zastanawiające.

Przede wszystkim w odniesieniu do powyższego kontekstu, nie wolno pomijać kwestii, iż w art. 191a § 1 k.k. zostały wyszczególnione bezprawne działania o niekonsensualnym charakterze<sup>935</sup>. Najczęściej, gdy udostępnianie tego rodzaju materiałów jest dobrowolne, wówczas w relacji między uczestnikami wymiany utrwałień może zaistnieć zjawisko tzw. sekstingu<sup>936</sup>. Przybiera ono postać komunikacji elektronicznej, której treścią jest seksualnie sugestywny tekst lub obraz. Może on zostać przekazany za pomocą wiadomości typu SMS, MMS, komunikatorów internetowych, aplikacji mobilnych, czy portali społecznościowych. Tego rodzaju zachowanie przybiera

---

<sup>934</sup> Więcej na ten temat: 4.2.2 *Problem udzielenia zgody na rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę małoletnią*. Patrz: A. Zoll, *op. cit.*, s. 566, T. Bojarski, *op. cit.*, s. 548, Krajewski, *op. cit.*, s. 31, M. Mozgawa, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzupeł., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 584.

<sup>935</sup> Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez zgody osoby utrwalonej zostało wyłączone z zakresu kryminalizacji zachowań.

<sup>936</sup> Definicja pojęcia „seksting”. Patrz: Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/sexting>, [dostęp: 27.08.2019].

na popularności szczególnie wśród osób małoletnich<sup>937</sup>. Oczywiście przy ocenie bezprawności określonego zachowania na podstawie art. 191a § 1 k.k. ma znaczenie granica wieku, która zostanie przyjęta dla prawnej relewancji wyrażonej zgody<sup>938</sup>. Rozważając przypadek, iż działanie małoletniego faktycznie było dobrowolne, aczkolwiek pozbawione mocy prawnej, wówczas powstaje problem jego oceny na gruncie porządku prawnego.

### 8.1.1 Dobrowolny udział małoletniego – Stany Zjednoczone

Na wstępie należy jedynie nadmienić, iż inicjatorami przytoczonych w tym miejscu badań w przedmiocie rozpowszechniania utrwań, których część zakresowo pokrywa się (z uwagi na aspekt przedmiotowy) ze znamionami określonymi w art. 191a § 1 k.k. są ośrodki badawcze w Stanach Zjednoczonych. Wynika to z faktu, iż po pierwsze w tym kraju, dotychczas zostało przeprowadzonych najwięcej badań z uwagi na analizowane zagadnienie. Po drugie, można przypuszczać, iż sposób funkcjonowania nastolatków w amerykańskim społeczeństwie nie odbiega znacząco od krajowych realiów (w kontekście rozważanej kwestii). Z tej racji wyniki te mogą stanowić do pewnego stopnia płaszczyznę dla konstatacji co do skali oraz następstw prezentowanego problemu ze względu na potrzebę zapewnienia optymalnych warunków dla prawidłowego rozwoju psychofizycznego małoletniego.

Nawet całkowicie dobrowolny udział nastolatka w tego rodzaju procederze, może skutkować zaburzeniami w procesie psychofizycznego rozwoju młodego człowieka. Wedle wyników badań przeprowadzonych za pomocą internetowej ankiety 19% nastolatków w wieku 13-19 lat przesyłało własne nagie lub półnagie zdjęcia lub filmy<sup>939</sup>. W tym samym badaniu, 31% uczestników w powyższym przedziale wiekowym, deklaroowało otrzymywanie tego rodzaju zdjęć lub filmów<sup>940</sup>. Zaprezentowane dane skłaniają do stwierdzenia, iż zjawisko sekstingu wśród nastolatków nie ma incydentalnego charakteru. Znaczny odsetek ankietowanych otrzymujących tego rodzaju

---

<sup>937</sup> J. R. Temple, Ch, HyeJeong, *Longitudinal Association Between Teen Sexting and Sexual Behavior* (tłum. wł.), *Pediatrics* 2014, November 134(5), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4210802/>, [dostęp: 28.08.2019].

<sup>938</sup> Więcej na ten temat: *Rozdział IV. Konstrukcja zgody na gruncie art. 191 § 1 k.k.*

<sup>939</sup> Podając za: E.G. Benotsch, D.J. Snipes, A.M. Martin, S.S. Bull, *Sexting, substance use, and sexual risk behavior in young adults* (tłum. wł.), *Adolescent Health*, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3580005/>, [dostęp: 29.08.2019].

<sup>940</sup> *Ibidem*.

treści nasuwa wątpliwość, czy wszystkie z udostępnianych materiałów faktycznie zawierały wizerunek osoby, która wyraziła zgodę na rozpowszechnianie.

Kolejna z analiz odnosiła się do rozpowszechniania zachowań, będących przejawem sekstingu i ich powiązaniu z ryzykownymi zachowaniami seksualnymi wśród grupy adolescentów (12-19 lat)<sup>941</sup>. Z zebranych tam danych wynika m.in., że wśród dziewcząt można zaobserwować wyraźny związek między udziałem w sekstingu a zachowaniami na randkach, podejmowaniem kontaktów seksualnych, jak i zachowaniami o charakterze seksualnym. Częstotliwość inicjowania randek we wcześniejszym wieku, kontaktów seksualnych, posiadania wielu partnerów seksualnych, a także częstotliwość spożywania alkoholu i zażywania narkotyków przed odbyciem stosunku płciowego, była wyższa u dziewcząt zaangażowanych w seksting aniżeli u tych, które nie brały w nim udziału<sup>942</sup>. Również, w przypadku chłopców uczestniczenie w analizowanym zjawisku było połączone z częstszym chodzeniem na randki, jak i częstszymi kontaktami seksualnymi. Jednakże, co ciekawe badacze nie odnotowali istotnych powiązań między angażowaniem się w seksting a posiadaniem licznych partnerek seksualnych, czy zażywaniem używek przed stosunkiem seksualnym<sup>943</sup>. Częstsze inicjowanie randek we wcześniejszym wieku przez adolescentów, którzy angażują się w seksting, ma podłoże w przekonaniu przynajmniej jednego z uczestników, iż stworzy w ten sposób stałą relację z innym człowiekiem<sup>944</sup>. Autorzy badań przypuszczają, że analizowane zjawisko może przybrać formę wstępnej inicjacji seksualnej lub być sposobem na wprowadzenie kontaktów seksualnych do związku<sup>945</sup>.

Badacze z otrzymanych wyników badań wyprowadzili konstatację, iż jeden na czterech nastolatków przesłało zdjęcie zawierające własny wizerunek, który cechował przymiot nagości. Dokonywali tego za pośrednictwem środków elektronicznych<sup>946</sup>. Ponadto około połowa z nich została poproszona o przesłanie tego rodzaju fotografii. Co ciekawe, pomimo relatywnej powszechności zjawiska, zachowanie to, często nie spotyka się z pozytywnym odbiorem wśród osób w nim uczestniczących. Przeważająca

---

<sup>941</sup> J.R. Temple, J.A. Paul, P. van den Berg, *Teen Sexting and Its Association With Sexual Behaviors*, (tłum. wł.), JAMA Pediatrics 2012, No. 9, <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/fullarticle/1212181>, [dostęp: 29.08.2019].

<sup>942</sup> *Ibidem*.

<sup>943</sup> *Ibidem*.

<sup>944</sup> A. Lenhart, *Teens and Sexting* (tłum. wł.), Pew Research Center, <https://pewinternet.org/2009/12/15/teens-and-sexting/>, [dostęp: 29.08.2019].

<sup>945</sup> J.R. Temple, J.A. Paul, P. van den Berg, *op. cit.*, [dostęp: 29.08.2019].

<sup>946</sup> *Ibidem*.

liczba dziewcząt odczuwała niepokój z powodu otrzymania prośby o przesłanie zdjęć<sup>947</sup>. W tej samej sytuacji zmartwienie towarzyszyło również ponad połowie chłopców<sup>948</sup>.

Jedno ze studiów nad zagadnieniem sekstingu wśród nastolatków dotyczyło oszacowania tego zjawiska za pomocą narzędzi pozwalających ocenić powszechność wymiany obrazów za pośrednictwem telefonu komórkowego, czatów internetowych oraz mediów społecznościowych<sup>949</sup>. Przede wszystkim ukazują one różnice na tle płci w kontekście wymiany obrazów. Otóż częściej są one udostępniane przez dziewczęta. Natomiast, chłopcy są częstszymi ich odbiorcami<sup>950</sup>. Co więcej, wyniki innego badania wskazują, że większość badanych nastolatków traktuje seksting jako przeprowadzenie wymiany intymnych fotografii głównie z partnerami lub z osobami, z którymi łączy je romantyczna relacja<sup>951</sup>. W opozycji pozostają zachowania badanych, którzy deklarują, iż przesyłają zdjęcia nieznanym (4,8%). Z kolei 4,9% przyznaje się do przysyłania zdjęć osób trzecich, a 12% deklaruje odbiór tego typu materiałów. Jednocześnie potwierdzają przy tym, że rozpowszechnianie treści nie odbywa się w ramach relacji uczuciowej, ale także wśród zupełnie obcych osób<sup>952</sup>.

Co więcej, wyniki studiów nad związkiem między sekstingiem a zdrowiem psychicznym wśród młodzieży szkolnej sugerują, że istnieje powiązanie pomiędzy zaangażowaniem we wspomniane zjawisko a występowaniem symptomów niepokoju i depresji<sup>953</sup>. W szczególności otrzymane rezultaty badań wskazują, że udział w sekstingu we wczesnym wieku może zwiększać prawdopodobieństwo pojawienia się problemów ze zdrowiem psychicznym. Poza tym, odczucie niepokoju i objawów depresji może zwiększyć prawdopodobieństwo wystąpienia poważnych problemów natury psychicznej w późniejszych etapach życia<sup>954</sup>.

Kolejne badania sprawdzały związek między częstotliwością występowania zachowań związanych ze zjawiskiem sekstingu wśród osób wchodzących w okres dojrzewania (w wieku od 12 do 14 lat), u których występują symptomy problemów

---

<sup>947</sup> *Ibidem*.

<sup>948</sup> *Ibidem*.

<sup>949</sup> M. Penado, M.L. Rodicio-Garcia, M.M. Cuesta, T. Corrás, *Construction and Validation of the Intimate Images Diffusion Scale Among Adolescents* (tłum. wł.), *Frontiers in Psychology*, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6611224/>, [dostęp: 29.08.2019].

<sup>950</sup> *Ibidem*.

<sup>951</sup> Podając za: *ibidem*.

<sup>952</sup> Podając za: *ibidem*.

<sup>953</sup> P. Chaudhary, M. Peskin, J.R. Temple, R.C. Addy, E. Baumler, R. Shegog, *Sexting and Mental Health: A School-based Longitudinal Study Among Youth in Texas* (tłum. wł.), *Journal of Applied Research on Children: Informing Policy for Children at Risk* 2017, Vol. 8, s.19.

<sup>954</sup> *Ibidem*, s. 21.

wychowawczych lub emocjonalnych w kontekście powiązań między tego rodzaju działaniami i zachowaniami o seksualnym charakterze, a także umiejętnościami kontroli emocji<sup>955</sup>. W grupie badanych, które potwierdziły, iż biorą udział w sekstingu w formie przesyłania filmów, jak i zdjęć jest najwyższy odsetek osób zgłaszających występowanie trudności w płaszczyźnie kompetencji emocjonalnych<sup>956</sup>. Dodatkowo cechowała ich większa skłonność do zaangażowania w zachowania o seksualnym charakterze, a także niższy poziom zdolności do identyfikacji własnych stanów emocjonalnych oraz niższa samoocena<sup>957</sup>. Poza tym zachowania wynikające ze zjawiska sekstingu wiążą się z wyższym prawdopodobieństwem zaangażowania w różne formy zachowań seksualnych, włączając w to dotykanie genitaliów, wejście w relację tzw. przyjaźń z korzyściami, stosunek oralny czy klasyczny. Nastolatkwie biorący udział w analizowanym zjawisku w przeciwieństwie do tych, którzy w nim nie uczestniczyli, od czterech do siedmiu razy częściej przejawiali skłonność do zachowań o charakterze seksualnym<sup>958</sup>. Na przykład osoby zaangażowane w seksting wykazywały pięciokrotnie wyższą skłonność do odbycia stosunku waginalnego, podnosząc tym samym stopień ryzyka zajścia w ciążę, czy przenoszenia chorób drogą płciową<sup>959</sup>.

W dodatku małoletni uczestniczący w sekstingu, w odróżnieniu od niebiorących w nim udziału, wyrażali w wyższym stopniu zamiar odbycia stosunku w przeciągu najbliższych sześciu miesięcy. Te różnice mogą sugerować, że pierwszą, wymienioną grupę wyróżnia mniejszy poziom zdolności do rozpoznania własnego stanu emocjonalnego, a także niższa skuteczność w radzeniu sobie z emocjami<sup>960</sup>.

### 8.1.2 Dobrowolny udział małoletniego – Polska

Również w Polsce zaczynają pojawiać się pierwsze analizy empiryczne dotyczące zjawiska sekstingu wśród nastolatków<sup>961</sup>. Chociaż nadal występują one stosunkowo

---

<sup>955</sup> Ch.D. Houck, D. Baker, Ch. Rizzo, E. Hancock, A. Norton, L.K. Brown, *Sexting and Sexual Behavior in At-Risk Adolescents* (tłum. wł.), *Pediatrics* 2014, No. 2, <https://ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3904272/>, [dostęp: 29.08.2019].

<sup>956</sup> W badaniu brały udział trzy grupy: osoby niebiorące udziału w sekstingu, osoby uczestniczące w sekstingu jedynie za pomocą wiadomości tekstowych oraz osoby uczestniczące w sekstingu zarówno za pomocą wiadomości tekstowych, jak i zdjęć.

<sup>957</sup> *Ibidem*.

<sup>958</sup> *Ibidem*.

<sup>959</sup> *Ibidem*.

<sup>960</sup> *Ibidem*.

<sup>961</sup> Patrz: Ł. Wojtasik, *Seksting wśród dzieci i młodzieży*, *Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka* 2014, Vol. 13 Nr 2, s. 79-98.

nielicznie<sup>962</sup>. Pierwsze z nich zostało przeprowadzone wśród młodzieży w wieku 15–19 lat<sup>963</sup>. 45% respondentów zadeklarowało, że ich znajomi przesyłają tego typu materiały. 34% ankietowanych przyznało, że otrzymywało materiały sekstingowe, a blisko co dziesiąty (11%), że sam je wysyłał<sup>964</sup>. Osoby, które otrzymywały tego rodzaju wiadomości, uważały je najczęściej za próbę „poderwania”. Stosunkowo często takie wiadomości były wysyłane przez obce ankietowanym osoby. Z kolei ci, którzy deklarowali wysyłanie wiadomości sekstingowych, najczęściej wysyłali je do partnerów<sup>965</sup>. Zjawisko sekstingu wśród nastolatków stanowiło również przedmiot badań EU Kids Online, które zostały przeprowadzone w 15 europejskich krajach<sup>966</sup>. Przedział wieku polskich ankietowanych kształtował się na poziomie od 11 do 16 lat. Wynika z niego, że 5,2% małych biorących udział w badaniu było proszonych o przesłanie nagich zdjęć<sup>967</sup>.

Płasczyzna kolejnych badań odnosiła się do użytkowników serwisu nk.pl w wieku 13-16 lat<sup>968</sup>. Z kolei ich przedmiot obejmował zjawisko sekstingu z wykorzystaniem transmisji obrazu za pomocą wideoczatu. 56% osób uczestniczących w badaniu słyszała o wykorzystywaniu kamer internetowych do przekazywania treści o charakterze erotycznym<sup>969</sup>. Natomiast, 8% respondentów przyznało, że zna kogoś, kto prezentuje zachowania seksualne na wideoczacie. 8% osób, które z nich korzystały, zetknęły się z treściami erotycznymi prezentowanymi przez małych. Prawie co dziesiąty ankietowany (9%) przyznał, że był namawiany w sieci do rozbierania się lub prezentowania zachowań seksualnych. W końcu 2% badanych przyznało się do podejmowania tego rodzaju przedsięwzięć podczas wideorozmowy<sup>970</sup>.

---

<sup>962</sup> Ł. Wojtasik, *Seksting wśród dzieci i młodzieży*, Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka 2014, Vol. 13 Nr 2, s. 81.

<sup>963</sup> Podając za: Sz. Wójcik, *Zagrożenia dzieci i młodzieży w Internecie*, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, Warszawa 2017, s. 278.

<sup>964</sup> *Ibidem*.

<sup>965</sup> *Ibidem*.

<sup>966</sup> Ł. Tomczyk, *Materiały dotyczące seksu i zjawisko sekstingu* [w:] K. Abramczuk, J. Pyżalski, Ł. Tomczyk, A. Zdrodowska, *Polskie badanie EU Kids Online 2018. Najważniejsze wyniki i wnioski*, Wydawnictwo UAM, Poznań 2018, s. 137-154.

<sup>967</sup> *Ibidem*.

<sup>968</sup> *Prezentacja treści seksualnych przez młodzież poprzez wideoczaty*, <http://www.dyzurnet.pl/images/stories/PDF/raporty/mlodziez%20a%20wideoczaty.pdf>, [dostęp: 23.03.2018].

<sup>969</sup> *Ibidem*.

<sup>970</sup> *Ibidem*.

Natomiast kolejne analizy empiryczne przeprowadzone wśród młodzieży w 2017 r. ukazują większą skalę zjawiska, aniżeli wyniki podane powyżej<sup>971</sup>. Otóż 42% osób w wieku 15–18 lat twierdzi, że otrzymało kiedyś od innej osoby jej nagie zdjęcie lub film, a 13% wysłało swoje nagie zdjęcie lub film. Co ciekawe, jako powód udostępnienia tego rodzaju treści, aż 19% ankietowanych przyznało, że zrobiło to dla żartu, a 9% - chciało zrobić odbiorcy przykrość<sup>972</sup>.

Równie interesująco kształtuje się rezultat badań ilościowych w przedmiocie rozprzestrzenienia zjawiska sekstingu wśród młodzieży<sup>973</sup>. Grupę badawczą stanowili nastolatki w przedziale 15-19 lat. Nieznaczna większość (55%) nie spotkała się z tym zjawiskiem. 33% ankietowanych potwierdziło, że w sekstingu uczestniczą nieliczni ich znajomi, a 7% - określiła uczestniczących jako dużą część znajomych. Z kolei 5% badanych nastolatków stwierdziło, że tego rodzaju zachowanie przejawia większość ich znajomych<sup>974</sup>. Druga kwestia dotyczy otrzymania kiedykolwiek zdjęcia lub filmu z wizerunkiem nagiego lub prawie nagiego nadawcy. Twierdzącej odpowiedzi udzieliło 33% respondentów<sup>975</sup>. Wśród nich, najwięcej osób (48%) zadeklarowało, że otrzymały materiały z tego typu treścią od osoby, z którą nie pozostawały w związku. Z kolei, co wydaje się niepokojące, aż 36% osób otrzymała tego rodzaju treść od zupełnie obcych osób. 35% ankietowanych zadeklarowało, że nadawcą w ich przypadku była osoba, z którą byli w związku<sup>976</sup>. Jednak jak zauważają autorzy badania: „Wydaje się, że za odpowiedziami, że zdjęcia przesyłały obce osoby mogą stać takie formy komunikacji, jak internetowe czaty i wideoczaty gdzie prośby o przesyłanie intymnych zdjęć kierowane do zupełnie obcych osób nie należą do rzadkości. Analizując powyższe wyniki można też stwierdzić, że wielu z respondentów otrzymało wiadomości sekstingowe więcej niż raz, ponieważ wskazali kilka różnych osób, które przesyłały im takie wiadomości”<sup>977</sup>.

Niemniej intrygujące wydają się również motywy nastolatków angażujących się w tego typu działania. Jako najczęstszy powód (41%) takiego zachowania wskazywana była próba zwrócenia na siebie uwagi (podrywanie). Na drugim miejscu znalazła się

---

<sup>971</sup> K. Makaruk, P. Michalski, J. Włodarczyk, *Kontakt dzieci i młodzieży z pornografią. Raport z badań*, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, Warszawa 2017, s. 23.

<sup>972</sup> *Ibidem*, s. 24.

<sup>973</sup> K. Makaruk, Sz. Wójcik, *Seksting wśród polskiej młodzieży. Wyniki badania ilościowego*, Fundacja Dzieci Niczyje, Warszawa 2014, s. 4-16.

<sup>974</sup> *Ibidem*, s. 7.

<sup>975</sup> 5% ankietowanych odmówiło udzielenia na to pytanie odpowiedzi. *Ibidem*, s. 8.

<sup>976</sup> *Ibidem*.

<sup>977</sup> *Ibidem*.



odpowieź – „dla żartu”<sup>978</sup>. 30% ankietowanych potraktowało to jako flirt z aktualną dziewczyną lub chłopakiem. Z kolei 19% badanych stwierdziło, że otrzymało zdjęcie w odpowiedzi na ich prośbę. Natomiast 6% wskazało inny powód. W trakcie konkretyzacji wymieniono m.in.: chęć „pochwalenia się własnym ciałem”, zdjęcie było przesłane celem oceny ciała sfotografowanego przez nadawcę czy chęć dokuczenia lub zrobienia przykrości<sup>979</sup>.

### 8.1.3 Niedobrowolny udział małoletniego – „sextortion”

Przedstawione powyżej dane dotyczą sytuacji, gdy w ramach przesyłania treści związanych ze zjawiskiem sekstingu, zgodę na ich rozpowszechnianie wyraziły obydwie strony. Zresztą z brzmienia definicji pojęcia „seksting” wynika, że działania zawarte w jego zakresie mają konsensualny charakter. Natomiast, istnieje możliwość, że materiały ulegną upowszechnieniu bez zgody osoby, do której należy utrwalony wizerunek. O ile w pierwszym przypadku kwestia kwalifikacji czynu zależy od oceny prawnej relewantności zgody małoletniego w ramach art. 191a § 1 k.k., o tyle rozpowszechnianie tego rodzaju treści, jeżeli zostało dokonane z jej pominięciem lub w przy zastosowaniu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny, wzmaga wyższe prawdopodobieństwo, że czyn sprawcy przybrał postać analizowanego przestępstwa. Wymienione zjawisko w nauce zostało określone pojęciem tzw. „sextortion”. Występuje ono, gdy osoba grozi udostępnieniem intymnych lub zawstydzających treści związanych z seksualnością człowieka bez jego zgody, zwykle w celu uzyskania kolejnych tego rodzaju materiałów, wymuszenia stosunku seksualnego, pieniędzy, itp.<sup>980</sup>. W październiku 2012 r., w Kanadzie 15-letnia dziewczyna została przekonana przez mężczyznę, z którym utrzymywała kontakt jedynie on-line do obnażenia piersi za pośrednictwem kamery internetowej. Ów mężczyzna „przechwyił” przekaz i zapisał dane<sup>981</sup>. Następnie zaczął szantażować nastolatkę, że udostępni zapisane obrazy jej kolegom z klasy, jeżeli nie otrzyma od niej więcej treści o charakterze seksualnym. Po latach prześladowań w Internecie publicznego upokorzenia oraz cybernękania

---

<sup>978</sup> *Ibidem* s. 9.

<sup>979</sup> *Ibidem* s. 9-10.

<sup>980</sup> Podając za: S. Hinduja, J.W. Patchin, *Sextortion Among Adolescents: Results From a National Survey of U.S. Youth* (tłum.wł.), *Annals of Sex Research: Sexual Abuse* 2018, p. 2.

<sup>981</sup> S. Hinduja, J.W. Patchin, *Sextortion Among Adolescents: Results From a National Survey of U.S. Youth* (tłum.wł.), *Annals of Sex Research: Sexual Abuse* 2018, p. 2.

<sup>981</sup> *Ibidem*.

dziewczyna odebrała sobie życie<sup>982</sup>. Ten przykład pokazuje, jak poważne i zarazem tragiczne mogą być konsekwencje rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby, a zwłaszcza małoletniej, u której nie zakończył się proces rozwoju psychofizycznego. Ponadto przytoczony przypadek ukazuje jak stosunkowo łatwo tzw. sexting może przeistoczyć się w tzw. „sextortion”, czyli jak pierwotnie konsensualne działanie może nieoczekiwanie przybrać postać zachowania pozbawionego elementu zgody, a wręcz obarczonego uszczerbkiem na zdrowiu psychicznym.

Przechodząc do zaprezentowania wyników badań w przedmiocie zjawiska tzw. „sextortion” wśród osób znajdujących się na etapie dojrzewania (częstotliwości zjawiska, zmiennych demograficznych, ustalenia relacji między ofiarami a sprawcą, wyznaczenie rozmiaru wyrządzonej krzywdy i określenie, który z poszkodowanych skorzystał z pomocy) należy stwierdzić, iż 5% uczniów zadeklarowało, że była ofiarą opisywanego zjawiska, w pewnym momencie swojego życia<sup>983</sup>. Z kolei 3% osób przyznało się do grożenia innym osobom, które udostępniły im swój intymny wizerunek. Co więcej, połowa z osób, które określiły siebie jako ofiary, były także sprawcami tego rodzaju czynu. Prawie połowa osób, która stała się ofiarą groźby upublicznienia intymnego wizerunku, czuła w związku z tym dyskomfort lub nie mogła zwierzyć się rodzinie lub znajomym, w kwestii wydarzenia<sup>984</sup>. Takie zachowanie w dużej mierze było podyktowane uczuciem wstydu lub strachu przed zemstą, bądź przekonaniem, że zwierzenie z zaistniałej sytuacji nie przyniesie pożytku. Wśród osób, które zdecydowały się na ujawnienie własnego doświadczenia chłopcy najczęściej zwierzali się przyjacielowi w wieku poniżej 18 lat (45,3%), natomiast dziewczęta opowiadały o sprawie rodzicowi (41,7%)<sup>985</sup>.

Ofiary tzw. „sextortion” były krzywdzone na różne sposoby. Musiały zmierzyć się z prześladowaniami lub nękaniami przez telefon lub w Internecie. Ponadto miało miejsce tworzenie profili na portalach społecznościowych z nieprawdziwymi informacjami o nich. Co więcej, 24,8% chłopców i 26,1% dziewcząt twierdziło, że sprawca opublikował ich wizerunek w Internecie. Podczas gdy odpowiednio - 25,5% i 29,6% zadeklarowało, że ktoś wysłał ich intymny wizerunek bez ich zgody<sup>986</sup>.

---

<sup>982</sup> *Ibidem*.

<sup>983</sup> *Ibidem*, s. 9.

<sup>984</sup> Podając za: *ibidem*, s. 6.

<sup>985</sup> *Ibidem*, s. 10.

<sup>986</sup> *Ibidem*, s. 14.

Również w zakresie zagadnienia tzw. „sextortion” powstała praca badawcza na temat charakterystyki i dynamiki tego zjawiska wśród małoletnich<sup>987</sup>. Rezultaty jej wskazują, iż w przybliżeniu ¾ ankietowanych była w wieku 16 lub 17 lat, gdy po raz pierwszy stała się ofiarami takiego zachowania. Natomiast, 5% osób miało pierwsze tego typu doświadczenia, gdy nie ukończyło jeszcze 14 lat<sup>988</sup>. Większość badanych (59%), którzy stali się celem działań w ramach tzw. „sextortion” jako małoletni, znali sprawców. 59% z nich byli byłymi lub obecnymi „romantycznymi” lub seksualnymi partnerami ofiary, podczas gdy 21% to przyjaciele lub znajomi. W końcu 15% ofiar знаło sprawców z pracy lub szkoły. Większość sprawców (92%) było płci męskiej oraz 52% z nich ukończyło maksymalnie 17 lat.

Ponadto ¾ respondentów, którzy byli małoletni, gdy uczestniczyło w tzw. „sextortion” świadomie udostępniało swoje wizerunki sprawcy. 70% z nich motywuje swoje działanie faktem, że chciało stworzyć relację o charakterze romantycznym, bądź seksualnym<sup>989</sup>. Jednakże jednocześnie 2/3 z nich przyznało, że odczuwali presję, czuli się oszukani, zagrożeni lub przymuszeni do podjęcia tego rodzaju działań. Natomiast w 22% przypadków sprawcy rejestrowali obrazy bez zgody utrwalanych osób. Około 1 na 10 sprawców stworzył nierzeczywiste obrazy, np. za pomoc oprogramowania służącego do łączenia twarzy ofiary z treściami pornograficznymi. 4% pozyskało tego typu materiały przez włamanie się do systemu komputerowego ofiary. Najbardziej sugestywne obrazy przedstawiały czynności seksualne (21%), narządy płciowe (33%), pozostałe formy nagości lub pozy o seksualnym wydźwięku w ubraniach odsłaniających ciało (21%)<sup>990</sup>.

Z kolei co do zachowania sprawców w ramach tzw. „sextortion”, warto zaznaczyć, iż sprowadzało się ono najczęściej do próby wymuszenia na nieletnich udostępnienia im dodatkowych obrazów (66%). Niektórzy traktowali to jako sposób, aby przymusić partnera do powrotu lub do pozostania w związku. Z kolei 36% sprawców dyktowało ofiarom, jak powinny wyglądać i co robić na utrwaleniach. W 13% przypadków nieletni byli zachęceni do dokonania samouszkodzenia, np. przez pocięcie się lub popełnienie samobójstwa<sup>991</sup>. Z kolei groźby sprawców w stosunku do małoletnich najczęściej dotyczyły opublikowania ich wizerunków w Internecie (65%), przesłaniem

---

<sup>987</sup> J. Wolak, D. Finkelhor, W. Walsh, L. Treitman, *Sextortion of Minors: Characteristics and Dynamics* (tłum. wł), Journal of Adolescent Health 2017, Vol. 62, Issue 1, p.72-79.

<sup>988</sup> *Ibidem*, s. 75.

<sup>989</sup> *Ibidem*, s. 76.

<sup>990</sup> *Ibidem*.

<sup>991</sup> *Ibidem*.

takiego wizerunku do przyjaciół lub znajomych (64%) albo rodzin respondentów (47%). 41% sprawców groziło dołączeniem nazwisk ankietowanych do zdjęć, a 26% podaniem się pod ofiarę na kontach społecznościowych lub w spreparowanych obrazach o charakterze seksualnym. 40% sprawców groziło respondentom spowodowaniem trudności w szkole lub pracy. Z kolei 34% działań przybrało formę stalkingu oraz groźby pobicia, zgwałcenia, a nawet zabójstwa.<sup>992</sup>

#### **8. 1.4 Niedobrowolny udział małoletniego – „porno-zemsta”**

W kolejnych badaniach w przedmiocie relacji między adolescentami i wykonywaniem autoportretu o sugestywnym charakterze została poruszona kwestia celowego udostępnienia prywatnych zdjęć w ramach tzw. porno-zemsty<sup>993</sup>. Polega ona na niezgodnym z prawem rozpowszechnianiu intymnych zdjęć. Ich udostępnienie odbywa się bez świadomości (a co za tym idzie również zgody) utrwalonej osoby, zwykle po zakończeniu relacji. Główną cechą odróżniającą zjawisko tzw. porno-zemsty od zjawiska tzw. „sexortion” jest fakt, że zwykle tzw. „sexortion” odbywa się bez czynnika publicznego, chyba że groźby zostaną spełnione. Natomiast, w przypadku tzw. „porno-zemsty” na ogół sprawca dąży do upublicznienia treści<sup>994</sup>. Tego rodzaju doświadczenie często powoduje uszczerbek psychiczny oraz stanowi czynnik stresogenny<sup>995</sup>. Ponadto młodzi ludzie są narażeni na groźby, różne postacie szantażu oraz liczne nadużycia, w kontekście upublicznienia zachowań seksualnych, zarówno w sieci internetowej, jak i poza nią. Wiele udokumentowanych przypadków rozpowszechniania tego rodzaju zdjęć miało tragiczne konsekwencje z uwagi na zdrowie psychiczne<sup>996</sup>. Ofiarom tego rodzaju działań niejednokrotnie towarzyszyło uczucie smutku oraz gniewu. Pojawiały się u nich zaburzenia lękowe, a w skrajnych przypadkach sytuacja, w której się znaleźli, doprowadzała do samobójstwa<sup>997</sup>.

Poza tym przeprowadzona analiza danych sugeruje, że chłopcy częściej zmuszają dziewczęta lub wywierają na nie presję tworzenia i udostępniania zdjęć z własnym wizerunkiem. Co więcej, dziewczęta częściej zgłaszają, iż czują lęk, a także pojawiają się u nich symptomy traumatyzacji z powodu nieuprawnionego rozpowszechniania ich

---

<sup>992</sup> *Ibidem*.

<sup>993</sup> K. Cooper, E. Quayle, L. Jonsson, C.G. Svedin, *Adolescents and self-taken sexual images. A review of literature* (tłum. wł.), *Computer in Human Behavior* 2016, Vol. 55, p. 16.

<sup>994</sup> S. Hinduja, J.W. Patchin, *op. cit.*, p. 4.

<sup>995</sup> K. Cooper, E. Quayle, L. Jonsson, C.G. Svedin, *op. cit.*, p. 16.

<sup>996</sup> Podając za: *ibidem*, s. 18.

<sup>997</sup> Podając za: *ibidem*, s. 18-19.

wizerunku. Czasami tego rodzaju sytuacja stanowi przejaw kontroli i próbę sprawowania władzy nad kobietami<sup>998</sup>. Dlatego zostało podkreślone znaczenie rozpoznania, czy określone zachowaniu (udostępnianiu sugestywnych zdjęć) towarzyszyła zgoda osoby, której wizerunek został utrwalony<sup>999</sup>.

### **8.1.5 Przykłady z judykatury i prasy w związku z niedobrowolnym udziałem małoletniego - Polska**

W tym miejscu warto przytoczyć przykład pochodzący z polskiej judykatury. Otóż w wyroku SR w Szczecinie z 29 listopada 2017 r. (V K 905/17), sprawca przez Internet przy pomocy aplikacji służącej do prowadzenia „wirtualnej” konwersacji, posłużył się groźbą bezprawną<sup>1000</sup>. Jej treść sprowadzała się do zagrożenia rozpowszechnieniem wizerunku 14-letniej ofiary w stanie nagości. W ten sposób zmuszał ją do określonego zachowania, w postaci wykonywania różnego rodzaju zadań, w tym samookaleczenia się. Oskarżony nakazywał przy tym ich wykonywanie poprzez przesyłanie wiadomości we wspomnianej aplikacji, które to groźby wzbudziły w pokrzywdzonej uzasadnioną obawę, iż zostaną spełnione<sup>1001</sup>. Stan faktyczny kształtował się następująco: groźący skontaktował się z małoletnią i poinformował ją, że jest w posiadaniu jej zdjęć. Poprosiła go o ich skasowanie. Sprawca odpisał, że skasuje je, jeżeli dziewczyna weźmie udział w grze, która będzie polegać na wykonywaniu przez niego poleceń w przedmiocie samookaleczenia się. Jednocześnie zagroził, że w przypadku niewykonywania poleceń, rozpowszechni zdjęcia, o których była mowa wyżej w Internecie, postąpi w ten sposób również, gdy powiadomi kogokolwiek o szantażu<sup>1002</sup>. Pokrzywdzona obawiała się, że mężczyzna spełni groźby. Przystąpiła do spełniania żądania, udając się do kuchni po nóż. Jej matka zauważyła, że córka jest wystraszona. Małoletnia opowiedziała jej o tym, co się wydarzyło. Jej rodzice zawiadomili Policję<sup>1003</sup>. Przytoczone okoliczności ukazują, iż w ocenie osoby małoletniej, rozpowszechnienie jej wizerunku w stanie nagości może być na tyle dolegliwe, że jest w stanie dokonać samookaleczenia. W podanym orzeczeniu zostało nadmienione, iż małoletnia była wystraszona zaistniałymi okolicznościami. Innymi

---

<sup>998</sup> *Ibidem*, s. 22-23.

<sup>999</sup> *Ibidem*, s. 25.

<sup>1000</sup> Wyrok SR w Szczecinie z 29.11.2017 r., V K 905/17, LEX nr 2427901.

<sup>1001</sup> *Ibidem*.

<sup>1002</sup> *Ibidem*.

<sup>1003</sup> *Ibidem*.

słowy, odczuwała co najmniej niepokój. Poza tym poddanie się poleceniom sprawcy, które dotyczą samookaleczenia świadczą o bezsilności ofiary. Warto nadmienić, iż u 14-letniej dziewczyny proces rozwoju psychofizycznego nie został zakończony. W literaturze psychologicznej panuje pogląd, że osobowość człowieka nie wynika z faktu jego urodzenia. Jest ona rezultatem procesów wychowawczych<sup>1004</sup>. Nacisk na proces motywacyjny ofiary był na tyle silny, że był w stanie doprowadzić do jej autoagresji, dlatego należy przypuszczać, że to wydarzenie miało dla niej charakter traumatyczny i z tego powodu może skutkować rozwojem zaburzeń psychicznych, np. zespołem stresu pourazowego<sup>1005</sup>. Wydaje się, iż zaprezentowany przykład potwierdza, iż konieczne jest wyodrębnienie w ramach regulacji z art. 191a § 1 k.k. (jednak jako dalszego) przedmiotu karnoprawnej ochrony w postaci prawidłowego rozwoju psychofizycznego małoletniego.

Z kolei w 2006 r. pojawiły się doniesienia medialne o 14-letniej Ani, uczennicy gdańskiego gimnazjum. W trakcie trwania zajęć lekcyjnych, pod nieobecność nauczyciela w klasie, dwóch chłopców przy użyciu siły rozebrało dziewczynę i dotykało ją, pozorując zgwałcenie. Natomiast, trzeci chłopiec utrwalił zajście za pomocą telefonu komórkowego. Ania nie poradziła sobie z uczuciem upokorzenia i następnego dnia popełniła samobójstwo. W trakcie prowadzonego postępowania przygotowawczego została wysunięta hipoteza, że groźba upublicznienia tego materiału mogła spowodować podjęcie przez dziewczynę tej tragicznej w skutkach decyzji<sup>1006</sup>.

### **8.1.6 Charakterystyka pokrzywdzonego małoletniego w ramach art. 191a § 1 k.k. Podsumowanie oraz uwzględnienie dobra: prawidłowy rozwój psychofizyczny małoletniego**

Z analizy praktycznego aspektu funkcjonowania regulacji prawnej z art. 191a k.k., (przeprowadzonej przez M. Mozgawę oraz K. Nazar-Gutowską) wynika, że w 38 sprawach, skierowanych w 2012 r., do sądów powszechnych wraz z aktami oskarżenia wystąpiło 40 osób pokrzywdzonych (38 kobiet i 2 mężczyzn)<sup>1007</sup>. W dodatku 5 kobiet było małoletnich, co stanowi 12,5% wszystkich pokrzywdzonych. Wydaje się, że należy

---

<sup>1004</sup> M. Przetacznik-Gierkowska, Z. Włodarczyk, *Psychologia wychowawcza*, t. 1, wyd. 6 roz. i zm, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 42 i n.

<sup>1005</sup> *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM-5 (tłum. wł.)*, American Psychiatric Publishing – New Library, Washington, London 2013, p. 265-280.

<sup>1006</sup> *Samobójstwo po upokorzeniu w szkole*, <https://www.trojmiasto.pl/wiadomosci/Samobojstwo-po-upokorzeniu-w-szkole-n21035.html>, [dostęp: 02.07.2020].

<sup>1007</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)*, Prawo w Działaniu 2014, Nr 19, s. 27.

ten odsetek uznać za istotny. Co więcej, aż w 95% z wszystkich przypadków ofiara i sprawca znali się wcześniej. Znaczący jest też odsetek występowania pomiędzy nimi więzi emocjonalnej – 34,2%<sup>1008</sup>. Należy mieć na względzie fakt, iż przytoczone wyniki analizy pochodzą z 2012 r., a rozwój technologii i technizacji sprawił, że wzrosła częstotliwość posługiwania się przez dzieci, urządzeniami (często w nieograniczony sposób) umożliwiającymi utrwalanie treści oraz transmisję danych za pośrednictwem Internetu i innych sieci telekomunikacyjnych<sup>1009</sup>. Ponadto spadek cen urządzeń (służących do korzystania z Internetu) również przyczynia się do upowszechnienia innych sposobów korzystania z Internetu, aniżeli za pomocą komputera dzielonego z innymi użytkownikami lub komputera stacjonarnego. W rezultacie został uproszczony dostęp do korzystania z Internetu dla osób małoletnich. W dodatku granica wiekowa pierwszej styczności z Internetem uległa obniżeniu<sup>1010</sup>. Wszystkie przywołane dane uprawdopodobniają, iż w obecnych warunkach (głównie ze względu na wspomniany postęp technologiczny oraz powszechność dostępu małoletnich osób w korzystaniu z Internetu) wzrasta możliwość popełnienia czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k. na szkodę małoletniego. Co więcej, przytoczone we wcześniejszych fragmentach niniejszej pracy, dane dotyczące eksploatawania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez dzieci i młodzież wskazują, że więź emocjonalna z adresatem lub współuczestnikiem takiego działania stanowi ważny czynnik dla decyzji o podjęciu takiego zachowania. Z tej racji w takim przypadku chronione dobro prawne może z uwagi na dalszy przedmiot karnoprawnej ochrony przybrać postać prawidłowego rozwoju psychofizycznego małoletniego. Kontrargumentem dla twierdzenia, że ujęty w taki sposób przedmiot ochrony jest zbyt dalece idący ze względu na potencjalnie rozległy zakres odpowiedzialności sprawcy, może być fakt, że dobro to jest ujęte w indywidualistyczny sposób. Analizowane przestępstwo jest ścigane na wniosek, a więc już na tym etapie dochodzi do swoistej „preselekcji” czynów, którymi powinny zająć się organy ścigania.

Jednakże, zanim określone zachowanie małoletniego zostanie ocenione z uwagi na jego zawartość kryminalną, warto przyjrzeć się czynnikom, które sprzyjają

---

<sup>1008</sup> *Ibidem*.

<sup>1009</sup> Por. L. Kirwil, *Polskie dzieci w Internecie. Zagrożenia i bezpieczeństwo na tle danych dla UE*, EU Kids Online, [https://www.spidor.pl/wp-content/uploads/2012/10/EUKidsOnline-report\\_2011.pdf](https://www.spidor.pl/wp-content/uploads/2012/10/EUKidsOnline-report_2011.pdf), [dostęp: 26.01.2020] oraz J. Pyżalski, A. Zdrodowska, Ł. Tomczyk, K. Abramczuk, *Polskie badania EU Kids Online 2018. Najważniejsze wnioski i wyniki*, [https://fundacja.orange.pl/files/user\\_files/EaaU\\_Kids\\_Online\\_2019\\_v2.pdf](https://fundacja.orange.pl/files/user_files/EaaU_Kids_Online_2019_v2.pdf), [dostęp: 26.01.2020]

<sup>1010</sup> *Ibidem*.

podejmowaniu tego rodzaju aktywności przez osoby małoletnie. Biorąc pod uwagę wyniki przytoczonych badań w pierwszym rzędzie, można wskazać czynniki o charakterze środowiskowym. Oczywiście należy podkreślić, iż jest to związane przede wszystkim z zaniedbaniami wychowawczymi w procesie rozwoju psychofizycznego małoletniego. Skoro osoba małoletnia jest gotowa udostępnić własny wizerunek w stanie nagości w imię dalszego rozwijania lub utrzymania relacji romantycznej, wypada zastanowić się, czy odpowiednie instytucje państwowe oraz jego opiekunowie prawni prawidłowo kształtowali jego poczucie własnej wartości. Z kolei z poczuciem własnej wartości jest związana kolejna kwestia, czy małoletni ma świadomość, które zachowania mogą oddziaływać destrukcyjnie na jego psychikę. Wykazany w powyżej przytoczonych badaniach związek między udziałem w sekstingu a zażywaniem narkotyków przed odbywaniem stosunku płciowego nie pozostawia wątpliwości, że osoby te przejawiają skłonność do podejmowania ryzykownych zachowań. Z tej racji można przypuszczać, iż wspomniana świadomość autodestrukcyjnych postaw nie kształtuje się na pożądanym poziomie, choć oczywiście każdy przypadek wymagałby oddzielnej, pogłębionej analizy.

Natomiast w kwestii czynników decydujących o częstotliwości występowania zachowań w postaci rozpowszechnienia o niekonsensualnym charakterze wizerunku (stanowiącego przedmiot niniejszego opracowania) małoletniego w roli pokrzywdzonego należy wskazać te o psychologicznym charakterze. Wedle przytoczonych badań większość działań w postaci rozpowszechnienia tego rodzaju treści następuje przez osoby znane pokrzywdzonemu, a zwłaszcza, przez te, które współtworzyły z ofiarą relację o charakterze romantycznym. Zatem nasuwa się konstatacja, iż pierwsze doświadczenia tychże osób w kwestii tworzenia związku należy określić jako szkodliwe z uwagi na aspekt emocjonalny.

Podłoża analizowanego problemu można także upatrywać (oprócz w wymienionych uprzednio czynnikach) w niedoświadczeniu życiowym oraz presji rówieśniczej z uwagi na zdobywanie doświadczeń w sferze relacji o charakterze romantycznym. W końcu część sprawców była uprzednio przedmiotem wiktyimizacji. W rezultacie wypadałoby rozważyć, czy nie powielają oni schematów, z którymi mogli zetknąć się w poprzednich romantycznych relacjach.

Następne zagadnienie, pozostające w związku z poruszonymi kwestiami, dotyczy relacji tworzonych przez ofiary z osobami, z którymi zwykle łączy ludzi więź o charakterze emocjonalnym, tj. z rodziną lub z przyjaciółmi. Z przeanalizowanych danych wynika, iż większość pokrzywdzonych nie nawiązało relacji opartej na zaufaniu,



w stopniu pozwalającym na podzielenie się faktem z życia intymnego, jakim jest wystąpienie w roli ofiary w aspekcie niekonsensualnego rozpowszechnienia wizerunku. To z kolei powoduje niemożność ekspozycji odczuć z tym związanych. Słabe więzy emocjonalne z innymi ludźmi mogą być konsekwencją trudności w nawiązywaniu relacji społecznych. Z drugiej strony nagromadzenie negatywnych emocji może przyczyniać się do poważnych problemów w zakresie zdrowia psychicznego, m.in. stanowić swoisty „katalizator” dla wspomnianego wcześniej odwrócenia ról, gdy pokrzywdzony staje się sprawcą.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że wszystkie uwagi o charakterze kryminologicznym stanowią jedynie zasygnalizowanie problemów, a ich rozwinięcie wymagałoby odpowiednich badań, które jednak pozostają poza zakresem niniejszego opracowania.

Ponadto przytoczone wyniki badań i doświadczenie życiowe wskazują, że zarówno małoletni, dobrowolnie podejmujący tego rodzaju działanie (w zależności od oceny relewantności wyrażonej przez niego zgody), jak i występujący bezsprzecznie w roli osoby przymuszanej mogą zakłócić prawidłowy rozwój psychofizyczny małoletniego. Wydaje się, iż w Polsce nie zostały do tej pory opublikowane rezultaty badań, co do ewentualnego wpływu na zdrowie psychiczne małoletniej osoby zaangażowanej w seksting<sup>1011</sup>, tzw. „sexortion”, czy tzw. „porno-zemstę”. Jednak w przytoczonych zagranicznych studiach ankietowani w odniesieniu do tych trzech form eksploatacji wizerunku deklarowali, że towarzyszy im np. uczucie niepokoju czy symptomy depresji. Postępujące procesy globalizacji sprawiają, że można przypuszczać, iż Stany Zjednoczone, w których zdecydowano o przeprowadzeniu badań nie cechują na tyle znaczące różnice kulturowe, z uwagi na funkcjonowanie małoletnich w społeczeństwie, aby uniemożliwiały odniesienie powstałych konstatacji do polskich dzieci i nastolatków. Zestawiając zaprezentowane w ramach dyskursu psychologicznego wnioski wraz z regulacją zawartą w art. 191a § 1 k.k., należy stwierdzić, że mimo iż przedmiotem zamachu w przypadku tego przestępstwa może być każdy człowiek, to jeżeli czyn sprawcy godzi w małoletniego – niewątpliwie można wyróżnić dobro w postaci jego prawidłowego rozwoju psychofizycznego. Małoletni *expressis verbis* jako przedmiot czynności sprawczej nie został uwzględniony w strukturze analizowanego przestępstwa. Jednak stan równowagi psychicznej jednostki ma pośrednio znaczenie dla

---

<sup>1011</sup> Pojęcie „seksting” w rozumieniu oprócz przekazywania i otrzymywania sugestywnych wiadomości tekstowych, także obrazów zawierających wizerunek nadawcy.

funkcjonowania określonej społeczności, w której żyje konkretny człowiek, a finalnie – dla całego społeczeństwa. Poza tym tragiczne przypadki odebrania sobie życia wśród małoletnich jako następstwo stosowanych gróźb upublicznienia utrwałej wizerunku nagiej osoby bądź upublicznienie ich stanowią wyraźną przesłankę do objęcia tego dobra karnoprawną ochroną.

## 8.2. Pojęcie „naga osoba”

Warto w kontekście analizy pojęcia „naga osoba” wspomnieć o badaniach natury empirycznej, przeprowadzonych przez M. Mozgawę oraz K. Nazar-Gutowską w zakresie praktyki ścigania przestępstwa, ujętego w omawianej regulacji. W ramach przestudiowanych 44 spraw, przedmiotem 29 czynów był albo wyłącznie wizerunek nagiej osoby albo wizerunek nagiej osoby oraz wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej<sup>1012</sup>. Przedstawione dane wykazują stosunek liczby czynów popełnionych w związku z posłużeniem się przez sprawcę wizerunkiem nagiej osoby względem wszystkich zachowań rozpatrywanych na gruncie art. 191a k.k. (uwzględnionych we wspomnianym badaniu). Wynika z niego, iż sprawcy częściej podejmują działania, które dotyczą wizerunku nagiej osoby, aniżeli drugiego znamienia (tj. wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej). Można przypuszczać, że wskazana zależność ma podłoże w dwóch okolicznościach. Przede wszystkim, ze względu na charakter aktywności, często wykonywanie czy uczestniczenie w czynności seksualnej jest poprzedzone zdjęciem odzieży, dlatego wydaje się, że przypadki, gdy jednocześnie może zostać utrwalony lub rozpowszechniony wizerunek nagiej osoby podczas czynności seksualnej, mogą wystąpić relatywnie często. Po drugie, można przypuszczać, iż z przyczyn czysto praktycznych w większości przypadków łatwiej wejść w posiadanie utrwalenia lub utrwalić wizerunek nagiej osoby, aniżeli wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej, który wiąże się z podjęciem (wymuszonej lub dobrowolnej) aktywności przez pokrzywdzonego. Co więcej, fakt, że sprawcy częściej posługują się wizerunkiem nagiej osoby, statuuje słuszność po stronie ustawodawcy w przedmiocie umieszczenia analizowanej regulacji w rozdziale k.k. poświęconemu przestępstwom przeciwko wolności. Należy uściślić, że w przypadku komentowanego czynu zabronionego motywy działania sprawcy pośrednio wyznaczają kształt indywidualnego

---

<sup>1012</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 23.

przedmiotu ochrony. Jednakże wymienione zagadnienie zostało omówione szerzej w odpowiednim fragmencie niniejszego opracowania<sup>1013</sup>.

W dobie, gdy media promują kult idealnego ciała, właściwym rozwiązaniem wydaje się przyznanie karnoprawnej ochrony dla osób, których wizerunek zawierający odsłonięty biust przypominający wyglądem biust kobiety został bezprawnie utrwalony lub rozpowszechniony. Warto zauważyć, że najczęściej wykonywanym zabiegiem na świecie z zakresu chirurgii plastycznej jest powiększenie biustu<sup>1014</sup>. Pomimo iż tego rodzaju zabieg jest wykonywany w znieczuleniu ogólnym i niesie ryzyko wystąpienia różnych powikłań, a przy tym jego celem nie jest bezpośrednio ratowanie życia, nie zniechęca to coraz większej grupy ludzi, aby skorzystać z możliwości, którą oferuje chirurgia plastyczna. Co więcej, w badaniach dotyczących motywów, dla których kobiety decydują o poddaniu się tego rodzaju zabiegowi, znalazły się m.in. stwierdzenia, iż odczuwają wstyd przed rozebraniem się na plaży oraz robią to dla partnera, który pragnie by miały określony rozmiar biustu<sup>1015</sup>. Co oczywiste, wskazana motywacja sprawia, że przyczyn należy doszukiwać się w niezadowoleniu z wyglądu piersi. Poza tym chęć podobańcia się partnerowi, z którym tworzy się relację o charakterze romantycznym wskazuje, iż problem ten wkracza w sferę intymną osoby.

### 8.3 Utrwalanie

Jak zostało wspomniane we wcześniejszych fragmentach niniejszego rozdziału, M. Mozgawa wraz z K. Nazar-Gutowską podjęli się przeprowadzenia badań natury empirycznej, dotyczących czynów zakwalifikowanych na podstawie art. 191a § 1 k.k.<sup>1016</sup>. Analiza odnosi się do 2012 r. Wynika z niej, że 252 sprawy zostały zainicjowane w związku z art. 191a § 1 k.k. Ich treść obejmowała 257 czynów<sup>1017</sup>. 48 z nich przybrało postać utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, a 36 – rozpowszechniania lub utrwalania tychże. Sprawcy dla realizacji znamion, w wymienionych wariantach przestępstwa posługiwali się najczęściej podstępem (54 przypadki). Natomiast wykorzystanie pozostałych środków dla osiągnięcia celu – tj.

---

<sup>1013</sup> Więcej na ten temat: 2.1. Przedmiot ochrony przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.

<sup>1014</sup> Więcej na ten temat: *Operacja na kompleksach*, Wprost, [Operacja na kompleksach \(lodz.pl\)](http://Operacja.na.kompleksach.lodz.pl), [dostęp 03.09.2021].

<sup>1015</sup> Więcej na ten temat: T. Rzepa, M. Pastucha, W. Grzesiak, A. Modrzejewski, T. Leoński, *Wokół operacji plastycznej piersi: jakość życia, motywy i oczekiwania*, Wiad. Psychiatr. 2012, Nr 3, s. 113-117.

<sup>1016</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 19-30.

<sup>1017</sup> 245 przypadków zostało poddane badaniu, gdyż pominięto te, które zostały załatwione w inny sposób. Patrz: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 20.

przemoc (3 przypadki) oraz groźba bezprawna (1 przypadek) miało wymiar jedynie epizodyczny<sup>1018</sup>.

Niniejsze informacje wskazują, iż wariant utrwalania (utrwalania lub rozpowszechniania) wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej nie stanowi preferowanego sposobu popełnienia przestępstwa z uwagi na treść art. 191a§ 1 k.k. Taki stan rzeczy wynika z faktu, że mimo znaczącego procesu symplifikacji sposobu rejestracji treści wizualnych, wymaga on powzięcia środków angażujących w wyższym stopniu sprawcę, aniżeli czynność ich rozpowszechniania. Ze względu na ustawowy wymóg posłużenia się jednym ze środków zaliczanych do tzw. znamion rozbójniczych, sprawca w przeważającej większości przypadków będzie zmuszony do powzięcia określonych przygotowań celem popełnienia przestępstwa, np. zamontowanie ukrytej kamery czy ukrycie się przed osobą, której wizerunek ma zostać utrwalony. Z kolei czynność rozpowszechniania treści za pomocą Internetu sprowadza się zaledwie do umieszczenia stosownego pliku np. na serwerze, co często w praktyce oznacza kilka kliknięć i brak większego zaangażowania zarówno fizycznego, jak i intelektualnego ze strony sprawcy.

Co więcej, granice odpowiedzialności karnej w zakresie wariantu rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej są zakreślone w sposób rozleglejszy aniżeli w przypadku utrwalania co najmniej jednego z wymienionych rodzajów wizerunków. Z tego powodu przypadki utrwalania wizerunku podlegały analizie rzadziej w przypadku przywołanego badania niż czyny rozpowszechniania wizerunku. Innymi słowy, niniejsze badania nie uwzględniały sytuacji niekonsensualnego (w postaci niewyrażenia zgody przez dysponenta dobrem) utrwalania wizerunku osoby, gdyż taki przypadek pozostaje poza zakresem kryminalizacji, a więc również poza przedmiotem badania.

Z kolei wybór podstępu jako środka do popełnienia analizowanego przestępstwa w przeważającej części przypadków jest podyktowany jego charakterem. Mianowicie, nie wymaga on od sprawcy bezpośredniej konfrontacji sprawcy z pokrzywdzonym. Co z kolei wydaje się, iż może mieć związek z faktem, iż sprawca najczęściej zna ofiarę, i jeżeli w określonym stanie faktycznym kieruje się on motywami o charakterze emocjonalnym, to może on nie chcieć pogorszenia relacji z pokrzywdzonym<sup>1019</sup>. Po

---

<sup>1018</sup> Patrz: *ibidem*.

<sup>1019</sup> Więcej na ten temat w dalszej części niniejszego rozdziału. Patrz: *VIII Empiryczny aspekt art. 191a § 1 k.k. - prowadzone badania, orzecznictwo, artykuły prasowe oraz statystyka*

drugie, czynność utrwalenia wizerunku wymienionego w art. 191a § 1 k.k. w warunkach podstępny może stwarzać u sprawcy przeświadczenie o niewykrywalności jego czynu przez organy ścigania, gdyż uważa on, że jego zachowanie było dyskretne. Z tej racji sprawca jest bardziej skłonny do posłużenia się podstępem niż przemocą lub groźbą bezprawną.

#### **8.4 Rozpowszechnianie**

Natomiast w sprawie analizy znamienia „rozpowszechnianie” w kontekście art. 191a § 1 k.k. w aspekcie empirycznym, należy nadmienić, iż w uprzednio przytoczonym badaniu 173 czynności polegały na rozpowszechnianiu wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, natomiast 36 przypadków dotyczyło utrwalania i rozpowszechniania tychże. Instrumentem, po który najczęściej sięgali sprawcy rozpowszechniając określony wizerunek, jest Internet (144 razy) oraz telefon komórkowy (29 razy)<sup>1020</sup>.

Powyższe dane wskazują, iż forma czynu sprawcy częściej przybiera postać rozpowszechniania, aniżeli utrwalania wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej. Można przypuszczać, że ze względu na postęp technologiczny, który miał miejsce od czasu 2012 r., na znaczeniu zyskało narzędzie o charakterze mieszanym tj. wykorzystanie telefonu komórkowego (smartphone'a) i Internetu jednocześnie, np. wykorzystując w tym celu specjalne aplikacje stworzone na telefon do publikacji zdjęć, czy krótkich filmów<sup>1021</sup>.

#### **8.5 Przemoc jako sposób działania sprawcy**

Przechodząc do analizy empirycznej znaczenia poszczególnych tzw. znamion rozbójniczych w kontekście omawianej regulacji, można przypuszczać, iż zastosowanie przemocy w ramach czynu uwzględnionego w art. 191a § 1 k.k. jest w ocenie sprawców zbyt uciążliwą dla nich metodą działania lub wymagającą od nich znacznych nakładów wysiłku, gdyż z badań<sup>1022</sup> dotyczących m.in. kształtu postaw sprawców w ramach zespołu znamion przestępstwa (uwzględnionego w analizowanej regulacji) wynika, iż spośród 173 czynów w postaci rozpowszechniania, 48 czynów w postaci utrwalania oraz 36 czynów w postaci utrwalania lub rozpowszechniania (wynikających ze spraw

---

<sup>1020</sup> Patrz: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 20.

<sup>1021</sup> Patrz: Aplikacja Snapchat, <https://www.snapchat.com> [dostęp: 30.03.2019].

<sup>1022</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 20.

zainicjowanych we wszystkich jednostkach prokuratury powszechnej w Polsce w 2012 r.), jedynie w jednym sprawca dopuścił się przemocy względem pokrzywdzonego<sup>1023</sup>.

## 8.6 Groźba bezprawna jako sposób działania sprawcy

Z kolei rozważania na temat groźby bezprawnej z uwagi na art. 191a § 1 k.k., wymagają przytoczenia wyników badań przeprowadzonych przez M. Mozgawę oraz K. Nazar-Gutowską<sup>1024</sup>. Miały one postać empiryczną i dotyczyły analizy karnoprawnej oraz praktyki ścigania przestępstwa ujętego w art. 191a k.k. Docelowo przeanalizowano 245 z 257 czynów w ramach spraw zainicjowanych we wszystkich jednostkach prokuratury w 2012 r. Spośród nich 173 czynów przybrało postać rozpowszechniania, 48 czynów - utrwalania oraz 36 czynów - utrwalania lub rozpowszechniania. Jedynie w trzech z powyższych przypadków, sprawca posłużył się groźbą bezprawną<sup>1025</sup>. Wyniki tych badań wskazują, że groźba bezprawna nie była częstym wyborem wśród sprawców, jeżeli chodzi o środek do popełnienia przestępstwa przewidzianego w art. 191a § 1 k.k. Można przypuszczać, że w tym przypadku nie jest to najbardziej efektywny środek dla osiągnięcia celu sprawcy (albo utrwalenia, albo utrwalenia i rozpowszechnienia wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej). Świadczy o tym przede wszystkim fakt, że sprawcy rzadko decydują się na takie rozwiązanie. Poza tym wydaje się, iż w zdecydowanej większości sytuacji, poza przypadkiem groźby pośredniej, jeżeli sprawca zdecyduje się zastosować groźbę, czynność ta będzie miała wymiar konfrontacyjny. Bez względu czy przybierze ona formę ustną, gestu, czy pisemną, wymaga od sprawcy określonego typu działania inicjującego. Natomiast M. Jachimowicz podkreśla, że „sprawca czynu, o którym mowa w art. 191a § 1 k.k., zamiast użycia przemocy w celu wymuszenia zachowania zgodnego z jego wolą może zastosować inny sposób zachowania – groźbę bezprawną – który według jego oceny jest

---

<sup>1023</sup> Uwzględniono w badaniu 257 czynów, jednak analizie poddano jedynie 245 będących przedmiotami spraw we wszystkich jednostkach prokuratury, bowiem autorzy pracy zdecydowali się na pominięcie tych, które zostały załatwione w inny sposób. Autorzy nie przedstawili również danych, w kwestii częstotliwości użycia przemocy w celu wymuszenia rozpowszechniania wizerunku uwzględnionego w art. 191a k.k. Patrz: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 20.

<sup>1024</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 20.

<sup>1025</sup> Autorzy nie przedstawili również danych, w kwestii częstotliwości użycia groźby bezprawnej w celu wymuszenia rozpowszechniania wizerunku uwzględnionego w art. 191a k.k. Patrz: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 20.

równie skuteczny co przemoc, a jednocześnie bardziej ekonomiczny i mniej ryzykowny”<sup>1026</sup>.

Poza tym, tytułem zasygnalizowania problemu warto dodać, iż w trakcie analizy orzecznictwa na potrzeby omawianego zagadnienia z uwagi na narzędzie do dokonania przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., nasuwa się konstatacja, iż groźba karalna stanowi na tym tle dominującą postać groźby bezprawnej. Z kolei dwie pozostałe formy groźby odgrywają jedynie marginalną rolę.

### **8.7 Podstęp jako sposób działania sprawcy**

W kwestii zagadnienia podstępu w kontekście art. 191a § 1 k.k., należy wskazać na rezultaty badań, które zostały przeprowadzone przez M. Mozgawę oraz K. Nazar-Gutowską<sup>1027</sup>. Przybrały one empiryczną formę, a także dotyczyły analizy karnoprawnej oraz praktyki ścigania przestępstwa ujętego w analizowanej regulacji. Finalnie, analizie zostało poddanych 245 czynów z 257, w ramach spraw zainicjowanych we wszystkich jednostkach prokuratury w 2012 r. W ich zakresie znalazły się 173 czyny w formie rozpowszechniania, 48 czynów w postaci utrwalania oraz 36 czynów - utrwalania lub rozpowszechniania. Gdy działanie sprawcy sprowadzało się do albo utrwalania, albo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, podstęp – jako środek działania na gruncie analizowanej regulacji, został zastosowany 58 razy<sup>1028</sup>. Liczba ta sprawia, że podstęp jest najczęściej wybieranym sposobem działania sprawczego, w kontekście analizowanych badań. Przede wszystkim, przyjmując pogląd M. Mozgawy, iż potajemne utrwalanie, należy do podstępnego działania<sup>1029</sup>, można przypuszczać, że tego rodzaju zachowanie wymaga od sprawcy mniejszego zaangażowania z uwagi na aspekt emocjonalny, niż pozostałe środki działania wymienione w art. 191a k.k. (przemoc i groźba bezprawna). W przeciwieństwie do podstępu zwykle będą miały one konfrontacyjny charakter sprawcy z pokrzywdzonym. Natomiast, w przypadku podstępu, stopień postępu technologicznego oraz technizacyjnego jest na tyle zaawansowany, że można mówić o powszechnym dostępie do urządzeń z możliwością rejestracji treści różnego rodzaju (w tym obrazu).

---

<sup>1026</sup> M. Jachimowicz, *Przestępstwo utrwalania wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, KKSSiP 2012, z. 2, s.

<sup>1027</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 20.

<sup>1028</sup> Autorzy nie przedstawili również danych, w kwestii częstotliwości zastosowania podstępu w celu wymuszenia rozpowszechniania wizerunku uwzględnionego w art. 191a k.k. Patrz: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 20.

<sup>1029</sup> Patrz: M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie...*, *op. cit.*, s. 527.

Poza tym Internet stwarza nowe możliwości w kwestii utrwalania wizerunku określonej osoby, poza jej świadomością. Należy tutaj jeszcze wspomnieć o kompaktowych wymiarach większości tego rodzaju urządzeń, co ułatwia ich swobodne przenoszenie w różne miejsca. Sumując przedstawione argumenty, można przypuszczać, że obecny stan techniki sprzyja sprawcy popełnieniu przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. przy wykorzystaniu podstępu jako środka działania. Sprawca musi mieć umiejętność obsługi urządzenia utrwalającego obraz, uzyskać kontrolę nad obsługą określonego urządzenia (np. kamery przemysłowej), fakultatywnie (choć z pewnością w większości przypadków – przyp. red.) znaleźć miejsce lub sposób do zainstalowania tego rodzaju urządzenia.

Ponadto można przypuszczać, iż np. zastosowanie przemocy wiąże się z pokonaniem psychicznych barier przez sprawcę (związanych z zadaniem dolegliwości), z kolei udawanie lekarza czy organizatora castingu dla modelek wydaje się w mniejszym stopniu obciążające dla sprawcy z uwagi na aspekt emocjonalny, (pomimo podjętego wysiłku do zaaranżowania wskazanych sytuacji).

## 8.8 Właściwości sprawcy

Celem scharakteryzowania „szablonowego” sprawcy (precyzując oskarżonego) przestępstwa z art. 191a k.k., warto przytoczyć wyniki badań przeprowadzonych w tym przedmiocie przez M. Mozgawę oraz K. Nazar-Gutowską<sup>1030</sup>. W 38 przeanalizowanych sprawach wystąpiło 40 oskarżonych, odpowiednio: 36 mężczyzn i 4 kobiety<sup>1031</sup>. Oskarżeni najczęściej byli w wieku od 31 do 40 lat (13 osób). Nie odnotowano natomiast oskarżonego w wieku przekraczającym 60 lat. Jeżeli chodzi o wykształcenie, przeważało zawodowe (12 osób), chociaż znaczącą część stanowiła grupa z wykształceniem średnim (11 osób)<sup>1032</sup>. W kwestii ich zatrudnienia, nie można wyciągnąć miarodajnych wniosków, gdyż 19 osób pozostawało niezatrudnionych, a 18 – zatrudnionych<sup>1033</sup>. Największą grupę pokrzywdzonych stanowiło 23 kawalerów/panien<sup>1034</sup>. Większość oskarżonych w zakresie

---

<sup>1030</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 26.

<sup>1031</sup> W ramach badań przeprowadzonych w 2012 r., przez M. Mozgawę oraz K. Nazar-Gutowską w przedmiocie analizy prawnokarnej i praktyki ścigania przestępstwa z art. 191a k.k., uwzględniono 252 czyny, w tym 38 spraw skierowano do sądów z aktami oskarżenia. Patrz: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 19.

<sup>1032</sup> Autorzy badania nie uzyskali danych w przedmiocie wykształcenia 2 oskarżonych. Patrz: *ibidem*, s. 26.

<sup>1033</sup> Autorzy badania nie uzyskali danych w przedmiocie zatrudnienia 3 oskarżonych. Patrz: *ibidem*.

<sup>1034</sup> Autorzy badania nie uzyskali danych w przedmiocie stanu cywilnego 2 oskarżonych. Patrz: *ibidem*, s. 27.



przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. nie ma dzieci (20 osób)<sup>1035</sup>. Co ciekawe, zdecydowana większość z nich nie była wcześniej karana (27 osób)<sup>1036</sup>. Z powyższych danych wynika, że „wzorcowym” oskarżonym jest mężczyzna, który ukończył 30 lat, aczkolwiek nie osiągnął 60. roku życia. Mieszka on w mieście, jest stanu wolnego i nie był wcześniej karany<sup>1037</sup>. Może on zarówno mieć zatrudnienie, jak i pozostawać niezatrudnionym. Zwykle osiągnął on co najmniej zawodowe wykształcenie<sup>1038</sup>.

Przechodząc do właściwości sprawcy z art. 191a § 1 k.k. w kontekście relacji zachodzącej między nim a ofiarą przestępstwa (na podstawie przykładów zaczerpniętych z judykatury), można wskazać szeroki wachlarz możliwych wariantów. Sprawcą był konkubent matki pokrzywdzonej (wyrok SA w Gdańsku z 9 lutego 2017 r., II AKa 294/16)<sup>1039</sup>, współpracownikiem pokrzywdzonych (wyrok SR w Świdnicy z 14 kwietnia 2015 r., II K 497/13)<sup>1040</sup>, byłym konkubentem pokrzywdzonej (wyrok SR Gdańsk-Południe w Gdańsku z 26 października 2017 r., II K 1335/14)<sup>1041</sup>, osobą przeprowadzającą fikcyjną rozmowę kwalifikacyjną celem zatrudnienia pokrzywdzonej w roli hostessy, modelki, sekretarki (postanowienie SN z 25 lipca 2018 r., IV KK 262/18)<sup>1042</sup>, mężem pokrzywdzonej (wyrok SO w Kielcach z 9 października 2014 r., IX Ka 1041/14)<sup>1043</sup>, ojcem pokrzywdzonej (postanowienie SO w Elblągu z 16 lipca 2018 r., II Kop 17/18)<sup>1044</sup>, znajomym poznanym przez Internet (wyrok SR Szczecin-Centrum w Szczecinie z 29 listopada 2017 r., V K 905/17)<sup>1045</sup>, stręczycielem pokrzywdzonej (wyrok SO w Jeleniej Górze z 26 lipca 2013 r.,

---

<sup>1035</sup> Autorzy badania nie uzyskali danych w przedmiocie posiadania dzieci przez 4 oskarżonych. Patrz: *ibidem*.

<sup>1036</sup> Autorzy badania nie uzyskali danych w przedmiocie uprzedniej karalności 4 oskarżonych. Patrz: *ibidem*.

<sup>1037</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 27.

<sup>1038</sup> *Ibidem*.

<sup>1039</sup> Wyrok SA w Gdańsku z 09.02.2017 r., II AK 294/16, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/15100000001006\\_II\\_AKa\\_000294\\_2016\\_Uz\\_2017-02-09\\_002](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/15100000001006_II_AKa_000294_2016_Uz_2017-02-09_002), [dostęp: 21.04.2020].

<sup>1040</sup> Wyrok SR w Świdnicy z 14.04.2015 r., II K 497/13, LEX Nr 186435.

<sup>1041</sup> Wyrok SR Gdańsk-Południe w Gdańsku z 26.10.2017 r., II K 1335/14, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/151015050001006\\_II\\_K\\_001335\\_2014\\_Uz\\_2017-10-26\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/151015050001006_II_K_001335_2014_Uz_2017-10-26_001), [dostęp: 20.04.2020].

<sup>1042</sup> Postanowienie SN z 25.07.2018 r., IV KK 262/18, [www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv\\_kk\\_262-18.docx.html](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv_kk_262-18.docx.html), [dostęp: 21.04.2020 r.].

<sup>1043</sup> Wyrok SO w Kielcach z 09.10.2014 r., IX Ka 1041/14, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/152005000004506\\_IX\\_Ka\\_001041\\_2014\\_Uz\\_2014-10-09\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/152005000004506_IX_Ka_001041_2014_Uz_2014-10-09_001), [dostęp: 21.04.2020].

<sup>1044</sup> Postanowienie SO w Elblągu z 16.07.2018 r., II Kop 17/18, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/151010000001006\\_II\\_Kop\\_000017\\_2018\\_Uz\\_2018-07-16\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/151010000001006_II_Kop_000017_2018_Uz_2018-07-16_001), [dostęp: 21.04.2020 r.].

<sup>1045</sup> Wyrok SR Szczecin-Centrum w Szczecinie z 29.11.2017 r., V K 905/17, LEX nr 2427901.

VI Ka 307/13)<sup>1046</sup>, partnerem pokrzywdzonej (wyrok SR w Legionowie z 1 lipca 2019 r., II K 71/19)<sup>1047</sup>, kochankiem pokrzywdzonej (wyrok SO w Warszawie z 18 lipca z 2019 r., IX Ka 640/19)<sup>1048</sup>. Z podanych przykładów, zaczerpniętych z judykatury wynika, że w zdecydowanej większości przypadków między sprawcą a pokrzywdzonym (pokrzywdzoną) istniała relacja, która jest zdeterminowana przez więź emocjonalną, a w niektórych sytuacjach przez wysoki stopień zażyłości<sup>1049</sup>. Pojawiają się przede wszystkim wątpliwości, czy takie cechy nosi „wirtualna znajomość”, kontakt z osobą przeprowadzającą fikcyjną rozmowę kwalifikacyjną celem zatrudnienia pokrzywdzonej w roli hostessy, modelki, sekretarki z pokrzywdzonymi oraz kontakt stręczyciela z pokrzywdzoną<sup>1050</sup>. Jednakże pozostałe przypadki, wynikające z praktyki orzeczniczej wskazują na to, że przedmiot ochrony oraz czyn sprawcy z art. 191a k.k. jest bez wątpienia powiązany ze sferą ludzkiej intymności. Zwykle zezwalamy na dostęp do informacji z tej sfery lub na aktywność z nią związaną osobom nam najbliższym, nierzadko obdarzonych przez nas wysokim stopniem zaufania. W konsekwencji ofiara najczęściej będzie znała sprawcę przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. To z kolei egzemplifikuje charakter analizowanego czynu zabronionego. Co więcej, warto zauważyć, iż większość sprawców była wcześniej niekarana, co z uwagi na specyfikę tego przestępstwa może wskazywać, że część z tych czynów mogła zostać popełniona z uwagi na emocje, które towarzyszyły sprawcy w związku z jego sytuacją rodzinną czy towarzyską (np. kierował się chęcią zemsty, czy zazdrością o partnera). Poza tym w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy wprowadzającej art. 191a k.k. (Druk sejmowy nr 1394) zostało podniesione, że k.k. „(...) nie zawiera przepisów chroniących partnerów kontaktów seksualnych przed nadużyciem ich zaufania przez drugiego uczestnika tych kontaktów, polegającym na potajemnym utrwaleniu przez niego

---

<sup>1046</sup> Wyrok SO w Jeleniej Górze z 26.07.2013 r., VI Ka 307/13, [www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155005000003006\\_VI\\_Ka\\_000307\\_2013\\_Uz\\_2013-07-26\\_002](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155005000003006_VI_Ka_000307_2013_Uz_2013-07-26_002), [dostęp: 21.04.2020].

<sup>1047</sup> Wyrok SR w Legionowie z 01.07. 2019 r., II K 71/19, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154510050001006\\_II\\_K\\_000071\\_2019\\_Uz\\_2019-07-12\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154510050001006_II_K_000071_2019_Uz_2019-07-12_001), [dostęp: 21.04.2020].

<sup>1048</sup> Wyrok SO w Warszawie z 18.07. 2019 r., IX Ka 640/19, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154505000002706\\_IX\\_Ka\\_000640\\_2019\\_Uz\\_2019-07-18\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154505000002706_IX_Ka_000640_2019_Uz_2019-07-18_002), [dostęp: 21.04.2020].

<sup>1049</sup> Tak też: R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, Prok. i Pr. 2012, Nr 5, s. 37.

<sup>1050</sup> W trzech wymienionych przypadkach jest za mało danych, aby stwierdzić istnienie/nieistnienie więzi emocjonalnych. W pozostałych relacjach zwykle występuje tego rodzaju więź (na podstawie doświadczenia życiowego) również może nie występować więź emocjonalna z uwagi na brak czynników determinujących.

przebiegu kontaktu lub obrazu nagiego ciała partnera”<sup>1051</sup>. Zatem można przyjąć, że ustawodawca założył istnienie (przynajmniej w większości przypadków) więzi emocjonalnej między sprawcą a pokrzywdzonym (pokrzywdzoną) na tle przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.

Powyżej przedstawione wnioski znajdują potwierdzenie w wynikach badań przeprowadzonych przez M. Mozgawę oraz K. Nazar-Gutowską w przedmiocie analizy karnoprawnej i praktyki ścigania w odniesieniu do przestępstwa z art. 191a k.k.<sup>1052</sup>, w 38 analizowanych sprawach wystąpiło 40 pokrzywdzonych, z których aż 36 znało sprawcę<sup>1053</sup>. Jedna ze znajomości wynikała jedynie z kontaktu przez Internet. W 5 przypadkach pokrzywdzona była żoną sprawcy, natomiast w 8 - dziewczyną lub konkubiną. Z kolei w 2 przypadkach pokrzywdzona była córką sprawcy a w 1 – bratanicą<sup>1054</sup>. Zaprezentowane wyniki badań pozwalają na wyciągnięcie wniosku, że sprawca dokonując czyn zabroniony z art. 191a § 1 k.k., może być nierzadko w sposób emocjonalny związany z ofiarą. W następstwie czyn może być popełniony spontanicznie, gwałtownie jako odpowiedź na trwające zajście np. konflikt. Poza tym dwustronne relacje ludzkie często należą do ściślej sfery intymnej człowieka, do której nie zostaje dopuszczona osoba trzecia. Należy nadmienić, iż taki rodzaj relacji wynika nie tylko z pokrewieństwa, może być to np. długoletnia więź przyjacielska czy relacja o podłożu romantycznym.

## 8.9 Zbieg przepisów

W odniesieniu do zagadnienia zbiegu przepisów ustawy z uwagi na treść analizowanej regulacji, warto przytoczyć badania spraw z 2012 r., przeprowadzone przez M. Mozgawę oraz K. Nazar-Gutowską w przedmiocie analizy art. 191a k.k. z uwagi na jego wykorzystanie w praktyce<sup>1055</sup>. Badania te dotyczyły 252 spraw zainicjowanych we wszystkich jednostkach prokuratury powszechnej w Polsce. 38 spraw zostało objętych

---

<sup>1051</sup> *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Sejm VI kadencji, Druk Nr 1394, s.18.

<sup>1052</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 19.

<sup>1053</sup> Badaniem objęto 2012 r. W tym czasie zostały zainicjowane 252 sprawy z art. 191a § 1 k.k. we wszystkich jednostkach prokuratury powszechnej w Polsce. 38 spraw skierowano do sądów z aktami oskarżenia i z tego powodu to one podlegały analizie. Patrz: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *op. cit.*, s. 27.

<sup>1054</sup> *Ibidem*.

<sup>1055</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)*, Prawo w Działaniu 2014, Nr 19, s. 19-30.

aktem oskarżenia. W ramach nich wyróżniono 44 czyny<sup>1056</sup>. Natomiast 26 z nich zostały zakwalifikowane z art. 191a k.k. W 13 z nich zaszedł rzeczywisty zbieg przestępstw: art. 191a § 1 k.k. w zb. z art. 212 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.; art. 191a § 1 k.k. w zb. z art. 212 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.; art. 191a § 1 k.k. w zb. z art. 191 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.; art. 191a § 1 k.k. w zb. z art. 190 § 1 k.k. w zb. z art. 157 § 1 k.k. w zb. z art. 278 § 1 k.k. w zb. z art. 275 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.<sup>1057</sup>. Z kolei 7 czynów zakwalifikowano z art. 191a § 1 w zw. z art. 12 k.k. (czyn ciągły) z tymże w 5 z nich zaszedł rzeczywisty zbieg przestępstw, zaś w 11 przypadkach wystąpiła kumulatywna kwalifikacja art. 190a § 1 w zb. z art. 191a § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k. – cztery razy<sup>1058</sup>. Rozkład tychże przestępstw kształtował się w następujący sposób: „(...)

- 1) art. 191a § 1 w zb. z art. 202 § 4 w zw. z art. 11 § 2 k.k. (jeden raz),
- 2) art. 191a § 1 w zb. z art. 157 § 2 w zw. z art. 11 § 2 k.k. (jeden raz),
- 3) art. 189 § 1 w zb. z art. 191a § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k. (jeden raz),
- 4) art. 13 § 1 w zw. z art. 197 § 1, art. 197 § 1 w zb. z art. 191a § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k. (jeden raz),
- 5) art. 199 § 1 w zb. z art. 191a § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k. (jeden raz),
- 6) art. 191a § 1 w zb. z art. 13 § 1 w zw. z art. 191a § 2 w zw. z art. 12 k.k. (jeden raz),
- 7) art. 267 § 1 w zb. z art. 267 § 2 w zb. z art. 267 § 3 w zb. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k. (jeden raz)”<sup>1059</sup>.

Autorzy przytoczonego badania dostrzegają, iż stosunkowo często wypełnieniu znamion przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., towarzyszy dokonanie przestępstwa nękania<sup>1060</sup>. Schemat ten wystąpił w przypadku 11 czynów (25%) – cztery razy art. 190a § 1 k.k. wystąpił w kumulatywnej kwalifikacji oraz siedmiokrotnie w ramach rzeczywistego zbiegu przestępstw. Należy poprzeć stanowisko M. Mozgawy oraz K. Nazar-Gutowskiej, iż podany rezultat badań jest potwierdzeniem, iż nękanie często przybiera postać rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej<sup>1061</sup>. Można przypuszczać, iż podany rezultat wynika z faktu, że utrwalanie lub rozpowszechnianie treści zawierających wizerunek nagiej osoby lub osoby

---

<sup>1056</sup> *Ibidem*, s. 19-22.

<sup>1057</sup> *Ibidem*, s. 22.

<sup>1058</sup> *Ibidem*.

<sup>1059</sup> *Ibidem*.

<sup>1060</sup> *Ibidem*, s. 23.

<sup>1061</sup> *Ibidem*.

w trakcie czynności seksualnej w warunkach bezprawności ma dla pokrzywdzonego wymiar infamujący, naruszający wolność jednostki od bezprawnej ingerencji w zakresie kształtowania granic intymności.

## 8.10 Prawomocne skazania

Pozostając w płaszczyźnie problemów natury praktycznej, warto zwrócić uwagę na poniższą tabelę, która ilustruje zagadnienie relacji zachodzącej między liczbą prawomocnych skazań (z wyróżnieniem, gdy pokrzywdzonym był małoletni – liczba ujęta w nawiasie) za przestępstwo z art. 191a § 1 k.k. w poszczególnych latach a ilością skazanych, wobec których orzeczono określony rodzaj kary (w tym podział na karę z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz wykonanie kary bez warunkowego zawieszenia jej wykonania)

**Tabela 1.** Prawomocnie skazani (dorośli sprawcy) za przestępstwo z art. 191a § 1 k.k.

Prawomocnie skazani (dorośli sprawcy) za przestępstwo z art. 191a § 1 k.k. <sup>1062</sup>					
Rok		2015	2016	2017	2018
Skazani ogółem		50 (2)	82 (4)	88 (3)	107 (1)
Skazani na karę grzywny samoistnej	Warunkowe zawieszenie wykonania kary	0	0	0	0
	Wykonanie kary bez jej warunkowego zawieszenia	12	36	22	38
Skazani na karę ograniczenia wolności	Warunkowe zawieszenie wykonania kary	1	0	0	0
	Wykonanie kary bez jej warunkowego zawieszenia	4	18 (2)	28 (1)	23 (1)
Skazani na karę pozbawienia wolności	Warunkowe zawieszenie wykonania kary	30 (1)	25 (1)	28 (1)	35
	Wykonanie kary bez jej warunkowego zawieszenia	3 (1)	3 (1)	10 (1)	10

<sup>1062</sup> Na potrzeby opracowania niniejszej tabeli zostało poczynione założenie, iż należy dokonać zsumowania liczby skazanych w przypadku, gdy przestępstwem został pokrzywdzony albo pełnoletni, albo małoletni. W nawiasie została podana liczba skazanych w przypadku, gdy małoletni został pokrzywdzony przestępstwem z art. 191a § 1 k.k.

*Źródło: opracowanie własne na podstawie: Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego - dorośli - wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary w l.2008-2018 [w:] Opracowania wieloletnie, Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości<sup>1063</sup>.*

Z przytoczonych powyżej danych wynika przede wszystkim jeden kluczowy wniosek. Mianowicie, *prima facie* dostrzegalna jest tendencja wzrostowa liczby osób skazanych za popełnienie czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k. W ciągu czterech lat liczba ich wzrosła o ponad 100% (50 skazanych – 2015 r., 107 skazanych – 2018 r.). Wydaje się, iż przyczyn takiego stanu z punktu widzenia podmiotu analizowanego przestępstwa należy upatrywać w stale postępującym rozwoju technologicznym oraz technizacyjnym. Dynamizm tych procesów sprawia, że coraz więcej możliwości utrwalania, przechowywania, rozpowszechniania i innych sposobów wykorzystania obrazu znajduje się w zasięgu przeciętnego człowieka. Poza tym można zaobserwować kolejny rezultat tychże zjawisk. Otóż obsługa urządzeń czy oprogramowania służących do eksploatacji treści wizualnych stała się mniej skomplikowana, przez co taka czynność jak utrwalenie lub rozpowszechnienie wizerunku nabrało wręcz egalitarnego wymiaru. Wypada wskazać, iż do takiego stanu rzeczy przyczynia się przede wszystkim prężny rozwój mediów społecznościowych. To z kolei niewątpliwie stanowi kolejną implikację - potencjalne czynności w związku z przygotowaniem do popełnienia przestępstwa są w coraz mniejszym stopniu angażujące sprawcę. Z tej racji, wymienione czynniki, jak można przypuszczać, spowodowały, że sprawcy znacznie częściej dopuszczali się tego rodzaju przestępstwa, aniżeli przed kilkoma latami.

Warto również zaznaczyć, że sądy najczęściej decydowały o orzeczeniu kary w postaci skazania oskarżonego na grzywnę samoistną z bezwarunkowym wykonaniem kary oraz pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Można odnieść wrażenie, kierując się przy tym przede wszystkim założeniami dyrektywy wymiaru kary (art. 53 k.k.), sposobem jej orzekania w razie zbiegu przepisów ustawy (art. 11 k.k.) oraz doświadczeniem życiowym, że kara grzywny samoistnej będzie orzeczona, jeżeli czyn sprawcy będzie cechował się niższym stopniem karygodności czynu niż w przypadku czynu, za który orzeczono karę pozbawienia wolności. Co więcej, te same argumenty skłaniają do rozważenia, czy w większości przypadków, gdy sąd wyznaczył karę grzywny samoistnej, czyn sprawcy nie realizował wyłącznie znamion

---

<sup>1063</sup> Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego - dorośli - wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary w l.2008-2018, Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853.40.html>, [dostęp: 27.04.2020].

ujętych w art. 191a § 1 k.k. Natomiast, wówczas orzeczenie kary pozbawienia wolności mogłoby sugerować, iż w analizowanych okolicznościach wystąpił zbieg przepisów ustawy bądź przestępstw.

## Wnioski końcowe

Zaprezentowane w niniejszej pracy poglądy oraz wnioski dotyczące lub powiązane z brzmieniem art. 191a § 1 k.k. dowodzą, iż sposób skonstruowania tego przepisu może nastęrczyć wielu problemów w praktyce. Pomimo niejasności wynikających ze sposobu jego sformułowania trudno przecenić jego znaczenie, zwłaszcza z uwagi na stale dokonujący się postęp techniczny, który w kontekście cyfryzacji zdecydowanej większości dziedzin życia niewątpliwie wpływa na zakres znamion czynnościowych uwzględnionych w charakteryzowanej regulacji. Jednakże jej treść nie pozostaje wolna od niedostatków, których usunięcie ma szczególnie istotne znaczenie z uwagi na efektywność oraz celowość na etapie subsumpcji prawa.

Wielość oraz różnorodność nurtów wypowiedzi, co do znamienia „utrwalanie” w kontekście art. 191a § 1 k.k. udowadnia, że zagadnienie, które *prima facie* sprawia wrażenie jasnego, niebudzącego wątpliwości okazało się w praktyce interpretowanym różnorako. Celem efektywnego zabezpieczenia interesów pokrzywdzonego należy opowiedzieć się za szerokim rozumieniem tego pojęcia. Przede wszystkim w dobie cyfryzacji życia powstaje pytanie, w jaki sposób należy rozumieć przymiot trwałości. Trzeba mieć bowiem świadomość, iż pojęcie „trwałość” wyróżnia wysoki stopień nieostrości. Wedle definicji słownikowej termin „trwały” oznacza „(...) zdalny do użytku przez długi, dłuższy czas, nieulegający zmianom pod wpływem czynników zewnętrznych (...)”<sup>1064</sup>. Wobec powyższego rozumienia pojawia się pytanie o ocenę np. usunięcia utrwalenia z karty pamięci, gdyż przy uwzględnieniu umiejętności osoby, która nie jest entuzjastką, lecz jedynie użytkownikiem urządzenia, może okazać się takowe usunięcie trwałym ze względu na przeciętny stopień posiadanych umiejętności. Jednak dla profesjonalisty w zakresie urządzeń cyfrowych (np. serwisanta) w większości przypadków tego rodzaju działanie jest odwracalne. Dlatego wydaje się, że cecha trwałości utrwalenia nie przesądza o realizacji znamienia analizowanego przestępstwa, chyba że uwzględnimy możliwości, które stwarza technika w odzyskiwaniu danych *in abstracto*. Przyjęcie odmiennego założenia stwarzałoby wysokie ryzyko nadużyć. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy sprawca celem uniknięcia odpowiedzialności karnej transmituje przekaz w czasie rzeczywistym, za pomocą oprogramowania, które uniemożliwia zapis danych. Poza tym zniszczenie przez osobę

---

<sup>1064</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. T-Ż, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 132-133.



materialnej formy utrwalenia nie niweczy istoty tego rodzaju działania. Do ulotnych form utrwalania wizerunku należy zaliczyć także wykorzystywanie tzw. usług streamingowych. Stale wzrasta liczba ich odbiorców<sup>1065</sup>. Z tego powodu nie sposób nie dostrzec wzrostu znaczenia transmisji obrazu w czasie rzeczywistym. Poza tym, skoro wizerunek osoby, która uczestniczy w tego rodzaju przekazie czyni zadość kryteriom wyznaczonym przez ramy art. 191a § 1 k.k. (tj. osoba, której wizerunek byłby transmitowany, jest w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej, a przy tym cechuje go rozpoznawalność), to wydaje się, iż takie zachowanie mieści się w granicach utrwalenia.

Jednakże, względy celowościowe oraz charakter przedmiotu ochrony wynikający z tego przepisu nie pozwala na założenie, że nietrwałość utrwalenia nie mieści się w zakresie tego znamienia. Może mieć to natomiast wpływ na stopień karygodności dokonanego czynu. Z drugiej strony z pewnością nietrwałość utrwalenia przysporzy problemów w postępowaniu dowodowym, choćby z faktu, iż brak zmaterializowanej formy w znaczącej większości przypadków spowoduje brak możliwości oceny rozpoznawalności utrwalonego wizerunku<sup>1066</sup>.

Podobnego charakteru wątpliwość pojawia się w przedmiocie oceny następczego utrwalenia wizerunku, jeżeli pierwotne wyróżniało się nietrwałą postacią. Można przypuszczać, iż nawet brak możliwości zapisania treści nie wyklucza utrwalenia transmitowanego obrazu za pomocą innego urządzenia, np. smartphona (oba zachowania mogą zostać podjęte przez jednego sprawcę, w szczególności przy posłużeniu się podstępem). Jednakże, jeżeli osoba, której wizerunek jest rejestrowany, pozostaje świadoma utrwalenia innym urządzeniem, to nawet jej wyraźny sprzeciw, nie wpłynie na odpowiedzialność karną sprawcy. Analogicznie przedstawia się sytuacja, gdy sprawca dokonuje utrwalenia następczego. W rezultacie eksploatuje on jedynie już wcześniej utrwalonego wizerunek, a zatem nie realizuje znamion ujętych w ramach czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k. Kształt tego uregulowania sprawia, że sytuacja osoby utrwalającej wizerunek zarejestrowany w warunkach, które ustawodawca uznał za zasługujące na penalizację (podczas których sprawca posłużył się przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem) pozostaje karnoprawnie irrelewantna. Mając na względzie, iż

---

<sup>1065</sup> K. Girgiel, *Kwarantanna przed ekranem*, Puls Biznesu, <https://www.pb.pl/kwarantanna-przed-ekranem-989219>, [dostęp: 30.06.2020].

<sup>1066</sup> Patrz: K. Witczak, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 26 lipca 2013 r.*, VI Ka 307/13, *Folia Iuridica* 2018, Nr 82, s. 125 i n

źródłem prawa do prywatności, a zatem także i wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności człowieka jest godność, oraz że z doświadczenia życiowego można wnioskować, iż zachowanie w postaci następczego utrwalenia będzie powodowało u pokrzywdzonego, co najmniej uczucie dyskomfortu, a przypuszczalnie w niektórych przypadkach nawet cierpienie psychiczne, można sobie wyobrazić, iż pokrzywdzony, którego wizerunek został utrwalony w warunkach przestępstwa zgwałcenia, „nie życzyłby sobie” jego wtórnego utrwalenia. Wydaje się, iż można zaproponować dwa rozwiązania niwelujące „niedostatek” przyjętej formy regulacji. Po pierwsze rozszerzyć stopień decyzyjności dysponenta dobrem w kwestii utrwalenia wizerunku poprzez dodanie wariantu wyrażenia (niewyrażenia) zgody przez osobę, której wizerunek jest utrwalany, gdy znajduje się ona w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej, na utrwalenie wizerunku. Drugim rozwiązaniem jest wprowadzenie znamienia: „posiadanie wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody”.

W słowniku języka polskiego pojęcie „posiadać” zostało zdefiniowane jako „(...) mieć coś na własność, być właścicielem czegoś, zwykle mającego dużą wartość materialną (...) mieć jakieś możliwości, dysponować czymś (...)”<sup>1067</sup>. To znamię czynnościowe zostało ujęte m.in. w art. 202 § 3 k.k. oraz art. 202 § 4a-4b k.k. i odnosi się ono do posiadania skonkretyzowanych treści pornograficznych (np. z udziałem małoletniego). M. Mozgawa wraz P. Kozłowską-Kalisz przez czynność posiadania rozumieją każde władanie treściami, jeżeli sprawcy towarzyszy taki zamiar, nawet bez chęci zatrzymania tych treści na własność<sup>1068</sup>.

Z kolei M. Rodzyńkiewicz wyraził pogląd, że wyróżnienie znamienia „posiadanie” umożliwi objęcie zakresem penalizacji zarówno osobę, która samoistnie włada (właściciela), posiadacza zależnego (np. treścią pochodzącą z oprogramowania służącego do współdzielenia się określonymi plikami – przyp. red.), jak i osobę władającą za kogoś innego lub dla kogoś innego<sup>1069</sup>. Niewątpliwie należy przyznać słuszność, że

---

<sup>1067</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. P-Ś, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 407.

<sup>1068</sup> Patrz: M. Mozgawa, P. Kozłowska, Kalisz, *Analiza dogmatyczna przestępstw związanych z pornografią (zagadnienia podstawowe)* [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 77. Tak też: S. Hypś, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, V. Konarska-Wrzosek, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 971.

<sup>1069</sup> Patrz: M. Rodzyńkiewicz, *202 k.k. Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 2, Zakamycze, Warszawa 2006, s. 682.

posiadanie odnosi się do rzeczy natomiast treści pornograficzne (podobnie jak wizerunek osoby – przyp. red.) rzeczą nie są<sup>1070</sup>. Zmaterializowaną postacią ma nośnik wizerunku, na którym znajduje się, np. zapis informatyczny utworzony w formacie umożliwiającym zawarcie utrwalenia. Oczywiście znamię „posiadanie” traktowane jako stan odnoszący się wyłącznie do rzeczy materialnych nie oddawałby istoty problemu, jednak przytoczona językowa definicja pojęcia nie wskazuje jednoznacznie, że posiadanie dotyczy jedynie przedmiotów materialnych (gdyż nie tylko rzecz może mieć „zwykle dużą wartość materialną”)<sup>1071</sup>. Przyznać należy, iż ewolucja codziennego języka (w tym również określającego różnego rodzaju zachowania lub czynności) często nie wytrzymuje tempa narzuconego przez postęp techniczny i technizacyjny. Jednakże wykładnia językowa, której należy przyznać prymat umożliwia zastosowanie tego terminu w analizowanym aspekcie. W rezultacie wydaje się, że pojęcie „posiadanie” obecnie najpełniej określa zakres odpowiedzialności rozpatrywanej w niniejszej propozycji<sup>1072</sup>.

Natomiast, wedle M. Bielskiego posiadanie treści pornograficznych jest równoznaczne z fizycznym dysponowaniem nimi, nawet przez krótki okres<sup>1073</sup>. Sugeruje on odwołanie się do cywilistycznego rozumienia tego terminu jako faktycznego władztwa nad rzeczą, aczkolwiek podobnie do M. Rodzyńkiewicza obejmuje tym pojęciem również posiadanie samoistne oraz dzierżenie<sup>1074</sup>. W dodatku do posiadania zalicza on także postacię dysponowania zapisami informatycznymi na określonym nośniku. Nawet jeżeli nie znajduje się on we fizycznym władztwie dysponenta. Jako przykład podaje sytuację (przyp. red.), gdy „(...) posiadaczem treści pornograficznych będzie osoba dysponująca e-mailową skrzynką pocztową, na której będzie przechowywać takie treści, chociaż nie ma władztwa nad nośnikiem tej treści, jakim jest serwer. Możliwe jest więc posiadanie treści pornograficznych w formie >>zdematerializowanej<<”<sup>1075</sup>.

---

<sup>1070</sup> J. Warylewski, § 30. *Pornografia (art. 202 k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przepisy przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 898.

<sup>1071</sup> Patrz: S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. P-Ś, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. s. 407.

<sup>1072</sup> V. Konarska-Wrzosek, *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 931.

<sup>1073</sup> M. Bielski, 202 k.k. *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 4, Wolters, Kluwer, Warszawa 2013, s. 839.

<sup>1074</sup> Patrz: M. Rodzyńkiewicz, 202 k.k. *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 2, Zakamycze, Warszawa 2006, s. 682.

<sup>1075</sup> M. Bielski, *op. cit.*, s. 840.

W tym miejscu, dla pełnego zobrazowania problemu warto przytoczyć następujący stan faktyczny „Na KMP w K. 2.12.2011 r. stawiała się P.S. i złożyła zawiadomienie o popełnieniu na jej szkodę przestępstwa, polegającego na utrwaleniu jej wizerunku w trakcie czynności seksualnej i rozpowszechnieniu go w Internecie, tj. o czyn z art. 191a § 1 k.k. Zawiadamiająca zeznała, że około 5 lat temu zdecydowała, że chce stworzyć swoje prywatne portfolio, gdyż marzyła o karierze fotomodelki. Przeglądając Internet znalazła ogłoszenie fotografa G.L. z którego wynikało, że może on stworzyć takie portfolio za darmo. P.S. postanowiła z tej oferty skorzystać i umówiła się na spotkanie w studio fotograficznym. Podczas tego spotkania, które, jak zeznała, przebiegło w miłej atmosferze i trwało około godziny G.L. wykonał około 50–100 zdjęć, które miał przekazać P.S. na kolejnej sesji. P.S. nie podpisywała żadnej umowy czy zobowiązania. Podczas drugiego spotkania G.L. po przekazaniu P.S. zdjęć z poprzedniej sesji zaproponował wykonanie aktów. Powiedział, że będą to delikatne zdjęcia, a miejsca intymne będą przykryte tkaniną lub zacieniuje je podczas obróbki. P.S. zgodziła się, tym bardziej, że G.L. zapewnił, że nie wykorzysta ich bez jej zgody. Następnie P.S. zeznała, że w Internecie nawiązała kontakt z pewnym mężczyzną, który zaproponował, że jej zapłaci, gdy ta przekaże mu swoje erotyczne zdjęcia. Chodziło o zdjęcia stosunków nawet z niewidoczną twarzą. P.S. uznała, że może być to szansa na zarobienie jakichś pieniędzy i dlatego podczas drugiego spotkania z G.L. zaproponowała mu odbycie z nią stosunku seksualnego i sfotografowanie go. G.L. zgodził się. P.S. zastrzegła, że na zdjęciach tych jej twarz ma być niewidoczna i że po ich przekazaniu G.L. ma usunąć je ze swojego komputera. G.L. obiecał, że tak będzie. Podczas następnej sesji G.L. dał P.S. umowę do podpisania, która miała dotyczyć jedynie zdjęć wykonanych podczas pierwszej sesji. G.L. wyraźnie powiedział, że zdjęcia ich stosunków nie są objęte umową. Podczas tego spotkania G.L. i P.S. także odbyli stosunek, który został sfotografowany. Takich spotkań było jeszcze kilka, a do stosunków dochodziło za ich obopólną zgodą. P.S. liczyła, że wykorzysta te zdjęcia i przekaże je mężczyźnie, który miał jej za to zapłacić. Podczas jednego ze spotkań G.L. przyprowadził swojego kolegę i zaproponował odbycie z nim stosunku. P.S. zgodziła się. Po tym spotkaniu zaczęła mieć jednak złe przeczucia. Zauważyła, że G.L. nie zależy już na robieniu zdjęć, a bardziej na kontaktach seksualnych z nią. Kiedy G.L. zaczął naciskać, aby dała się fotografować nago z gazetami erotycznymi w rękach, zaczęła podejrzewać, że może chcieć te zdjęcia gdzieś opublikować. P.S. postanowiła zakończyć tę współpracę, tym bardziej, że G.L. zaczął uzależniać przekazywanie jej zdjęć od seksu z nim. Za pośrednictwem Internetu

i telefonu P.S. zażądała od G.L. przekazania jej wszystkich zdjęć i wykasowania ich z twardego dysku komputera. W odpowiedzi G.L. stwierdził, że dysk, na którym były zdjęcia uległ awarii i oddał go do naprawy. Po naprawie miał przekazać zdjęcia. Tak się jednak nie stało. Około roku później nieznana osoba napisała do P.S. na jej numer GG, że natknęła się na jej zdjęcia w Internecie. Nie wskazała jednak strony, na której je widziała. P.S. natychmiast skontaktowała się z G.L. żądając wyjaśnień. G.L. powiedział, że nic na ten temat nie wie i że zgłosi wszystko na Policję. P.S. zeznała, że była też inna sytuacja, kiedy otrzymała od nieznanego mężczyzny swoje nagie zdjęcie, które wykonał G.L. To skłoniło ją do złożenia zawiadomienia i wniosku o ściganie G.L.”<sup>1076</sup>.

W dodatku M. Mozgawa oraz K. Nazar-Gutowska przeprowadzili badania w przedmiocie art. 191a k.k. z uwagi na funkcjonowanie tej regulacji praktyce<sup>1077</sup>. Analizie podlegał 2012 r. W ramach niej uwzględniono 257 czynów (w 245 sprawach poddanych badaniu, z pominięciem tych, które zostały załatwione w inny sposób) ujętych we wszystkich jednostkach prokuratury w całej Polsce. Natomiast w ramach 105 spraw zakończonych umorzeniem postępowania przygotowawczego wystąpiło 109 czynów<sup>1078</sup>. W przeszło ponad 26% (28) przypadków umorzenie postępowania nastąpiło z powodu niewykrycia sprawcy (art. 322 k.p.k.)<sup>1079</sup>. Wskazaną liczbę z pewnością można uznać za znaczący odsetek. Przyczyn tego stanu rzeczy należy upatrywać przede wszystkim w niedofinansowaniu organów ścigania, a zwłaszcza komórek odpowiedzialnych za ściganie przestępstw popełnionych w związku z wykorzystaniem technologii informacyjnych. Należy nadmienić, iż branża technologii informacyjnych oferuje wysokie wynagrodzenia w sektorze prywatnym. Z tej racji z łatwością można zaobserwować znaczący odpływ wysokiej klasy specjalistów z instytucji finansowanych z budżetu państwa, w tym również organów ścigania. Co więcej, specyfika tego rodzaju przestępstw sprawia, że działania wymiaru sprawiedliwości mają w zdecydowanej mierze charakter wtórny względem stosowania coraz bardziej wyrafinowanych instrumentów lub sposobów działania przez sprawców. Innymi słowy, model przestępstw związanych z wykorzystaniem technologii informacyjnych, w znacznej mierze uniemożliwia podjęcie działań prewencyjnych w kontekście zapobieżenia popełnieniu przestępstwa.

---

<sup>1076</sup> Podając za: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)*, Prawo w Działaniu 2014, Nr 19, s. 39-40.

<sup>1077</sup> M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)*, Prawo w Działaniu 2014, Nr 19, s. 7-40.

<sup>1078</sup> *Ibidem*, s. 21.

<sup>1079</sup> *Ibidem*, s. 22.

Powracając do głównego wątku rozważań, przyjmując, iż w przytoczonym wyżej stanie faktycznym, rzeczywiście sprawcą rozpowszechnienia nie był fotograf, nie doszłoby do rozpowszechnienia, gdyby przystał na prośbę kobiety, której wizerunek został utrwalony i usunął fotografie. Z tej przyczyny trudno nie uznać, że zachowanie mężczyzny nie przyczyniło się do spowodowania skutku w postaci rozpowszechnienia (możliwe, że w niekontrolowany sposób) wizerunku kobiety. Co więcej, warto rozważyć, czy wolność od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności ofiary nie zasługuje na ściślejszą ochronę, gdyż jej naruszenie może wywrzeć w sferze psychicznej pokrzywdzonego czynem nieodwracalne skutki (których przejawem w skrajnych przypadkach może być nawet próba targnięcia się na własne życie)<sup>1080</sup>.

Z pewnością przyjęcie regulacji w kształcie, który znajduje się w art. 202 § 3 k.k., a także 202 § 4a-4b k.k. - przepisy te wprowadzają odpowiedzialność karną za posiadanie określonych treści pornograficznych (bez względu na wyrażenie lub niewyrażenie zgody dysponenta dobrem) - przyjmuje zbyt restrykcyjną postać by przenieść ją bezpośrednio (bez modyfikacji) do treści art. 191a § 1 k.k. Trzeba mieć na względzie, iż obydwie regulacje prawne (art. 191a k.k. i 202 k.k.) służą ochronie odmiennych dóbr prawnych. Z tej racji, wprowadzenie identycznego rozwiązania do art. 191a k.k. wydaje się rozwiązaniem zbyt kategoriowym. W rezultacie ewentualnie należałoby rozważyć możliwość wyrażenia lub niewyrażenia zgody w kwestii posiadania utrwalenia, umożliwiając dowolne kształtowanie relacji w sferze intymnej między osobą, której wizerunek został zarejestrowany a osobą posiadającą utrwalenie.

Przytoczony stan faktyczny dowodzi, iż jest możliwa sytuacja, gdy osoba wchodzi w posiadanie utrwalenia zawierającego wizerunek nagiej osoby (bez wiedzy osoby utrwalonej) w formie zapisu danych, a następnie na skutek działań hackerskich osoby trzeciej utrwalenie to zostanie rozpowszechnione. Z kolei obecnie stosowne organy ścigania często nie dysponują efektywnymi narzędziami do ścigania sprawców tzw. cyberprzestępstw, w rezultacie wielu z nich pozostaje niewykrytych. Dlatego powiązując przytoczony stan faktyczny oraz podany przykład z wynikami badań przedstawionych przez M. Mozgawę oraz K. Nazar-Gutowską, można wywnioskować, że relatywnie wysoka liczba umorzeń postępowania w przedmiocie dokonania czynu z art. 191a § 1 k.k. z powodu niewykrycia sprawcy mogłaby zostać zredukowana przez

---

<sup>1080</sup> Więcej na ten temat: 2.1.3 *Relacja wolności w ujęciu przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. do wolności seksualnej* oraz 2.1.4 *Dalszy przedmiot ochrony w aspekcie przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., popełnionego na szkodę małoletniego*.

wprowadzenie znamienia „posiadanie” do charakteryzowanej regulacji. Należy mieć świadomość, że z uwagi na upowszechnienie digitalizacji utrwałeni (w tym również wizerunku), w wielu przypadkach posiadanie – jako że jego istota sprowadza się do dysponowania – będzie stanowiło czynność uprzednią wobec rozpowszechniania. W rezultacie odpowiednie instytucje prawa karnego mogłyby zabezpieczyć pokrzywdzonego przed dalszym, zwykle bardziej dolegliwym działaniem sprawcy względem pokrzywdzonego. W tym miejscu warto podkreślić, że skoro posiadanie stanowi czynność pierwotną względem rozpowszechniania, to jeżeli dysponent dobrem wyraził zgodę na rozpowszechnienie wizerunku, to również wyraził zgodę na jego posiadanie przez adresatów treści. Wypada jednak zaznaczyć, iż niedopuszczalna jest jakakolwiek ingerencja w kompetencje sądu w przedmiocie oceny określonego zachowania na podstawie kryterium stopnia karygodności. W gestii sądu, *ad casum*, pozostaje jego wyznaczenie i określenie jego stosunku do całokształtu okoliczności towarzyszących popełnieniu czynu zabronionego. Poza tym należy uznać, że jest możliwe, iż jeżeli w posiadanie utrwalenia zawierającego wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej wejdzie człowiek niesprzyjający osobie, której wizerunek utrwalono, wówczas sam fakt może mieć negatywny wpływ na jej psychikę<sup>1081</sup>.

Z drugiej strony należy mieć na względzie *ultima ratio* prawa karnego oraz zasadę subsydiarności, dlatego wprowadzenie dodatkowego znamienia czynnościowego mogłoby pozostawać w sprzeczności z podstawami aksjologicznymi prawa karnego. W dodatku tego rodzaju rozwiązanie może zostać (słusznie) poczytane za przejaw nadmiernej kazuistyki.

Przechodząc do kwestii zdatności odtworzenia wizerunku wydaje się, że ma ono szczególnie istotne znaczenie z uwagi na powszechną w dzisiejszych czasach dostępność do urzędzeń rejestrujących obraz. Brak możliwości odtworzenia tego rodzaju materiałów może znacząco utrudnić postępowanie dowodowe. Jednak cecha ta nie powinna być ujmowana w sposób „ścisły”, gdyż prowadziłoby to do wyłączenia z zespołu desygnatów znamienia „utrwalony wizerunek” utrwałeni werystycznych. Oczywiście tego rodzaju utrwalenie musiałoby być nośnikiem dla wizerunku charakteryzującego się pozostałymi atrybutami, które wynikają ze specyfiki analizowanej regulacji, np. rozpoznawalnością osoby utrwalonej. Niemniej trudno wskazać kryminalno-prawne racje, które by

---

<sup>1081</sup> Więcej na ten temat: 2.1.4 Dalszy przedmiot ochrony w aspekcie przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., popełnionego na szkodę małoletniego.

przemawiały za wyłączeniem utrwał werystycznych, gdyż kształt oraz charakter (zwłaszcza jego źródło w postaci godności człowieka, a także „ściśła” przynależność do określonej osoby) dobra jako bezpośredniego przedmiotu ochrony z art. 191a § 1 k.k. wskazuje na potrzebę uwzględnienia utrwał również w takiej formie. Skądinąd z pewnością w praktyce będą one stanowiły zdecydowanie rzadszą postać utrwalenia wizerunku aniżeli np. zdjęcie.

W kwestii dookreślenia zakresu znamienia wizerunek za właściwe rozwiązanie należy uznać sięgnięcie do słownikowej definicji pojęcia<sup>1082</sup>. Stanowisko to wynika z przyznania prymatu wykładni językowej. Co więcej, terminy zawarte w języku prawnym oraz prawniczym powinny być możliwie w najwyższym stopniu przystępne oraz zrozumiałe dla przeciętnego adresata. Nie należy bowiem zakładać, iż adresat normy posługuje się wiedzą prawniczą, na poziomie pozwalającym na samodzielne prawidłowe dookreślenie zakresu pojęcia. Poza tym okoliczność czy sprawca posiada tego rodzaju wiedzę, zostanie przeanalizowana dopiero na etapie subsumpcji prawa, a więc w momencie konkretyzacji normy. Za przyjęciem zaproponowanego rozumienia terminu „wizerunek” przemawia również fakt, iż w przypadku naruszenia normy zawartej w art. 191a § 1 k.k. ustawodawca przewidział możliwość orzeczenia wobec sprawcy przestępstwa kary o charakterze izolacyjnym, co skutkuje ingerencją w jedną z podstawowych wartości – wolność człowieka, dlatego interpretacja treści przepisu nie powinna pozostawiać wątpliwości, również wśród osób, które nie wyróżniają się określonym poziomem wiedzy prawniczej.

Z drugiej strony ze względu na uniwersalny charakter słownikowej definicji, niski poziom konkretyzacji oraz zastosowany potoczny język, może okazać się, że posłużenie się nią oraz odwołanie do wykładni językowej to niewystarczające instrumenty w kontekście niektórych stanów faktycznych na gruncie art. 191a § 1 k.k. i ich bezpośrednie zastosowanie w określonym przypadku nie przyniesie pożądanych rezultatów. W takiej sytuacji warto odwołać się do orzeczeń wydanych w ramach karnoprawnego porządku oraz propozycji zawartych w literaturze w odniesieniu do analizowanej regulacji<sup>1083</sup>.

Wspominając o poglądach w kwestii pojęcia „wizerunek” pojawiających się w literaturze przedmiotu, należy zaznaczyć, że nie sposób znaleźć argumentów dla recypowania definicji tego terminu z cywilnoprawnego porządku. Przed wszystkim

---

<sup>1082</sup> Więcej na ten temat: 2.2.2.1 *Pojęcie wizerunku na gruncie art. 191a k.k.*

<sup>1083</sup> Więcej na ten temat: *ibidem*.



regulacje zawarte w art. 191a § 1 k.k., 23 k.c. oraz 81 pr. aut. cechuje odmienne *ratio legis*. Wynika to, chociażby z faktu, iż w ramach karnoprawnego porządku zakres tego pojęcia jest skonkretyzowany przez sformułowania – „wizerunek nagiej osoby” oraz „wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej. W rezultacie w płaszczyźnie zainteresowania karnoprawnego ustawodawcy pozostaje jedynie pewna część zachowań wobec tych, które znajdują się w zakresie cywilnoprawnej ochrony. Zatem inkorporacja definicji tego terminu, sformułowana na gruncie cywilnoprawnego porządku pozostaje w sprzeczności z założeniami wykładni celowościowej. Co więcej, wielość definicji powstałych w ramach dorobku doktryny prawa cywilnego implikuje pytanie, którą z nich należałoby recypować na grunt prawa karnego. Należy nadmienić, iż cechuje je znaczące zróżnicowanie: od elementów składowych definicji, aż po zakres ujęcia terminu (tj. wąskie lub szerokie rozumienie)<sup>1084</sup>. Zakładając, iż wybór właściwej definicji tego pojęcia następowałby *in concreto* na etapie subsumpcji prawa, takie podejście może prowadzić do niestabilności linii orzeczniczej, co nasuwa wątpliwości w kwestii prawidłowej realizacji zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP).

Kolejnym możliwym rozwiązaniem w ramach poszukiwania wskazań dla wyznaczenia zakresu pojęcia „wizerunek” jest stworzenie na potrzeby k.k. autonomicznej definicji. Jednakże wydaje się, iż tego rodzaju zabieg powinien być zakwalifikowany jako sztuczne nadbudowywanie warstwy języka prawniczego. Z tej racji podsumowując rozważania w przedmiocie zakresu terminu „wizerunek” w kontekście treści art. 191a § 1 k.k., należy uznać słuszność posłużenia się definicją słownikową oraz wykładnią językową jako narzędziami o charakterze interpretacyjnym.

Przechodząc do sformułowań dookreślających pojęcie „wizerunek” w kontekście art. 191a § 1 k.k., warto nadmienić, że w literaturze przedmiotu na gruncie analizowanej regulacji pojawił się zwrot „wizerunek intymnych części ciała” w kontekście utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku zawierającego intymne części ciała<sup>1085</sup>. Sformułowanie to czyni kwestię wizerunku w ramach art. 191a § 1 k.k. jeszcze bardziej skomplikowaną, gdyż przede wszystkim części ciała należą do określonej osoby, a więc w istocie mieszczą się w zakresie pojęcia „wizerunek (nagiej) osoby”. Wydaje się, że zaprezentowane ujęcie odrębnego potraktowania pojęć „wizerunek intymnych części

---

<sup>1084</sup> *Ibidem*.

<sup>1085</sup> Patrz: M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)*, Prawo w Działaniu 2014, Nr 19, s. 10.

ciała” oraz „wizerunek osoby” nie jest trafne. Potraktowanie tego rodzaju treści w sposób całościowy, tj. uznanie, iż treść realizuje wspomniane znamię pozwala na pominięcie etapu wiązania wizerunku części intymnych ciała z konkretnym człowiekiem. Wówczas można poddać ocenie, czy określone utrwalenie spełnia kolejne kryterium, które cechuje wizerunek, czyli – identyfikowalność utrwalonej osoby.

Wspomniana rozpoznawalność osoby jest obligatoryjnym warunkiem dla realizacji znamienia z art. 191a § 1 k.k. Ze względu na subsydiarny charakter prawa karnego, a także charakter niniejszej regulacji oraz potrzebę wyważenia stopnia adekwatności ram odpowiedzialności karnej sprawcy w stosunku do wagi popełnionego czynu zabronionego wydaje się, iż identyfikacja osoby powinna nastąpić w bezpośredniej formie. Co więcej, wypada przyjąć, że dla skutecznego rozpoznania osoby, utrwalenie nie musi zawierać jej twarzy. Wystarczające jest, aby inne części ciała umożliwiały dokonanie identyfikacji dysponenta dobrem przez innego człowieka. Z kolei stanowisko<sup>1086</sup>, iż wizerunek może być przypisany do określonej osoby na podstawie okoliczności towarzyszących popełnieniu przestępstw np. po rozpoznaniu miejsca, które również jest przedmiotem utrwalenia, wypada uznać za zbyt dalece posunięte w skutkach na etapie stosowania prawa. W podobny sposób należy odnieść się do informacji powziętej od osoby trzeciej, iż dane utrwalenie zawiera wizerunek określonego człowieka. Tego rodzaju wiadomość stanowi niejako wskazówkę ułatwiającą rozpoznanie. Dlatego, założenie poczynione w takim kształcie przeczy wymogowi bezpośredniej identyfikacji osoby. Ponadto tego rodzaju wiadomość, iż treścią nośnika jest wizerunek konkretnego człowieka, może okazać się fałszywą informacją, która wpłynęłaby na przebieg postępowania dowodowego, a w związku z tym, w skrajnym przypadku mogłaby doprowadzić do niesłusznego skazania.

Co do zagadnienia zdatności identyfikacji wizerunku przez osoby trzecie, należy opowiedzieć się za poglądem, iż do uznania, że doszło do prawidłowej identyfikacji wystarczy, że jedna osoba dokona rozpoznania (poza osobą, której wizerunek został utrwalony). Takie ujęcie umożliwia dysponentowi dobrem na szybkie i efektywne podjęcie kroków służących powstrzymaniu sprawcy przed dalszym naruszeniem (należy mieć na względzie, iż przestępstwo z art. 191a § 1 k.k. jest ścigane na wniosek, a więc dysponent dobrem – a następnie pokrzywdzony musi zainicjować działania odpowiednich organów). Poza tym wypada uwzględnić specyfikę indywidualnego

---

<sup>1086</sup> R. Krajewski, *op. cit.*, s. 26.

przedmiotu ochrony niniejszej regulacji oraz że dla niektórych ludzi fakt rozpoznania przez najbliższą osobę może być bardziej deprymujący (np. identyfikacja przez dziecko wizerunku rodzica w trakcie praktyk seksualnych uznawanych powszechnie za dewiację seksualną – w skrajnym przypadku może skutkować zerwaniem kontaktów rodzinnych), aniżeli przez ludzi, z którymi nie łączą go żadne więzy emocjonalne. Ponadto założenie, iż w ramach analizowanej konstrukcji prawnej powinno dojść do powszechnego rozpoznania osoby, wydaje się czynić niemożliwym efektywne zabezpieczenie dobra w postaci wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności.

Stan nagości, co ukazał przegląd poglądów wśród przedstawicieli karnoprawnej doktryny, nie jest pojmowany w sposób jednolity, jak można *prima facie* przypuszczać. Mimo funkcjonowania w obrębie jednego kręgu kulturowego poszczególni autorzy w płaszczyźnie pojęcia „stan nagości” wyróżniają odmienne w opiniach części ciała, jako te, które mają być docelowo ukazane, aby możliwe było stwierdzenie, że dana osoba jest naga<sup>1087</sup>. Można jedynie przypuszczać, iż rozbieżności te wynikają np. z różnie ukształtowanej empatii, środowisk, z których się wywodzą poszczególni autorzy, podzielanych poglądów polityczno-społecznych, hierarchizacji poszczególnych dóbr wyznawanych we własnym systemie wartości itd. Wszystkie wymienione warunki łączy fakt, iż są one ściśle związane z określoną jednostką. W podobny sposób kształtuje się relacja człowieka ze sferą intymności. Zdecydowana większość ludzi postrzega ją jako immanentnie pozostawioną do ich wyłącznej dyspozycji. Dlatego, pomimo przynależności do tego samego kręgu kulturowego, trudno o jednolitość poglądów. Jednakże celem zapewnienia prawa do sprawiedliwego procesu (art. 45 Konstytucji RP) oraz równości obywatela względem prawa (art. 32 Konstytucji RP), należy podjąć próbę przynajmniej możliwie rozległej obiektywizacji terminu „stan nagości” celem efektywnego stosowania prawa w kontekście art. 191a § 1 k.k.

Można wskazać, iż wspólnym, wysuwającym się na pierwszy plan elementem, wiążącym wszystkie przytoczone w tej kwestii stanowiska, których treść pośrednio lub bezpośrednio zdeterminowana została przez pierwotny punkt odniesienia, jest wspomniana uprzednio przynależność do jednego kręgu kulturowego. W rezultacie wydaje się stosownym posłużyć się tym faktem jako jednym, z kryteriów wyznaczających granice pojęcia „stan nagości”.

---

<sup>1087</sup> Więcej na ten temat: 2.2.2.3 *Pojęcie nagości*

Przechodząc do uszczegółowienia problemu, nie sposób wskazać celowościowych, funkcjonalnych, czy wreszcie kulturowych uwarunkowań w przedmiocie wykluczenia analizowanym pojęciem pośladek jako przejawu nagiego ciała. Dlatego, by zapewnić równość wobec prawa bez względu na płeć, nie powinno się przeprowadzać rozróżnienia na męskie i damskie pośladki w ramach wyznaczenia zakresu stanu nagości na gruncie art. 191a k.k. Co więcej przedmiot ochrony charakteryzowanej regulacji czerpie źródło z godności, a to z kolei nakazuje przyjąć, iż prawo do ochrony każdego człowieka w świetle tego kryterium powinno pozostawać w tym samym kształcie. Trudno bowiem przyjąć, iż większość ludzi życzy sobie, aby został rozpowszechniony ich wizerunek np. w trakcie defekacji. W rezultacie zarówno kobieta, jak i mężczyzna ma prawo wystąpić z wnioskiem o ściganie, jeżeli sprawca dopuści się utrwalenia lub rozpowszechnienia ich wizerunku z widocznymi pośladkami w warunkach przewidzianych art. 191a k.k. Ponadto wydaje się, iż argumentem przesądzającym o powinności potraktowania tej części ciała w sposób tożsamy, jest fakt, iż pośladki niezależnie od płci mają zbliżoną budowę anatomiczną oraz spełniają taką samą funkcję biologiczną.

Natomiast nieco inaczej kształtuje się sytuacja w przedmiocie kobiecych piersi. Już w średniowieczu przypisywano im szczególne znaczenie, ze względu na funkcję biologiczną, którą pełnią, tj. służą do produkowania, magazynowania i wydzielania mleka po urodzeniu dziecka<sup>1088</sup>. Co więcej dla pełnej egzemplifikacji ich znaczenia w kręgu kulturowym warto przytoczyć wypowiedź E. Charzyńskiej, która twierdzi: „W kulturze Zachodu piersi postrzegane są jako esencja kobiecości. Kojarzy się je przede wszystkim z fizycznymi atutami kobiety, z jej atrakcyjnością seksualną. Kultura popularna silnie narzuca wygląd idealnych piersi. Stają się one czymś na wzór przedmiotu, który istnieje po to, by mógł być oceniany, i w najlepszym przypadku doceniany, przez innych, zwłaszcza mężczyzn. (...) Piersi są nie tylko kojarzone z atrakcyjnością fizyczną, ale także z macierzyństwem, karmieniem, a bardziej symbolicznie z bezpieczeństwem, troską, opieką. Męskie piersi nie posiadają takiego bogactwa znaczeń”<sup>1089</sup>. Zgadzając się z powyższym stanowiskiem, nie sposób nie przyjąć, iż odsłonięte piersi stanowią przejaw tzw. nagości częściowej, a więc utrwalenie lub rozpowszechnienie tego rodzaju treści

---

<sup>1088</sup> D. Pawłowska, *Anatomia i fizjonomia piersi*, <https://onko-med.pl/nowotwory-piersi/atomia-i-fizjologia/>, [dostęp: 02.06.2020].

<sup>1089</sup> E. Charzyńska, *Mieć raka piersi i wciąż się czuć kobietą – doświadczenia pacjentek o różnych orientacjach psychoseksualnych* [w:] K. Palus (red.), *Płeć. Między ciałem, umysłem i społeczeństwem*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Nauk Społecznych UAM, Poznań 2011, s. 150.

w warunkach realizacji kompletu znamion z art. 191a k.k. podlega odpowiedzialności karnej. Jednakże klasyczne zaklasyfikowanie cech fizjonomicznych piersi do określonej płci w odniesieniu do dzisiejszego stanu wiedzy z dziedziny medycyny oraz dziedzin jej pokrewnych, należy uznać za co najmniej nieprecyzyjne, a w niektórych przypadkach wręcz nieprawidłowe. Oczywiście problemy z zaszeregowaniem tego rodzaju przypadków będzie cechowała mała częstotliwość występowania, aczkolwiek nie sposób wskazać powodów, aby wyłączyć z zakresu ochrony dobra osób, których określona część ciała nie mieści się w powszechnie przyjmowanych standardach związanych z przynależnością do danej płci. Z tej przyczyny wizualne kryterium wydaje się zobiektywizowane w wyższym stopniu aniżeli przynależność piersi do konkretnej płci. Innymi słowy, karnoprawną ochroną w ramach art. 191a § 1 k.k. powinno być objęte utrwalenie zawierające wizerunek osoby wraz z odsłoniętymi piersiami, jeżeli te wyglądem przypominają kobiece piersi. Warto w tym miejscu podkreślić, iż k.k. nie przewiduje oddzielnej regulacji wprowadzającej kryminalizację utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby z rozróżnieniem płci. W rezultacie, jeżeli przyjmiemy, iż karnoprawnej ochronie podlega jedynie wizerunek kobiety z odsłoniętymi piersiami, to np. mężczyzna, którego piersi na skutek zaburzeń hormonalnych w aspekcie anatomicznym przypominają piersi kobiety, zostanie pozbawiony możliwości ochrony własnych dóbr na gruncie analizowanej regulacji. Podobnie będzie kształtować się sytuacja prawna osób nieutożsamiających się z żadną płcią lub osób w trakcie procesu korekty płci. Wskazane okoliczności bez wątpienia zawierają się w granicach sfery intymnej człowieka, co uzewnętrznia względy celowościowe włączenia w zakres znamienia wizerunek nagiej osoby piersi przypominających wyglądem piersi kobiety. Odmienne twierdzenie wydaje się co najmniej dyskusyjne w kontekście zasady równości płci zawartej w art. 33 Konstytucji RP.

Względy funkcjonalne wynikające z charakteryzowanej konstrukcji prawnej przesądzają o uznaniu, że w zakresie desygnatów pojęcia „naga osoba” mieści się również przypadek tzw. nagości częściowej oraz tzw. nagości pozornej. Jednak, jeżeli ciało dysponenta dobrem jest zasłonięte okryciem, wówczas nie zostaną wypełnione znamiona wspomnianego przestępstwa.

Ponadto ocena, czy utrwalony lub rozpowszechniony wizerunek człowieka cechuje stan nagości, nie może pomijać kwestii subiektywnych odczuć osoby, której wizerunek został utrwalony lub rozpowszechniony. Przyjęte rozwiązanie jest rezultatem wnioskowego trybu ścigania dla tego przestępstwa. Pozostawiając decyzję o wszczęciu

postępowania pokrzywdzonemu, ustawodawca uwzględnił fakt, że spektrum wrażliwości czy sfery intymnej każdego człowieka jest zindywidualizowane i zdeterminowane wieloma czynnikami, np. środowiskiem, z którego się wywodzi, doświadczeniami życiowymi z przeszłości lub wyznawaną religią. Jednakże w kolejnym etapie, ocena zakresu znamienia „naga osoba” dokonywana przez sąd wymaga obiektywizacji. Odmienne założenie stwarzałoby płaszczyznę do nadużyć w postępowaniu karnym, np. zeznania dysponenta dobrem obciążające sprawcę z powodu nadwrażliwości tego pierwszego. To z kolei może skutkować naruszeniem zasady ujętej w art. 45 Konstytucji RP, tj. prawa do sprawiedliwego procesu.

Przechodząc do oceny poszczególnych okoliczności sprawy z uwagi na etap subsumpcji prawa, niewątpliwie sąd rozważając ich całokształt, nie powinien pomijać zindywidualizowanych właściwości charakteryzujących dysponenta dobrem. Jednakże w zakresie oceny wspomnianych okoliczności, irrelevantna z uwagi na stopień karygodności popełnionego czynu powinna pozostać funkcja zawodowa, społeczna, którą pełni pokrzywdzony. Intencją ustawodawcy była ochrona pośrednio godności człowieka, nie zaś godności urzędu<sup>1090</sup>. Podobnie należy odnieść się do kwestii wieku ofiary – tzn. powinna ona pozostać bez wpływu na ustalenie zakresu odpowiedzialności karnej. Również bez znaczenia powinno pozostawać czy dysponent dobrem znajdował się w stanie nagości w miejscu o charakterze publicznym. Natomiast, prawnej relewantności kryterium można upatrywać w motywie, którym kierował się sprawca popełniając czyn przewidziany w art. 191a § 1 k.k.

Ustawodawca poza kryminalizacją zachowania w postaci utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby, zakresem przepisu art. 191a § 1 k.k. objął również utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej. W zakresie pojęcia „czynność seksualna” mieści się zarówno termin „obcowanie płciowe”, jak i „inna czynność seksualna”. Doskonałą egzemplifikacją, w jaki sposób kształtują się zakresy desygnatów obydwóch pojęć, są poglądy wygłoszone w literaturze przedmiotu, a także wnioski pochodzące z rozstrzygnięć sądów<sup>1091</sup>. Jednakże, dla niniejszego typu przestępstwa kluczowe znaczenie ma wyznaczenie granic terminu „czynność seksualna”, gdyż wizerunek dysponenta dobra podczas tego rodzaju aktywności podlega karnoprawnej ochronie. Oczywiście część zachowań nie budzi wątpliwości. Można przypuszczać, iż również osoba niewyróżniająca się specjalistyczną

---

<sup>1090</sup> Więcej na ten temat: 2.2.2.3 *Pojęcie nagości*

<sup>1091</sup> Więcej na ten temat: 2.2.2.4 *Pojęcie czynność seksualna*

wiedzą z zakresu prawa, seksuologii, biologii, antropologii itp. jest w stanie intuicyjnie ocenić czy określona aktywność powinna być poczytana jako czynność seksualna. Wynika to przede wszystkim z nabytego doświadczenia życiowego. Jednak niektóre zachowania, których ocena może być przedmiotem postępowania karnego, sprawiają problem w związku z potrzebą ich kwalifikacji. W następstwie wpraw sąd celem dokonania prawidłowej klasyfikacji konkretnego czynu jako czynności seksualnej powinien posłużyć się kryterium biologicznym. Jeżeli jego wykorzystanie nie przyniesie satysfakcjonujących rezultatów, wówczas można odwołać się posiłkowo do tzw. kontekstu obyczajowego. Należy bowiem zdawać sobie sprawę, iż znacząca większość zachowań o charakterze seksualnym jest osadzona w kontekście norm społeczno-obyczajowych. Jednostka funkcjonując w społeczeństwie kształtuje indywidualną hierarchię wartości (a w konsekwencji pewien wzorzec zachowań) czerpiąc ze zbioru norm, który obowiązuje w danym społeczeństwie. Nie inaczej jest w przypadku decyzji człowieka w przedmiocie aktywności podejmowanych w związku ze sferą seksualności. Wspomniany typ norm jest jednym z czynników determinujących kształt życia płciowego człowieka, a więc również czynności seksualnych. Dlatego, ułatwieniem oceny konkretnego zachowania z uwagi czy stanowi ono czynność seksualną, jest uwzględnienie kontekstu obyczajowego (aczkolwiek wyłącznie w subsydiarnym zakresie). Ponadto należy zaznaczyć, iż wspomniane uwzględnienie może odnosić się jedynie do tych norm, które są powszechnie akceptowane w społeczeństwie, np. klaskanie jako wyraz aprobaty. Jednakże dopiero na poziomie stosowania prawa, kryterium to (ocena z uwzględnieniem tzw. kontekstu obyczajowego) może zostać zastosowane. Co więcej, sędzia jest zobowiązany do rozpatrywania całokształtu okoliczności występujących w określonej sprawie na podstawie zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego.

Z kolei w literaturze przedmiotu pojawiła się propozycja by traktować jako przejawy czynności seksualnej zachowania, które godzą w wolność seksualną. Należy zaznaczyć, że jedynie w tych przypadkach, w których nastąpi zbieg art. 191a § 1 k.k. z przepisami zawartymi w *XXV Rozdziale k.k.*, może mieć znaczenie rodzaj naruszonego dobra (wolność seksualna lub obyczajność). Traktując pogląd, iż czynność wyróżnia się seksualnym charakterem, jeżeli godzi w dobro prawne, którym jest wolność seksualna albo w obyczajność w sferze życia seksualnego w kontekście systemowym, z uwzględnieniem zakazu wykładni homonimicznej, należałoby przyjąć, iż znamię czynności seksualnej ujęte w analizowanej regulacji musi zostać dokonane w warunkach

przestępstwa na gruncie karnoprawnego porządku. Tego rodzaju założenie prowadziłyby do kuriozalnych rezultatów, gdyż np. poza karnoprawną ochroną pozostawałby przypadek, gdy sprawca utrwalił i rozpowszechnił wizerunek dorosłego współuczestnika dobrowolnego (a więc prawnie obojętnego) kontaktu seksualnego celem zemsty po rozpadzie związku partnerskiego. A przecież analogiczny przykład został podniesiony przez projektodawcę w uzasadnieniu dla wprowadzenia nowego typu przestępstwa, uregulowanego w art. 191a k.k. W dodatku charakter czynności seksualnej, na gruncie k.k. jest prawnie irrelevantny. Dopiero po spełnieniu przez sprawcę szeregu warunków, wystąpieniu uwzględnionych przez ustawodawcę okoliczności, zachowanie sprawcy może przybrać formę czynu godzącego w dobro prawne.

Ostatnim weryfikatorem, także o charakterze subsydiarnym, który może przyczynić się do właściwego zaszeregowania podjętej aktywności jako czynności seksualnej jest odwołanie do kontekstu sytuacyjnego. Zakres znamienia „czynność seksualna” jest w pewnym stopniu niedookreślony. Ma to na celu umożliwienie potencjalnej kwalifikacji różnego rodzaju zachowań jako czynności seksualnej w ramach konkretnych okoliczności faktycznych.

Należy uznać, że definicja pojęcia „rozpowszechnianie” umieszczona w słowniku języka polskiego przedstawia zbliżoną interpretację terminu, do tej która jest przyjmowana na gruncie karnoprawnego porządku<sup>1092</sup>. Jednakże ze względu na wysoki poziom elastyczności, który charakteryzuje definicje językowe (i jednocześnie niski stopień precyzji językowej) oraz z uwagi na szczególne funkcje, które spełnia prawo karne (m.in. funkcję gwarancyjną), wydaje się, że pojęcie to może zostać recypowane na grunt art. 191a § 1 k.k., aczkolwiek z uwzględnieniem istoty tego przepisu. Można przypuszczać, że sformułowanie, które zostało wykorzystane w zakresie jednego wytłumaczenia niniejszego pojęcia – „uczynienie powszechnie dostępnym i wiadomym bliżej nieokreślonej, anonimowej grupie osób”<sup>1093</sup> narzuca jego zbyt ścisłą wykładnię, gdyż o ile uczynienie utrwalaenia wizerunku powszechnie dostępnym bliżej nieokreślonej, anonimowej grupie osób – może dotyczyć nawet grupy kilku osób (otwarta wystawa wschodzącego artysty), wydaje się możliwe do wystąpienia w praktyce, o tyle uczynienie powszechnie wiadomym dla nieokreślonej, anonimowej grupy osób sugeruje

---

<sup>1092</sup> Patrz: S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. P-Ś, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 1050.

<sup>1093</sup> Patrz: M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1258.



powszechne powzięcie wiadomości o istnieniu tego rodzaju utrwalenia. W rezultacie wydaje się, że powzięcie wiadomości przez grupę „bliżej nieokreślonych, anonimowych” osób może nie spełnić tak zdefiniowanego kryterium. Kolejny problem to liczebność grupy, która czyni zadość wymogowi „powszechności” wiadomości o istnieniu konkretnej treści. Zarówno w orzecznictwie, jak i literaturze przedmiotu można zaobserwować niejednolitość poglądów odnoszących się do kwestii, czy czynnością rozpowszechniania będzie także udostępnienie treści określonemu kręgowi odbiorców<sup>1094</sup>. Mając na względzie specyfikę indywidualnego przedmiotu ochrony z art. 191a § 1 k.k. oraz fakt, że instrument wyrażenia lub niewyrażenia zgody pozwala na kształtowanie dysponentowi dobrem zakresu udostępnienia wizerunku, wydaje się, iż właściwe jest uznanie, że rozpowszechnianie może nastąpić również w obrębie wąskiego, a nawet ściśle oznaczonego grona odbiorców. Poza tym projektodawca uzasadniając potrzebę wprowadzenia regulacji z art. 191a k.k. do karnoprawnego porządku, jako przykład przejawu sytuacji, w której dobro powinno podlegać prawnej ochronie, przytoczył przypadek, gdy mężczyzna upowszechnił wizerunek byłej partnerki w trakcie czynności seksualnej, zaznaczając przy tym, że poinformował o fakcie i miejscu udostępnienia grono znajomych (Druk sejmowy nr 1394)<sup>1095</sup>. W dodatku we wspomnianym uzasadnieniu zostało zauważone, że w k.k. nie przewidziano (wówczas – przyp. red.) przepisów, które chroniłyby partnerów kontaktów seksualnych przed nadużyciem zaufania przez drugiego ich uczestnika<sup>1096</sup>. Można przypuszczać, że nadużycie tego rodzaju zaufania nastąpiłoby nawet podczas udostępnienia utrważeń oznaczonemu kręgowi adresatów. Co więcej, rzeczywistość pokazuje, że dla części dysponentów dobrem bardziej dolegliwy jest fakt, że dostęp do ich wizerunku (spełniającego wymogi z art. 191a § 1 k.k.) uzyskały osoby im znane lub z którymi łączy je emocjonalna więź<sup>1097</sup>. Z tej racji wykładnia celowościowa art. 191a § 1 k.k. skłania, aby w możliwie najszerszy sposób określić granice ochrony pokrzywdzonego przestępstwem<sup>1098</sup>. Zasadnicza kwestia dotyczy bowiem nie przymiotu powszechności

---

<sup>1094</sup> Więcej na ten temat: 2.2.3 *Znamię rozpowszechnianie*.

<sup>1095</sup> Patrz: *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Sejm VI kadencji, Druk Nr 1394, s. 18.

<sup>1096</sup> *Ibidem*.

<sup>1097</sup> Więcej na ten temat: 2.1.3 *Relacja wolności w ujęciu przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. do wolności seksualnej* oraz 2.1.4 *Dalszy przedmiot ochrony w aspekcie przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., popełnionego na szkodę małoletniego*.

<sup>1098</sup> <sup>1098</sup> Więcej na ten temat: 3.2.3 *Znamię rozpowszechnianie*.

rozpowszechniania w szerokim rozumieniu a prawa osoby do dowolnego kształtowania kręgu osób, które mogą zapoznać się z wizerunkiem.

Również celem zabezpieczenia prawa pokrzywdzonego, należy przychylić się do tezy zawartej w wyroku SN z 13 kwietnia 2016 r. (II KK 304/15) w przedmiocie relacji zachodzącej między stopniem karygodności popełnionego czynu a środkiem wykorzystanym do rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej<sup>1099</sup>. Rozpowszechnianie za pośrednictwem Internetu nie obniża stopnia społecznej szkodliwości czynu. Poza tym media elektroniczne stanowią narzędzie dla różnorodnych form eksploatacji wizerunku, a możliwości, jakie w tej dziedzinie powstały, sprawiają, że w praktyce może okazać się, iż określona treść została rozpowszechniona w zakresie dalece rozleglejszym aniżeli w przypadku wykorzystania „tradycyjnych” mediów. Trzeba zdawać sobie sprawę, iż metody rejestracji i rozpowszechniania powiązane z zagadnieniem digitalizacji zostały spopularyzowane.

Ponadto, skoro przestępstwo z art. 191a § 1 k.k. wyróżnia się skutkowym charakterem, należy brać pod uwagę jakie skutki wywołało działanie podjęte przez sprawcę. W dodatku Internet w wielu płaszczyznach, w tym również częściowo prawnej, nie podlega ścisłej kontroli ani reglamentacji. Natomiast skutki, które powstaną w związku z rozpowszechnianiem wizerunku w Internecie, mogą być dla pokrzywdzonego nieodwracalne. Należy przypuszczać, że przyjęcie stopniowości karygodności czynu na podstawie instrumentów, którymi posługuje się sprawca w związku z popełnieniem przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., pomija specyfikę przedmiotu ochrony wynikającego z niniejszej regulacji. Nie sposób bowiem poddać obiektywnej ocenie hierarchizację dolegliwości, która jest związana z ingerencją w sferę intymności jednostki. Na indywidualne przeżycia jednostki wpływają liczne czynniki (np. wiek dysponenta dobrem, jak i te, które pozostają w związku z ludzką psychiką: poczucie własnej wartości, choroba psychiczna itp.). Nie jest możliwym przewidzenie, jaki kształt przybiorą skutki, które wystąpią u ofiary jako konsekwencja czynu sprawcy. Dlatego, należy przyjąć, że ani wykorzystanie mediów „tradycyjnych”, ani posłużenie się mediami elektronicznymi nie będzie miało zasadniczego wpływu dla wystąpienia konkretnych skutków czynu u pokrzywdzonego.

Kolejna wątpliwość dotyczy posłużenia się przez ustawodawcę wyrażeniem „albo”, w celu odróżnienia obydwóch znamion czynnościowych („utrwała” oraz

---

<sup>1099</sup> Wyrok SN z 13.04.2016 r., II KK 304/15, LEX Nr 2019608.

„rozpowszechnia”). Należy zaznaczyć, iż wymieniony zwrot pełni rolę funkтора alternatywy rozłącznej<sup>1100</sup>. Innymi słowy, traktując brzmienie art. 191a § 1 k.k. w sposób literalny, należałoby zachowanie sprawcy wypełniające komplet znamion zarówno w wariacie utrwalania, jak i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej pozostawić poza zakresem kryminalizacji. Nie sposób znaleźć kryminalno-politycznych racji dla tego rodzaju rozwiązania. W związku z tym względy celowościowe, a także funkcja ochronna prawa karnego przemawiają za zastąpieniem obecnego wyrażenia, zwrotem „lub” jako funkтора alternatywy nierozłącznej, a zatem jego zastosowanie umożliwiłoby objęcie zakresem penalizacji wszystkie trzy możliwe warianty zachowań sprawcy w ramach analizowanej regulacji (z uwagi na podział na znamiona sprawcze).

Przechodząc do tematu przedmiotu ochrony w związku z treścią art. 191a § 1 k.k., warto zaznaczyć, że w niniejszym opracowaniu zostało przyjęte założenie, iż na gruncie karnoprawnego porządku chroniona wolność występuje w negatywnym ujęciu. Założeniem prawa karnego jest ochrona przed zamachami o charakterze przestępczym, które zostały nakierowane na sferę dóbr osobistych<sup>1101</sup>. W dodatku za tego rodzaju rozwiązaniem przemawia zasada *ultima ratio* oraz subsydiarny charakter prawa karnego. Oczywiście wypada uznać, że negatywne ujęcie wolności pośrednio ma wpływ na zakreslenie granic wolności od strony pozytywnej, acz wydaje się, iż za ochronę tak rozumianej wolności odpowiedzialne są inne dziedziny prawa.

W kwestii relacji zachodzącej między wolnością seksualną a wolnością od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności, należy postawić wyraźne rozgraniczenie między oboma rodzajami wolności. Niemniej jednak można dostrzec przejawy ochrony wolności seksualnej w analizowanej regulacji, acz będą one miały wymiar fakultatywny i ewentualne stwierdzenie jej wystąpienia powinno być aktualizowane *in concreto*. Niewątpliwie bowiem wolność seksualna może pojawić się jako dalszy przedmiot ochrony w ramach art. 191a k.k., gdyż materia ludzkiej seksualności, a w tym także kwestia nagości i podejmowanych aktywności nigdy nie zostanie w pełni skonkretyzowana przez wyznaczenie jej „sztywnych” granic. Podlega ona bowiem permanentnemu procesowi ewolucji, który jest ściśle powiązany ze

---

<sup>1100</sup> Patrz: Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, wyd. 26, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006, s.87.

<sup>1101</sup> Patrz: M. Berent, M. Filar, *op. cit.*, s. 1160; S. Hyps, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 1000.

zmianami zachodzącymi w obrębie norm społeczno-obyczajowych. Dlatego można przypuszczać, że niektóre z czynów dokonanych przez sprawcę będą w istocie zamachem „na styku” na wolność seksualną oraz wolność od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności. Poza tym, pozostaje kwestia oceny przypadków, gdy konkretne utrwalenie wizerunku nagiej osoby nie stanowi pornografii, aczkolwiek posiada cechy, które wskazują na próbę seksualizacji określonej treści, aczkolwiek można przypuszczać, że tego rodzaju utrwalenia będą miały wymiar jedynie epizodyczny. Jednakże należy mieć na względzie, że znamię „wizerunek nagiej osoby” dotyczy przypadku, gdy człowiek znajduje się w stanie nagości. Nie musi mieć ona „seksualnego” podłoża. Może być wynikiem aktywności w codziennym życiu, np. czynności higienicznych, załatwiania potrzeb fizjologicznych, czy przeprowadzania badań lekarskich. Również znamię „wizerunek w trakcie czynności seksualnej” może dotyczyć działania o charakterze infamującym dla pokrzywdzonego. Wydaje się, że właśnie tego rodzaju przypadki będą stanowiły większość na gruncie art. 191a § 1 k.k. Natomiast te, gdzie zaktualizuje się dalszy przedmiot ochrony w postaci wolności seksualnej, wystąpią zdecydowanie rzadziej.

Celem wyznaczenia zakresu poszczególnych dóbr w ramach wymienionej relacji, należy rozpocząć od stwierdzenia, iż kompetencją sądu jest prawidłowe zakwalifikowanie czynu sprawcy. Z pewnością pomocna tutaj okaże się instytucja zbiegu przepisów ustawy. Ponadto w przypadkach, gdy przedmiot ochrony przestępstwa pozostaje w relacji z możliwym wpływem przestępstwa na sferę psychiczną pokrzywdzonego, jest to uwzględnione przy wyznaczeniu rozmiaru wyrządzonej lub grożącej szkody. W odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego sąd bierze pod uwagę również wszystkie przeprowadzone dowody, które podlegają swobodnej ocenie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Celem oceny charakteru zachowania, warto posłużyć się wskazówkami praktycznymi wypracowanymi na gruncie literatury oraz judykatury, co do pojęcia „treści pornograficzne”<sup>1102</sup>. Co więcej, jeżeli, określone utrwalenia mają za zadanie w pierwszym rzędzie zawstydzić ofiarę, sprawić, aby odczuła zażenowanie, dyskomfort z powodu powstania lub rozpowszechnienia określonej treści, a dopiero niejako „efektem ubocznym” jest wywołanie podniecenia u sprawcy (które może być

---

<sup>1102</sup> Więcej na ten temat: 3.2.2.3 *Pojęcie nagości*

przecież spowodowane negatywnymi odczuciami ofiary)<sup>1103</sup>, wówczas czyn ten godzi przede wszystkim w wolność od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności.

Na gruncie dyskursu prawnego, autorzy wielokrotnie podejmowali się nazywania dobra, które jest przedmiotem ochrony regulacji zawartej w art. 191a k.k. Zdecydowana większość z nich kładzie akcent na zabezpieczenie sfery intymności dysponenta dobrem<sup>1104</sup>. Niewątpliwie stanowisko to zasługuje na aprobatę. Zaproponowana w ramach niniejszego opracowania nomenklatura – „wolność od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności” również nawiązuje do tego poglądu. Zaznaczone w nim zostało ujęcie negatywne, zgodne ze sposobem ujęcia wolności jako wartości chronionej na gruncie k.k. Z kolei sformułowanie „bezprawna ingerencja” czyni bezprzedmiotowym wyznaczenie dwóch, odrębnych dóbr ze względu na kryterium znamienia czynnościowego („utrwała” i „rozpowszechnia”) w obrębie art. 191a § 1 k.k. W przypadku posłużenia się przymiotem „niepożądany”<sup>1105</sup> zamiast „bezprawny”, nie zostałaby oddana istota znaczenia przestępstwa w wariantcie utrwalania, gdyż w obecnym stanie sprawca może utrwalić wizerunek osoby, nawet pomimo jej sprzeciwu. Natomiast, sformułowanie „kształtowanie” zaznacza emanacje przejawów procesu wolicjonalnego w kontekście wyznaczenia granic sfery intymności. Można przypuszczać, że ustawodawca również dostrzegł potrzebę samodzielności osoby w ustalaniu zakresu sfery intymnej. Widoczną egzemplifikacją tego jest uwzględnienie możliwości wyrażenia lub niewyrażenia zgody w płaszczyźnie omawianego przepisu.

Zjawisko utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej stało się przedmiotem wielu socjologicznych badań, ze szczególnym uwzględnieniem grupy badanej w postaci osób w wieku nastoletnim. Przeanalizowane w niniejszym opracowaniu badania wskazują na negatywne skutki w sferze psychofizycznej dla nastoletnich uczestników zjawisk sekstingu, tzw. „sextortion” lub tzw. porno-zemsty<sup>1106</sup>. Zauważalna jest korelacja między uczestnictwem nastolatków w powyższych aktywnościach a zwiększoną częstotliwością

---

<sup>1103</sup> Patrz: M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 608.

<sup>1104</sup> Więcej na ten temat: 3.1.2 *Wolność z uwagi na art. 191a § 1 k.k.*

<sup>1105</sup> Por. T. Bojarski, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 547.

<sup>1106</sup> Więcej na ten temat: 2.1.4 *Dalszy przedmiot ochrony w aspekcie przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., popełnionego na szkodę małoletniego.*

inicjowania randek we wcześniejszym wieku, kontaktów seksualnych, posiadania wielu partnerów seksualnych, jak i również podwyższoną częstotliwością spożywania alkoholu i zażywania narkotyków przed odbyciem stosunku płciowego, u dziewcząt zaangażowanych w tego rodzaju aktywności (seksting) w porównaniu do tych, które nie brały w nich udziału<sup>1107</sup>. W dodatku osoby biorące udział w takich czynnościach wyróżnia mniejszy poziom zdolności do rozpoznania własnego stanu emocjonalnego, a także niższa skuteczność w radzeniu sobie z emocjami (seksting), aniżeli gdy w tych zjawiskach nie uczestniczyły. Co więcej, tego rodzaju działania wywoływały u ofiar uczucie smutku oraz gniewu. Występowały u nich zaburzenia lękowe, a w skrajnych przypadkach sytuacja, w której się znaleźli, doprowadzała do samobójstwa (tzw. porno-zemsta)<sup>1108</sup>.

Z kolei w ramach tzw. „sextortion”, sprawcy m.in. podejmowali próby wymuszenia na nieletnich udostępnienia im dodatkowych obrazów (66%). Dla niektórych była to forma przymuszenia partnera do powrotu lub do pozostania w związku. Natomiast 36% sprawców wydawało ofiarom polecenia, jak powinny wyglądać utrwalenia. W 13% przypadków nieletni byli zachęceni do dokonania samouszkodzenia, np. przez pocięcie się lub popełnienie samobójstwa<sup>1109</sup>. Groźby sprawców względem małoletnich najczęściej odnosiły się do opublikowania ich wizerunków w Internecie (65%), przesłaniem takiego wizerunku do przyjaciół lub znajomych (64%) albo rodzin respondentów (47%)<sup>1110</sup>.

Wyniki badań, wynikające z nich wnioski oraz przytoczone w niniejszym opracowaniu poszczególne przypadki stanowią czytelną egzemplifikację skutków, które mogą wystąpić w związku z aktywnym lub biernym zaangażowaniem małoletnich osób w utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej. Przytoczone rezultaty badań wskazują również pośrednio oraz bezpośrednio na zaburzenia w rozwoju psychofizycznym wśród osób włączonych w analizowane działania. Dlatego wydaje się, że należy uznać, iż regulacja zawarta w art. 191a k.k. pełni funkcję ochronną również w stosunku do dobra w postaci prawidłowego rozwoju psychofizycznego małoletniego. Chociaż, oczywiście wprowadzając przepis ten do k.k., ustawodawca miał na względzie ochronę wolności od

---

<sup>1107</sup>Więcej na ten temat: *ibidem*.

<sup>1108</sup>Więcej na ten temat: *ibidem*.

<sup>1109</sup>Więcej na ten temat: *ibidem*.

<sup>1110</sup>Więcej na ten temat: *ibidem*.

bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności, to jednak trudno nie dostrzec związku między jej efektywnym zabezpieczeniem a prawidłowym rozwojem psychofizycznym małoletniego. Mimo iż przepis ten nie przewiduje *expressis verbis* pojęcia „małoletni” w roli przedmiotu przestępstwa, to w rezultacie należy uznać, że w niektórych przypadkach, zwłaszcza gdy dysponentem dobrem, a następnie pokrzywdzonym jest osoba małoletnia, dalszy przedmiot ochrony regulacji z art. 191a § 1 k.k. może ulec aktualizacji i przyjąć postać – prawidłowego psychofizycznego rozwoju małoletniego. Bez wątplenia dobro to zasługuje na ochronę ze względu na konsekwencje, które może ponieść pokrzywdzony w związku z zamachem na nie (np. rozpowszechnianie wizerunku w stanie nagości może powodować u nastoletnich pokrzywdzonych stany lękowe)<sup>1111</sup>.

Również interpretacja tzw. znamion rozbójniczych w kontekście treści art. 191a § 1 k.k. może nastęrczyć w praktyce pewnych problemów. Pierwsza kwestia, która się nasuwa, dotyczy oceny zachowania sprawcy, gdy ten przemocą pozbawia odzieży dysponenta dobrem, celem utrwalenia jego wizerunku w stanie nagości. Należy uznać, iż pomimo niezaprzeczalnego związku człowieka z odzieżą, zarówno faktycznego, jak i symbolicznego, osadzonego w obrębie norm obyczajowo-społecznych nie sposób jest odpowiedzieć na pytanie, czy związek ten jest na tyle „ścisły” by mieć bezpośrednie przełożenie na „(...) przebieg procesów motywacyjnych ofiary, iż jest w stanie ukształtować jej decyzję woli w kierunku przez sprawcę oczekiwanym”<sup>1112</sup>. Przede wszystkim osoba, będąca przedmiotem zamachu może być w stanie zasłonić dłońmi biust, organy płciowe, czy pośladki. Z tej racji w takiej sytuacji sąd każdorazowo powinien zbadać, czy określony wizerunek cechuje przymiot nagości.

Poza tym wydaje się, iż w wielu przypadkach samo pozbawienie odzieży nie spowoduje jeszcze wystarczającego natężenia nacisku na przebieg motywacyjny ofiary, aby doszło bezpośrednio do utrwalenia jej wizerunku w stanie nagości jedynie z uwagi na pozostawanie w takim stanie. Z tej racji, jeżeli sprawca zakończył stosowanie przemocy z chwilą pozbawienia odzieży dysponenta dobrem i nie kontynuował jej wykorzystania w momencie utrwalenia wizerunku (utrwalenie wizerunku, mimo sprzeciwu dysponenta dobrem znajduje się poza zakresem penalizacji), czyn ten należy rozważyć na podstawie art. 217 k.k. (przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej).

---

<sup>1111</sup> Więcej na ten temat: *ibidem*.

<sup>1112</sup> M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności oraz wolności sumienia i wyznania* [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze. Zeszyt 18*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 1998, s. 81-82.

Natomiast, jeżeli pozbawienie odzieży przy użyciu przemocy doprowadziło do zakłócenia przebiegu procesów motywacyjnych ofiary np. w postaci przełamania woli (osoba pozostawała w szoku na skutek zaistniałego wydarzenia), a samo utrwalenie było konsekwencją ówczesnego stanu psychofizycznego ofiary, wówczas dojdzie do zbiegu przepisów ustawy (np. art. 217 k.k. i art. 191a § 1 k.k.). Dla prawidłowej kwalifikacji czynu może okazać się przydatna wiedza biegłego z zakresu psychologii.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem, iż przemoc musi być też ukierunkowana na zmuszenie osoby do wykonania lub poddania się czynności seksualnej<sup>1113</sup>. Z uwagi na treść analizowanego przepisu prawa należy założyć, że bez znaczenia dla realizacji znamion czynu zabronionego pozostaje, czy uczestnictwo w czynności seksualnej miało charakter dobrowolny, czy też niedobrowolny. Dlatego, jeżeli sama czynność seksualna cechowała się konsensualnością, a oddziaływanie fizyczne na dysponenta dobrem rozpoczęło się dopiero wraz z usiłowaniem utrwalania wizerunku, to nastąpi realizacja znamion z art. 191a § 1 k.k. (jeżeli usiłowanie było udolne). Natomiast, jeśli wykorzystanie przemocy ustało przed rozpoczęciem wykonywania utrwalania, wówczas sprawca nie popełni analizowanego przestępstwa (nawet, gdyby został wyrażony sprzeciw przez dysponenta dobrem, gdyż w tym przypadku jest on prawnie irrelevantny).

Co więcej, istotnym czynnikiem dla osiągnięcia celu założonego przez sprawcę jest natężenie siły, z jaką stosuje przemoc. W praktyce jego stopień będzie różny dla każdego człowieka z uwagi na wpływ na jego procesy motywacyjne<sup>1114</sup>. Należy zgodzić się co do zasady z poglądem, iż przełamanie lub uniemożliwienie oporu pokrzywdzonego nastąpi, wraz z użyciem siły fizycznej, która ma przewagę nad siłą pokrzywdzonego<sup>1115</sup>. Jednak, gdy natężenie oddziaływania fizycznego na ciało będzie niewystarczające dla ukierunkowania procesów motywacyjnych wówczas, czyn może być rozpatrywany na podstawie art. 191a § 1 k.k. w zw. z art. 13 § 2 k.k. (usiłowanie nieudolne) lub na podstawie art. 217 k.k. (przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej). Ponadto między natężeniem siły fizycznej a intensywnością oporu zachodzi taka relacja, iż, jeżeli

---

<sup>1113</sup> Patrz: A. Zoll, *Art. 191a k.k. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-211a*, t. 2, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 608.

<sup>1114</sup> Więcej na ten temat: 3.1 *Przemoc jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191a § 1 k.k.*

<sup>1115</sup> M. Surkont, *Przestępstwo zmuszania w polskim prawie karnym*, Uniwersytet Gdański, Gdańsk 1991, s. 57.



intensywność oporu jest niewielka, to również niewielka siła fizyczna wystarczy do jego przełamania<sup>1116</sup>.

Przechodząc do przedstawienia wniosków w przedmiocie terminu „groźba bezprawna” w kontekście analizowanej regulacji, należy przyznać, że wypracowane rozumienie tego pojęcia na gruncie orzecznictwa oraz w literaturze przedmiotu przynosi pożądane rezultaty (tj. efektywne i adekwatne zabezpieczenie przedmiotu karnoprawnej ochrony) na etapie subsumpcji prawa w odniesieniu do art. 191a § 1 k.k.<sup>1117</sup>. Jedyne może nasuwać pewne wątpliwości wymóg rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej, gdyż literalne brzmienie terminu „rozgłoszenie” przesądza o wyłączeniu z tego zakresu przypadku, gdy sprawca zapowiada przekazanie wiadomości małżonkowi o niemoralnym prowadzeniu się współmałżonka. Wydaje się, że takie rozwiązanie może utrudniać efektywną ochronę dobra zagrożonego. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy grożący zapowiada przekazanie tego rodzaju informacji, jeżeli zagrożony nie zgodzi się pozować w trakcie wspólnego uczestniczenia w czynności seksualnej<sup>1118</sup>. W rezultacie interpretacja terminu „rozgłoszenie” jako przekazanie wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub osoby jemu najbliższej jednej tylko, określonej osobie, mogłaby w niektórych sytuacjach zwiększyć efektywność karnoprawnej ochrony określonego dobra, aczkolwiek właściwość wyrażenia „rozgłoszenie wiadomości”, determinuje, iż krąg odbiorców określonej informacji może być ściśle oznaczony, lecz przekazanie jej tylko jednej osobie jest sprzeczne z istotą czynności rozgłoszenia.

Z kolei w kwestii kolejnego z tzw. znamion rozbójniczych, można przypuszczać, że najtrafniej w literaturze przedmiotu<sup>1119</sup> istotę pojęcia „podstęp” ze względu na brzmienie art. 191a § 1 k.k. przedstawił J. Warylewski, stwierdzając, iż sprawca posłuży się podstępem, gdy dysponent dobrem udzieli zgody i jest ona rezultatem jego decyzji, przy zachowanej wolności woli lub nie wyraża sprzeciwu, ponieważ nie może tego zrobić<sup>1120</sup>. Zatem, w przypadku wykorzystania podstępu nie dochodzi do przełamania decyzji woli – odmiennie aniżeli w trakcie użycia przemocy lub groźby bezprawnej.

---

<sup>1116</sup> Patrz: Wyrok SN z 16.05.1968 r., V KRN 170/68, OSNKW 1968, Nr 12, poz. 142.

<sup>1117</sup> Więcej na ten temat: 4.2.3 *Groźba rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej*.

<sup>1118</sup> Więcej na ten temat: *ibidem*.

<sup>1119</sup> Więcej na ten temat: 3.3 *Podstęp jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191 § 1 k.k.*

<sup>1120</sup> J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo zgwałcenia (art. 197 k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 691.

Przykładem jego zastosowania na gruncie 191a § 1 k.k. będzie zaaplikowanie środków chemicznych do jedzenia/picia ofiary mających na celu uniemożliwienie podjęcia wolnej decyzji. Bezsprzeczny przykład stanowi tzw. pigułka gwałtu, której spożycie prowadzi do czasowego zwiotczenia mięśni osoby zażywającej substancję<sup>1121</sup>. Jednakże jawne zastosowanie chloroformu, wbrew woli dysponenta dobrem należy zakwalifikować jako przejaw przemocy<sup>1122</sup>. W kwestii zastosowania hipnozy w stosunku do pokrzywdzonego wydaje się, iż nie można w jednoznaczny sposób wyłączyć hipnozy z postaci podstępu, ani bezkrytycznie uznawać, że każde tego rodzaju działanie nosi przymiot podstępny.

W kwestii analizy poszczególnych okoliczności, podczas których sprawca utrwała lub rozpowszechnia wizerunek nagiej osoby lub wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej używając w tym celu wobec niej podstępu, należy poprzeć stanowisko wyrażone przez SN w postanowieniu z 25 lipca 2018 r. (IV KK 262/18)<sup>1123</sup>, jednocześnie odrzucając pogląd wyrażony w literaturze przedmiotu<sup>1124</sup>. Przekonanie ofiary przez sprawcę, iż utrwała jej wizerunek, ponieważ organizuje rekrutację w celu zatrudnienia, należy poczytać za czyn o charakterze podstępnym. Po pierwsze tego rodzaju założenie jest zgodne z powszechnie przyjętym w dyskursie naukowym szerokim rozumieniem podstępu z uwagi na treść art. 191a § 1 k.k.<sup>1125</sup>. Poza tym, wyrażenie zgody nie będzie prawnie relewantne w sytuacji, gdy sprawca stwarza błędne wyobrażenie u dysponenta dobrem prawnym, iż ubiega się o pracę (w rozpatrywanym orzeczeniu – o posadę asystentki biurowej, hostessy lub modelki), a zatem tego rodzaju działanie powinno być ocenione jako podstępne. Ponadto można poddać w wątpliwość, iż osoby „biorące udział w rekrutacji”, po poznaniu rzeczywistego celu działania sprawcy, dalej wyrażałyby zgodę na utrwalanie własnego wizerunku. Podobne spostrzeżenie wyraził również oskarżony, wątpiąc, iż ktokolwiek zezwoliłby mu na dalsze rejestrowanie wizerunku, mając świadomość, że nie uczestniczy w procesie rekrutacyjnym na określone stanowisko. W dodatku, po uzyskaniu informacji o prawdziwym motywie oraz celach

---

<sup>1121</sup> Więcej na ten temat: 3.3 Podstęp jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191 § 1 k.k.

<sup>1122</sup> Więcej na ten temat: *Ibidem*.

<sup>1123</sup> Patrz: Postanowienie SN z 25.07.2018 r., IV KK 262/18, [www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv\\_kk\\_262-18.docx.html](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv_kk_262-18.docx.html), [dostęp: 21.11.2019 r.].

<sup>1124</sup> Patrz: M. Mozgawa, *Rozdział XXIII. Przepisy przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 608; 3.3 Podstęp jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191 § 1 k.k.

<sup>1125</sup> Więcej na ten temat: 3.3 Podstęp jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191 § 1 k.k.

oskarżonego, żadna z kobiet nie zdecydowała się na kontynuowanie z nim znajomości<sup>1126</sup>.

Z kolei, propozycja odwołania się do wzorców kulturowych celem odróżnienia błędu istotnego od błędu nieistotnego, wydaje się, że może zyskać aprobatę, zakładając jednak przy tym, że jest to kryterium o charakterze subsydiarnym, gdy całokształt przedstawionych okoliczności towarzyszących popełnieniu czynu, nie pozwala na dokonanie jednoznacznej oceny, czy określone zachowanie dysponenta dobrem było wynikiem błędu. Innymi słowy, jeżeli wyłączyć zachowanie sprawcy (które jest analizowane jako możliwy przejaw podstępny), to czy decyzja woli pokrzywdzonego zostałaby ukształtowana w taki sam sposób, gdyby nie nastąpiło wprowadzenie w błąd lub wykorzystanie błędu. Co więcej, nie można pominąć faktu, że w wielu przypadkach wyznaczenie wzorca kulturowego w odniesieniu do działań o charakterze podstępnym może być niezwykle trudne<sup>1127</sup>.

Natomiast, w kwestii przejawów podstępnego działania, z pewnością za takie nie można uznać wykorzystania zdobytego zaufania dysponenta dobrem w przedmiocie utrwalania jego wizerunku w stanie nagości, jeżeli jest on tego świadomy, zwłaszcza gdy pozostaje w romantycznej relacji ze sprawcą<sup>1128</sup>. Bez znaczenia należy uznać małoletność ofiary (poniżej 15 lat) i pełnoletność sprawcy. Istota podstępu sprowadza się do wprowadzenia osoby w błąd celem uzyskania mylnego wyobrażenia o rzeczywistym stanie rzeczy, z tego powodu trudno uznać za podstępny zabieg rejestrowanie wizerunku przy pełnej świadomości osoby utrwalanej. Wiek, a raczej możliwe niedoświadczenie życiowe z niego wynikające nie może być bezpośrednio utożsamiane z podstępnym działaniem, ponieważ w dzisiejszych czasach wśród nastolatków powszechne są zachowania związane z utrwalaniem własnego wizerunku, więc trudno zakładać, iż nastoletnia osoba nie zdawała sobie sprawy z istoty rejestracji treści za pomocą narzędzi cyfrowych. Poza tym wydaje się, że nie sposób doszukać się w zachowaniu sprawcy próby naruszenia wolności od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności, jeżeli ofiara przegląda zdjęcia celem ich zaaprobowania.

Kolejnym przypadkiem, który zasługuje na odniesienie w kontekście stosowania podstępu jest utrwalenie wizerunku nagiej osoby w trakcie snu<sup>1129</sup>. Przede wszystkim,

---

<sup>1126</sup> Patrz: Postanowienie SN z 25.07.2018 r., IV KK 262/18, [www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv\\_kk\\_262-18.docx.html](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv_kk_262-18.docx.html), [dostęp: 21.11.2019 r.].

<sup>1127</sup> Więcej na ten temat: 3.3 *Podstęp jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191 § 1 k.k.*

<sup>1128</sup> Wyrok SO we Wrocławiu z 23.10.2015 r., III K 128/15, LEX Nr 1933402.

<sup>1129</sup> Więcej na ten temat: 3.3 *Podstęp jako sposób działania sprawcy w kontekście art. 191 § 1 k.k.*

choć sen, podobnie jak stan wywołany środkami odurzającymi<sup>1130</sup> odpowiada za wyłączenie świadomości osoby, to jednak jest on stanem fizjologicznym, naturalnym dla człowieka, zwykle pożądanym z punktu widzenia funkcjonowania organizmu. Sen jest przejawem jego zdolności do autoregeneracji, naturalnym, samoistnym sposobem na zaspokojenie potrzeby fizjologicznej. Dlatego trudno w tym przypadku mówić o pełnej dobrowolności działania. Oczywiście stan snu może być wywołany działaniami o charakterze inicjującym, np. zażycie substancji nasennej. Wówczas wydaje się, iż do tego rodzaju przypadku można odnieść pogląd o relacji między albo dobrowolnym, albo niedobrowolnym wprowadzeniu osoby w stan upojenia alkoholowego, a stosowaniem podstępного zabiegu celem popełnienia czynu zabronionego. Z kolei naturalne, np. wypicie szklanki ciepłego mleka lub wynikające z kręgu kulturowego, np. zaśpiewanie kołysanki, środki, które mają za zadanie ułatwić zasypianie, nie mogą być pochytywane jako podstęp. Odmienne przyjęcie prowadziłyby w niektórych przypadkach do kuriozalnych rezultatów<sup>1131</sup>.

Ocena charakteru wykorzystywania sprzętu umożliwiającego utrwalanie wizerunku z dalekiej odległości jest uzależniona od umyślności lub nieumyślności czynu sprawcy. Jeżeli, zachowanie sprawcy ma formę nieumyślną, np. podczas rejestrowania pejzażu w oddali zostanie zarejestrowana naga postać, wówczas działanie to nie będzie podstępnym, gdyż istota podstępu determinuje umyślność działania sprawcy. Z kolei świadome posłużenie się np. obiektywem, umożliwiającym utrwalenie z dużej odległości, po to, aby zarejestrować wizerunek nagiej osoby lub wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej należy uznać za przejaw podstępu, gdyż można przypuszczać, iż jeżeli osoba byłaby świadoma, że jej wizerunek w stanie nagości lub wizerunek w trakcie czynności seksualnej jest utrwalany, odpowiednio nałożyłaby na siebie odzież, przerwałaby czynność lub skryła się przed niepożądanym utrwalaniem. Innymi słowy, świadomość o trwającym działaniu (utrwalaniu wizerunku) umożliwiłaby dysponentowi dobrem podjęcie aktywności zapobiegającej temu czynowi. Natomiast, brak świadomości w tym przypadku niweczy możliwość podjęcia tego rodzaju czynności przez osobę, której wizerunek jest rejestrowany. Również jako egzemplifikację

---

<sup>1130</sup> Więcej na temat pojęcia „środek odurzający”: K. Łucarz, A. Muszyńska, *Pojęcie środka odurzającego w prawie karnym*, PiP 2008, z. 6, s. 91-102.

<sup>1131</sup> Więcej na ten temat: *ibidem*.

podstępny zabieg należy ocenić sytuację, gdy sprawca celem dokonania utrwalenia posługuje się zamontowaną w pomieszczeniu ukrytą kamerą<sup>1132</sup>.

W literaturze przedmiotu pojawił się pogląd, że warte rozważenia jest dodanie do tzw. znamion rozbójniczych uwzględnionych w analizowanej regulacji, znamienia wykorzystania stanu bezradności pokrzywdzonego<sup>1133</sup>. Wówczas w jego zakres wchodziłyby przypadki wykorzystania stanu nieprzytomności, snu, hipnozy, upojenia alkoholowego, paraliżu ciała lub niepełnosprawności pokrzywdzonego. Jednakże miałby on zastosowanie jedynie do sytuacji, gdy stan ten nie jest rezultatem celowego działania sprawcy. Wydaje się, iż wówczas straciłoby rację bytu uwzględnienie podstępu jako metody działania sprawcy w ramach art. 191a k.k. Skoro penalizacji podlegałoby wykorzystanie stanu bezradności pokrzywdzonego, który stanowi wynik działania dysponenta dobrem, to tym bardziej, na kryminalizację zasłużyłoby podstępne działanie, zgodnie z wnioskowaniem *a minori ad maius*. Jednakże można odnieść wrażenie, iż tego rodzaju zmiana w zbyt rozległy sposób wyznacza zakres odpowiedzialności sprawcy w stosunku do wagi i charakteru popełnionego przestępstwa. Drugą możliwością (jak się wydaje w wyższym stopniu adekwatną w kontekście specyfiki czynu niż pierwsza opcja) wprowadzenia znamienia wykorzystania osoby w stanie bezradności jest stworzenie uprzywilejowanego typu analizowanego przestępstwa. W następstwie przepis art. 191a § 1 k.k. pozostałby w obecnym brzmieniu, a w art. 191a § 1a k.k. zostałby uwzględniony wariant utrwalania wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej, wykorzystując w tym celu stan bezradności osoby, z wyznaczoną niższą granicą ustawowego zagrożenia karą, aniżeli w § 1 tegoż przepisu. Wydaje się, że należy uwzględnić okoliczność, iż dysponent nie został doprowadzony do stanu bezbronności na skutek działania sprawcy, dlatego uzasadnionym jest niższy potencjalny wymiar kary względem zastosowania przez sprawcę podstępu. Jednak wątpliwości może budzić nadmierna kazuistyka w zaproponowanym rozwiązaniu.

Następne zagadnienie, które zasługuje na uwagę, odnosi się bezpośrednio do sformułowania „używając w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu”. Mając na uwadze względy celowościowe oraz systemowe zwrot zastosowany w regulacji art. 191a § 1 k.k. w zbyt ścisły sposób zawęził przedmiot możliwego oddziaływania sprawcy. Można zastanowić się, czy literalna wykładnia tego wyrażenia

---

<sup>1132</sup> Więcej na ten temat: *Ibidem*.

<sup>1133</sup> Patrz: J. Kosonoga, *Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby* [w:] K. Ślebzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 238.

jest wystarczająca dla efektywnego zabezpieczenia przedmiotu karnoprawnej ochrony. Takie ujęcie pozostawia bowiem poza zakresem penalizacji przypadki, gdy sprawca dążąc do ukształtowania procesów motywacyjnych dysponenta dobrem w pożądanym przez siebie kierunku, stosuje przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp wobec osoby, z którą łączą go silne więzi emocjonalne. Wydaje się możliwym sytuacja, gdy sprawca grozi dziecku, że go zabije, jeżeli jego matka nie zgodzi się pozować w trakcie czynności seksualnej. Jednak w obecnym brzmieniu przepisu prawa tego rodzaju sytuacja, wydaje się, że niesłusznie, pozostanie poza zakresem kryminalizacji. Dlatego wartym rozważenia jest zastąpienie sformułowania „wobec niej”, wyrażeniem „wobec osoby”. Zabieg taki umożliwi rozszerzenie odpowiedzialności sprawcy, jeżeli skieruje on przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp na osobę inną niż dysponent dobrem, a jednocześnie, na którą nakierowane oddziaływanie jest w stanie wpłynąć na procesy motywacyjne dysponenta dobrem.

Kolejny problem odnosi się do terminu „zgoda” w kontekście analizowanej regulacji. Pojęcie to zostało *expressis verbis* użyte w wariantcie rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej. Poza tym ze względu na charakter tzw. znamion rozbójniczych, uwzględnionych w wariantcie utrwalania jednego z wymienionych wizerunków, potencjalny brak zgody (spowodowany zastosowaniem przez sprawcę przemoc, groźby bezprawnej lub podstępu) również może skutkować odpowiedzialnością karną. Z uwagi na charakter indywidualnego przedmiotu karnoprawnej ochrony wynikający z regulacji art. 191a § 1 k.k. domniemane udzielenie zgody w kwestii rozpowszechniania wizerunku nie może zostać uznane za prawnie skuteczne. Odmienne założenie stwarza płaszczyznę do nadużyć dla sprawcy, który będzie twierdził, że została ona wyrażona, mimo iż nie miało to miejsca. Co więcej, tego rodzaju rozwiązanie powodowałoby istotne trudności dowodowe, czyniąc rzetelne przeprowadzenie postępowania w niektórych przypadkach niemożliwym.

Ponadto należy zgodzić się z orzeczeniem SN z 25 lipca 2018 r. (IV KK 262/18)<sup>1134</sup>, iż korzystanie z komunikatora internetowego, wyposażonego w funkcję rejestrowania przesyłanych treści, nie jest równoznaczne z wyrażeniem zgody na utrwalanie wizerunku nagiej osoby przez użytkownika tego rodzaju narzędzia.

---

<sup>1134</sup> Postanowienie SN z 25.07.2018 r., IV KK 262/18, [www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv\\_kk\\_262-18.docx.html](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv_kk_262-18.docx.html), [dostęp: 25.06.2020 r.].

Niezależnie od przyjętej koncepcji w przedmiocie miejsca zgody w strukturze przestępstwa na gruncie art. 191a § 1 k.k.<sup>1135</sup>, powyższe ujęcie zgody sprawia, że mamy do czynienia z dyrektywą wykładni w postaci *argumentum ad absurdum*. Wynika to z faktu, iż dysponent dobrem nie mógł wyrazić zgody na czynność podjętą przez sprawcę, gdyż nie powziął o jego działaniu stosownej wiadomości. W rezultacie sprawca nie zostałby pociągnięty do odpowiedzialności karnej z powodu obustronnego posługiwania się narzędziem, które umożliwia utrwalanie wizerunku. Zatem, poza oceną pozostałaby kwestia zamiaru sprawcy oraz motywacji, którą kierował się przy popełnieniu określonego czynu<sup>1136</sup>.

Podjętą w literaturze próbę konkretyzacji wieku, od którego małoletni może być przedmiotem czynności wykonawczej<sup>1137</sup>, należy poczytać jako nietrafione ujęcie problemu, gdyż ustanowienie jakiegokolwiek granicy wieku doprowadza do sytuacji, że człowiek z powodu nieukończenia wieku nie może być przedmiotem czynności sprawczej przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. W rezultacie on albo sąd, albo opiekun prawny (zależnie od sytuacji prawnej) nie będzie mógł wyrazić prawnie relewantnej zgody na rozpowszechnienie wizerunku w stanie nagości lub w trakcie czynności seksualnej, bez względu na ulokowanie zgody w strukturze przestępstwa. Warto w tym miejscu nadmienić, iż w opinii autorki niniejszego opracowania przedmiotem czynności sprawczej w ramach charakteryzowanej regulacji jest wizerunek człowieka.

Co więcej, jeżeli ustawodawca zamierzałby oznaczyć konkretną granicę wieku, wydaje się, iż wówczas uwzględniłby ją *expressis verbis*, podobnie jak w przypadku innych przepisów k.k., które to czynią np. art. 200 § 1 k.k. Można przypuszczać, że argument, iż tego rodzaju granica powinna być skonkretyzowana, ze względu na niewykształconą jeszcze sferę prywatności, intymności lub seksualizmu u małego dziecka, jest nietrafiony, gdyż sfery te wywodzą się z godności, która przecież jest przyrodzona, a zatem także ściśle związana z określonym człowiekiem. Ponadto wydaje się, iż nie należy utożsamiać braku podejmowania działań w zakresie tychże sfer z ich niewykształceniem. Z pewnością niedostateczny rozwój psychofizyczny małego dziecka czyni je nieświadomym istnienia wymienionych sfer. Jednocześnie pozostawanie w nieświadomości o ich istnieniu nie przesądza o braku ich istnienia. Odmienne założenie

---

<sup>1135</sup> Więcej na ten temat: 4.2.1 *Problem udzielenia zgody na rozpowszechnienie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę pełnoletnią.*

<sup>1136</sup> Więcej na ten temat: *ibidem*.

<sup>1137</sup> Patrz: M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 529.

stwarza trudności w związku z ochroną dobra na gruncie art. 191a § 1 k.k. osób, które nie są w stanie skutecznie zarządzać granicami sfery intymności, np. ze względu na chorobę psychiczną. Powstaje wówczas pytanie, czy skoro w ich zachowaniu nie sposób dostrzec przejawów dysponowania którąkolwiek ze sfer, czy znaczy to, że nie zostały one jeszcze wykształcone? Wtenczas takie osoby nie mogą skorzystać z ochrony na gruncie omawianej regulacji, nawet jeżeli czyn sprawcy zrealizował komplet znamion uwzględnionych przepisem, ponieważ nie istnieje przedmiot zamachu. Z tej racji, należy przypuszczać, że tego rodzaju sfera istnieje wraz z urodzeniem człowieka, jednak na skutek różnych okoliczności, np. młodego wieku, niepełnosprawności intelektualnej, pozostaje on nieświadomym tego faktu. Jednakże nie przekreśla to możliwości wystąpienia z wnioskiem o ściganie przez osoby do tego uprawnione w imieniu tej osoby, jeżeli ocenią, że jej dobro zostało naruszone<sup>1138</sup>.

Poza tym nie można pomijać literalnego brzmienia art. 191a § 1 k.k. i użytego tam pojęcia „osoba”. Osobą określa się każdego człowieka z chwilą jego urodzenia, wobec tego zarówno małoletniego, jak i pełnoletniego<sup>1139</sup>. W związku z tym trudno poprzeć pogląd, iż publikacja wizerunku nagiego dziecka będzie naruszała prawa rodziców, zamiast dziecka<sup>1140</sup>. Rodzice sprawują funkcję opiekunów prawnych dziecka, którego stopień rozwoju psychofizycznego uniemożliwia swobodne dysponowanie przysługującymi mu prawami. W następstwie działają oni w jego imieniu<sup>1141</sup>.

Odwoływanie się do art. 200 k.k. jako rozwiązania, wskazującego granicę wiekową, od której zgoda małoletniego na gruncie art. 191a § 1 k.k. jest skuteczna, wydaje się kontrowersyjną propozycją, gdyż obydwie regulacje służą ochronie odmiennych dóbr<sup>1142</sup>. Poza tym w sytuacji, gdy osoba, która ukończyła 15 lat, podjęła decyzję o kontakcie seksualnym świadomie i dobrowolnie, nie sposób mówić o naruszeniu granic sfery intymności. Natomiast, np. rozpowszechnienie zdjęć wykonanych podczas czynności seksualnej, sprawia, że fakt ten może być powszechnie dostępny w dosłownym znaczeniu, gdyż możliwości, które stwarzają mass media a w szczególności Internet, sprawiają, że do określonych materiałów może mieć dostęp

---

<sup>1138</sup> Więcej na ten temat: 4.2.2 *Problem udzielenia zgody na rozpowszechnia wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę małoletnią.*

<sup>1139</sup> Patrz: S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. K-Ó, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 1316.

<sup>1140</sup> Patrz: M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 529.

<sup>1141</sup> Więcej na ten temat: 4.2.2 *Problem udzielenia zgody na rozpowszechnia wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę małoletnią.*

<sup>1142</sup> Patrz: R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, Prok. i Pr. 2012, Nr 5, s. 36.



każdy człowiek na świecie. Z tego powodu czyn zabroniony z art. 191a § 1 k.k. może mieć dotkliwsze i długoterminowe konsekwencje dla pokrzywdzonego. Należy mieć na względzie, iż rozwój psychofizyczny małoletniego nie jest zakończony, dlatego nie każda młoda osoba będzie świadoma wszystkich następstw, które wynikają z podjęcia tego rodzaju działania.

Analizując w tym samym kontekście również treść art. 202 k.k., warto nadmienić, że w ramach jego nowelizacji - ustawą z dnia 4 kwietnia 2014 r. *o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*<sup>1143</sup>, w art. 202 § 3- § 4a k.k. pojawia się jako przedmiot czynności sprawczej małoletni. Wcześniej ustawodawca ujął przedmiot tego rodzaju czynności jako małoletni poniżej lat 15. Obecne brzmienie penalizuje eksploatację treści o charakterze pornograficznym, jeżeli przedmiotem czynności jest osoba, która nie ukończyła 18 lat lub kobieta, która nie ukończyła 16 lat i nie wstąpiła za zgodą sądu w związek małżeński. Należy jednak mieć na uwadze, iż obydwie regulacje, tj. art. 191a k.k. i art. 202 k.k. służą ochronie odmiennych dóbr. Oczywiście w określonym stanie faktycznym czyn sprawcy może naruszać obydwa wymienione, dlatego mogą one współistnieć w ramach jednego czynu, aczkolwiek zawsze jedno z nich będzie miało charakter nadrzędny (bezpośredni przedmiot ochrony) względem drugiego (dalszy przedmiot ochrony). Z tej racji wydaje się, że inny charakter dóbr, a w związku z tym również względy celowościowe sprawiają, iż przeniesienie w sposób bezpośredni rozwiązania z art. 202 § 3 – § 4a k.k. na grunt art. 191a k.k. zakreśla zbyt szeroko granice odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa.

Wartym rozważenia jest wyinterpretowanie relewantności zgody małoletniego w kontekście analizowanej regulacji na podstawie przepisów k.r.o. Art. 92 k.r.o. stanowi, że dzieci pozostają aż do pełnoletności pod władzą rodzicielską. Z kolei art. 95 § 3 k.r.o. zobowiązuje rodziców do kierowania się dobrem dziecka oraz interesem społecznym w zakresie dotyczącym jego osoby, a art. 95 § 5 k.r.o. uwzględnia powinność wysłuchania dziecka, przed podjęciem decyzji w jego sprawie oraz w miarę możliwości uwzględnienia jego rozsądnych życzeń. Zaprezentowane rozwiązania wydają się wpasowywać do problemu oceny charakteru zgody na gruncie art. 191a § 1 k.k., gdyż pozwalają one uwzględnić potrzeby małoletniego, jak i podjąć właściwą decyzję przez opiekunów prawnych w zakresie rozpowszechniania tego rodzaju wizerunku, gdyż można przypuszczać, iż to oni w pierwszej kolejności oceniają dojrzałość emocjonalną

---

<sup>1143</sup> Ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r., *o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, Dz.U. 2014, poz. 538.

małoletniego, ponieważ zwykle mają z nim stały kontakt (oczywiście nie uczynią tego w stopniu tak profesjonalnym, jak np. psychoterapeuta). Tego rodzaju ujęcie jest zgodne z założeniami wykładni systemowej. Poza tym pojęcie „dziecko” należy do zakresu desygnatów terminu „osoba”. W konsekwencji można uznać, że przytoczone przepisy w możliwie efektywny sposób zabezpieczają dobro prawne małoletniego w postaci jego prawidłowego rozwoju psychofizycznego, również w tym przypadku na gruncie karnoprawnego porządku<sup>1144</sup>.

Przechodząc do charakterystyki relacji pomiędzy podmiotem przestępstwa a pokrzywdzonym, należy nadmienić, iż z przeanalizowanych w ramach orzecznictwa oraz przeprowadzonych badań przypadków nasuwa się konstatacja, że zwykle sprawcę oraz pokrzywdzonego łączy więź o charakterze emocjonalnym. Można poczytać to za bezpośrednią konsekwencję charakteru przestępstwa, gdyż dotyczy ono pewnego wycinka ludzkiej sfery, do którego wstęp mają zwykle osoby obdarzone wysokim stopniem zaufania przez dysponenta dobrem. Ponadto większość sprawców nie była wcześniej karana, co uprawdopodobnia przypuszczenia, że osobom dopuszczającym się analizowanego czynu zabronionego mogły towarzyszyć motywy emocjonalne w związku z sytuacją rodzinną, czy relacją intymną, np. zemsta (w przypadku kochanka pokrzywdzonej)<sup>1145</sup>. Dlatego można założyć, że najczęściej dysponent dobrem będzie znał sprawcę. Również w ramach uzasadnienia do rządowego projektu ustawy wprowadzającej art. 191a k.k. (Druk sejmowy nr 1394) został dostrzeżony problem nadużywania zaufania partnerów w obszarze kontaktów seksualnych w związku z rejestrowaniem obrazu nagiego ciała lub przebiegu tych kontaktów<sup>1146</sup>. Także projektodawca dostrzegł korelację elementu relacji międzyludzkich z dokonaniem przestępstwa uwzględnionego w art. 191a § 1 k.k.<sup>1147</sup>.

Można zaobserwować w ciągu kilku lat tendencję wzrostową w odniesieniu do liczby skazanych za popełnienie czynu zabronionego z art. 191a § 1 k.k.<sup>1148</sup>. Wydaje się, iż jest to konsekwencja stale postępującego procesu technizacji oraz digitalizacji życia

---

<sup>1144</sup> Więcej na ten temat: 4.2.2 *Problem udzielenia zgody na rozpowszechnia wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej przez osobę małoletnią.*

<sup>1145</sup> Patrz: Wyrok SO w Warszawie z 18.07. z 2019 r., IX Ka 640/19, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154505000002706\\_IX\\_Ka\\_000640\\_2019\\_Uz\\_2019-07-18\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154505000002706_IX_Ka_000640_2019_Uz_2019-07-18_002), [dostęp: 21.06.2020].

<sup>1146</sup> Patrz: *Uzasadnienie...*, *op. cit.*, s. 18.

<sup>1147</sup> Więcej na ten temat: 5.1 *Podmiot przestępstwa.*

<sup>1148</sup> Patrz: *Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego - dorośli - wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary w l.2008-2018*, Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853.42.html>, [dostęp: 27.04.2020].

przeciętnego człowieka. Dostępność, a także relatywnie niski koszt urządzeń z możliwością rejestracji obrazu sprawiły, że realizacja kompletu znamion uwzględnionych w analizowanej regulacji wymaga mniejszego zaangażowania sprawcy (np. niski koszt zakupu urządzenia rejestrującego) w porównaniu do sytuacji sprzed kilku lat. Co więcej oprogramowanie obsługujące narzędzia rejestrujące, stale ulegają aktualizacji. Z kolei proces ten służy uproszczeniu sposobu korzystania z tego rodzaju urządzeń, toteż czas trwania poszczególnych czynności ulega skróceniu<sup>1149</sup>.

Wspominając o tendencji wzrostowej liczby skazań w kontekście analizowanego przestępstwa, nie sposób nie zwrócić uwagi na preferencje sądów w przedmiocie orzekałego rodzaju kary. Wedle dostępnych danych statystycznych sądy w związku z popełnieniem czynu z art. 191a § 1 k.k. najczęściej orzekały karę grzywny samoistnej oraz pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Biorąc pod uwagę założenia dyrektyw wymiaru kary (art. 53 k.k.), brzmienie regulacji dotyczącej zbiegu przepisów ustawy (art. 11 k.k.), a także doświadczenie życiowe, należy przypuszczać, że kara grzywny samoistnej zostanie wymierzona, jeżeli czyn sprawcy charakteryzuje się niższym stopniem szkodliwości społecznej niż czyn, za który została orzeczona kara pozbawienia wolności<sup>1150</sup>.

Oczywiste jest, że przed wydaniem orzeczenia, a zatem i potencjalnym skazaniem, sąd jest zobowiązany do zbadania również elementów stanowiących stronę podmiotową przestępstwa. Bez wątplenia przestępstwo zawarte w art. 191a § 1 k.k. może być popełnione jedynie umyślnie. Poza tym należy przychylić się do poglądu, że uwzględnienie przez ustawodawcę przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny jako środków, którymi posługuje się sprawca w wariacie utrwalania wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej, przesądza o bezpośrednim zamiarze sprawcy. Charakter każdego z nich wymaga bowiem intencjonalnego, kierunkowego działania. Ponadto takie rozwiązanie jest również zdeterminowane zastosowaniem w ustawie zwrotu „w celu”, który stanowi o kierunkowości działania sprawcy. Z kolei analizowane przestępstwo w wariacie rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej może być dokonane w zamiarze ewentualnym. Wynika to z uwzględnienia możliwości wyrażenia lub niewyrażenia zgody, kształtowania jej zakresu oraz treści przez dysponenta dobrem<sup>1151</sup>.

---

<sup>1149</sup> Więcej na ten temat: *6.1 Podmiot przestępstwa*.

<sup>1150</sup> Więcej na ten temat: *ibidem*.

<sup>1151</sup> Więcej na ten temat: *5.2 Strona podmiotowa przestępstwa*.

W kwestii form, które może przybrać przestępstwo uregulowane w art. 191a § 1 k.k., wypada podkreślić, że w literaturze przedmiotu próżno szukać analizy, czy nawet pojedynczych wypowiedzi zarówno w kwestii form stadialnych jak i zjawiskowych przestępstwa<sup>1152</sup>. W ramach niniejszego opracowania została podjęta próba ich scharakteryzowania z uwagi na charakter powyższego przestępstwa. W wyniku tego procesu warto wskazać na przykładzie różnice między niekaralnym przygotowaniem do przestępstwa a jego usiłowaniem. Gdy sprawca umieszcza sprzęt w pomieszczeniu bez wiedzy osoby, której wizerunek ma zamiar utrwalić, aczkolwiek nie uruchamia urządzenia, czynność tą należy zakwalifikować jako przygotowanie do popełnienia przestępstwa. Momentem świadczącym o osiągnięciu przez zachowanie sprawcy stadium usiłowania będzie uruchomienie sprzętu, ustawionego w sposób umożliwiający dokonanie utrwalenia (np. skierowany na pokrzywdzonego obiektyw kamery).

Co więcej, ocena czy doszło do usiłowania popełnienia przestępstwa w przypadku regulacji z art. 191a § 1 k.k., powinna odbywać się *in concreto*, z uwzględnieniem całokształtu zespołu jego znamion. Należy nadmienić, iż w wariantcie utrwalania w ramach wymienionej regulacji, sprawca powinien posłużyć się m.in. przemocą lub groźbą bezprawną. Obydwa sposoby mogą w niektórych przypadkach stanowić samodzielne przestępstwo. Z tego powodu, dla prawidłowej weryfikacji, czy doszło do usiłowania bezprawnego utrwalenia wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej należy potwierdzić, że po realizacji pierwszej z czynności sprawczych, zachowanie sprawcy przyjęło postać usiłowania dokonania drugiej z nich. W przeciwnym razie na skutek nieosiągnięcia stadium usiłowania w zakresie utrwalenia wizerunku, zachowanie sprawcy może być kwalifikowane w ramach odmiennej podstawy prawnej<sup>1153</sup>.

W związku z faktem, iż przedmiotem czynności sprawczej jest wizerunek człowieka, z kolei indywidualnym przedmiotem karnoprawnej ochrony – wolność od bezprawnej ingerencji w kształtowanie granic sfery intymności, wydaje się, iż zrównanie zespołu desygnatów pojęcia „przedmiot nadający się do popełnienia na nim czynu zabronionego” z art. 13 § 2 k.k. z przedmiotem przestępstwa, zamiast przedmiotem karnoprawnej ochrony służy uproszczeniu stosowania omawianej regulacji na etapie subsumpcji prawa<sup>1154</sup>.

---

<sup>1152</sup> Więcej na ten temat: *Rozdział VI. Formy popełnienia przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.*

<sup>1153</sup> Więcej na ten temat: *6.1 Formy stadialne przestępstwa.*

<sup>1154</sup> Więcej na ten temat: *ibidem.*

Ponadto można przypuszczać, że najczęstszą formę zjawiskową przestępstwa ujętego w art. 191a § 1 k.k. stanowi sprawstwo *sensu stricto*, gdyż motywy, którymi kieruje się sprawca, dokonując czynu zabronionego mogą być powiązane z jego stanem emocjonalnym oraz nierzadko dotyczą relacji międzyludzkich, które wchodzą w zakres ścisłej sfery intymnej jednostki. Mimo to należy podkreślić, że ze względu na powszechny charakter tego przestępstwa oraz jego strukturę, zachowanie z nim związane może przybrać dowolną postać zjawiskową uwzględnioną w k.k.<sup>1155</sup>.

---

<sup>1155</sup> Więcej na ten temat: 6.2 *Formy zjawiskowe przestępstwa*

## Bibliografia

### I Wykaz opracowań zwartych

1. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973.
2. I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, wyd. 9 zm., PWN, Warszawa 1989.
3. A. Barczak-Opustil, *Sporne zagadnienia istoty winy w prawie karnym. Zarys problemu*, CZPKiNP 2005, z. 2,
4. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
5. J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa do wizerunku*, ZNUJ PWiOWI 2002, z. 80.
6. M. Berent, *Kryminalistyczna problematyka hipermnezji hipnotycznej i praktyczne możliwości jej wykorzystania w świetle art. 171 § 5 pkt 2 Kodeksu postępowania karnego* [w:] M. Zelek (red.), *III Dni Kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego. Materiały z konferencji*, Koło Naukowe Prawa Karnego Studentów Uniwersytetu Rzeszowskiego „Iustitia”, Rzeszów 2009.
7. M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXIII. Przepisy przeciwko wolności. Art. 190* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
8. M. Berent, M. Filar, *Rozdział XIII. Przepisy przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
9. M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXIII. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Uwagi wstępne* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
10. M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
11. M. Berent, M. Filar, *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016
12. M. Bielski, *197 k.k. Rozdział XXIII. Przepisy przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

13. M. Bielski, *202 k.k. Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
14. M. Bielski, *Uwagi wprowadzające. Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
15. M. Bielski, *Wykładnia znamion obcowanie płciowe i inna czynność seksualna w doktrynie i orzecznictwie*, CZPKiNP 2008, z. 1.
16. M. Bielski, *Zasady wymiaru kary za podżeganie i pomocnictwo*, CZPKiNP, 2006, z. 2.
17. M. Bieniek, *Zgwałcenie. Studium prawnokryminologiczne*, Akademia Spraw Wewnętrznych. Instytut Prawa, Warszawa 1974.
18. T. Bigoszewski, *Przemoc jako znamię strony przedmiotowej*, CZPKiNP 1997, Nr 2.
19. M. Błaszczyk, *I. Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017.
20. T. Bojarski, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzupełn., Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
21. T. Bojarski, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzupełn., Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
22. T. Bojarski, *Rozdział V. Środki karne* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzupełn., Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
23. T. Bojarski, *Rozdział XXIII. Przepisy przeciwko wolności* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzupełn., Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
24. J. Bojarski, O. Górniok *Rozdział XIV. Objaśnienie wyrażeń ustawowych* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
25. W.M. Borowski, *Przepisy przeciwko moralności publicznej*, Głos Sądownictwa 1929, nr 2.
26. W.M. Borowski, *Zasady prawa karnego. Tom II. Część specjalna. Przepisy przeciwko religii, władzy państwowej i porządkowi publiczno-społecznemu*, Areta, Warszawa 1924.

27. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, wyd. 2 zm., Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1989.
28. M. Budyn-Kulik, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 10* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
29. M. Budyn-Kulik, *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Przed art. 197* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017.
30. E. Charzyńska, *Mieć raka piersi i wciąż się czuć kobietą – doświadczenia pacjentek o różnych orientacjach psychoseksualnych* [w:] K. Palus (red.), *Płeć. Między ciałem, umysłem i społeczeństwem*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Nauk Społecznych UAM, Poznań 2011.
31. .P. Chaudhary, M. Peskin, J.R. Temple, R.C. Addy, E. Baumler, R. Shegog, *Sexting and Mental Health: A School-based Longitudinal Study Among Youth in Texas*, *Journal of Applied Research on Children* (tłum. wł.), Informing Policy for Children at Risk 2017, Vol. 8, s.19.
32. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, wyd.3, PWN, Warszawa 1995.
33. K. Cooper, E. Quayle, L. Jonsson, C.G. Svedin, *Adolescents and self-taken sexual images. A review of literature* (tłum. wł.), *Computer in Human Behavior* 2016, Vol. 55.
34. Z. Czerwiński, *Grożba użycia przemocy jako forma popełnienia przestępstwa z art. 208 k.k.*, *Problemy Praworządności* 1984, Nr 11.
35. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa popełniane z afektu w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982.
36. K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *Grożba w polskim prawie karnym*, PWN, Warszawa 1958.
37. P. Daniluk, *Art. 115. Rozdział XIV. Objasnienie wyrażeń ustawowych* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2017.
38. P. Daniluk, *Ocena społecznej szkodliwości czynu*, *Prok. Pr.* 2011, Nr 6.
39. P. Daniluk, *Zgoda uprawnionego a tryb ścigania*, *PS* 2007, Nr 4.



40. M. Derlatka, *Spoleczna szkodliwość czynu a definicja przestępstwa*, Prok. i Pr. 2006, Nr 6.
41. R. Dębski, *Kilka uwag o podstawach regulacji usiłowania w obowiązującym kodeksie karnym* [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2005.
42. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM-5*, (tłum. wł.) [brak autora], American Psychiatric Publishing – New Library, Washington, London 2013, p. 265-280.
43. J. Długosz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego* [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
44. S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. A-J, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008.
45. S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. K-Ó, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008.
46. S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. P-Ś, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008.
47. S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, t. T-Ż, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008.
48. B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Wilga, Warszawa 1996.
49. M. Filar, „*Druga*” nowelizacja kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych, PiP 2006, z. 3.
50. M. Filar, *Glosa do Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 1998 r., I KZP 22/98*, PiP 1999, z. 8.
51. M. Filar, *Kiedy ofiarą zgwałcenia pada zdrowy rozsądek* [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwo zgwałcenia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
52. M. Filar, *Ochrona jednostki w nowym kodeksie karnym* PiP 1998, z. 9-10.
53. M. Filar, *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Wydawnictwo UMK, Toruń 1977.
54. M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności oraz wolności sumienia i wyznania* [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze. Zeszyt 18*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 1998.

55. M. Filar, *Przestępstwa w dziedzinie stosunków seksualnych* [w:] I. Andrejew (red.), *System prawa karnego PRL*, Ossolineum, Warszawa 1989.
56. M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, PWN, Warszawa – Poznań 1974.
57. M. Filar, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
58. M. Filar, *W sprawie reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych*, PiP 1991, z. 7.
59. B. Filek, *Wizerunek nagiej osoby jak znamię przestępstwa z art. 191a k.k.*, Prok. i Pr. 2012, nr 7-8.
60. A. Gaberle, *Odpowiedzialność karna nieletnich (uwagi na tle 10 § 2 k.k.)* [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin*, Wolters Kluwer, Kraków 2006.
61. Z. Gałązka, *Art. 11 k.k.* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2019.
62. L. Gardocki, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
63. L. Gardocki, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2008.
64. P. Gensikowski, *Odstąpienie od wymierzenia kary w polskim prawie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
65. J. Giezek, *Art. 9 k.k. Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część ogólna. Komentarz*, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
66. J. Giezek, *Art. 11 k.k. Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część ogólna. Komentarz*, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
67. J. Giezek, *Kolizja dóbr a prawnokarna ochrona wolności* [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Wolters Kluwer, Kantor Wydawniczy Zakamycze Warszawa 2006.
68. J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
69. J. Giezek, *„Zezwolenie na naruszenie dobra prawnego” – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowa* [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa*

- karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. Urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2009.
70. S. Glaser, *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja prawa karnego*, t. 2, Wydawnictwo Urzędowe Komisji Kodyfikacyjnej, Lwów 1925.
71. D. Goleman, *Inteligencja emocjonalna*, tłum. A. Jaworski, Media Rodzina, Warszawa 2007.
72. R. Góral, *Praktyczny komentarz. Kodeks karny*, wyd. 5, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2005.
73. O. Górniok, *Rozdział XXIII. Przepięstwa przeciwko wolności. Art. 190* [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Komentarz do artykułów 117-221. Część szczególna*, t. 1, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 977.
74. O. Górniok, *Przepięstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 3, Arche Gdańsk 1999.
75. T. Grzeszak, *Rozdział IX. Prawo do wizerunku i prawo adresata korespondencji* [w:] J. Barta (red.), *Prawo autorskie*, t. 13, wyd. 4, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2017.
76. W. Grzywo-Dąbrowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1957.
77. J. Haberk, *Udostępnianie i publikowanie wizerunku nasciturusa, noworodka i małego dziecka w świetle zasady dobra dziecka*, RPEiS 2013, Nr 3.
78. T. Hanusek, *Przemoc jako forma działania przestępnego*, ZNUJ 1966, z. 24.
79. S. Hinduja, J.W. Patchin, *Sextortion Among Adolescents: Results From a National Survey of U.S. Youth* (tłum.wł.), *Annals of Sex Research: Sexual Abuse* 2018.
80. E. Hryniewicz, *Czy zgoda dysponenta dobra może wyłączyć bezprawność czynu?*, Prok. i Pr. 2014, Nr 9.
81. E. Hryniewicz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym na gruncie prawa karnego* [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
82. S. Hyps, *Rozdział XIV. Objasnienie wyrazów ustawowych* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017.
83. S. Hyps, *Rozdział XXIII. Przepięstwa przeciwko wolności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017.

84. S. Hyps, *Rozdział XXIII. Przesłępstwa przeciwko wolności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2019.
85. S. Hyps, *Rozdział XXV. Przesłępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017.
86. S. Hyps, *Rozdział XXV. Przesłępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2019.
87. M. Jachimowicz, *Przesłępstwo utrwalania wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, KKSSiP 2012, z. 2.
88. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępczości czynu. Studium na temat struktury przestępczości*, Warszawa 2009.
89. Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępczości*, Pr. i Prok. 2008, Nr 5.
90. R.L. Johnson, V. McCann, P.G. Zimbardo, *Psychologia. Kluczowe koncepcje*, tłum. Pearson Education Inc., PWN, Warszawa 2010.
91. T. Kaczmarek, *O elementach wyznaczających treść społecznej szkodliwości czynu zabronionego i jej stopień (ekspozycja problemów społecznych)* [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Wydawnictwo Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 2011.
92. P. Kardas, *Art. 19. Rozdział II. Formy popełnienia przestępczości* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
93. P. Kardas, *Art. 19. Rozdział II. Formy popełnienia przestępczości* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
94. J. Karłowicz (red.), A. Kryński (red.), W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik j języka polskiego*, t.1 A-G, Drukarnia E. Lubowski i S-ki, Warszawa 1908.
95. J. Karłowicz (red.), A. Kryński (red.), W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik j języka polskiego*, t.2 H-M, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1902.

96. J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3 N-Ó, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1902.
97. J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.4 P-Prożyszcz, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1904.
98. J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.7 T-Y, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1919.
99. J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 8, Kasa im. J. Mianowskiego, Warszawa 1923.
100. N. Kłaczyńska, *Rozdział XXIII. Przepisy przeciwko wolności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
101. N. Kłaczyńska, *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
102. *Kodeks karny Rzeszy Niemieckiej z dnia 15 maja 1871 r. z późniejszymi zmianami i uzupełnieniami po rok 1918 wraz z ustawą wprowadzącą do kodeksu karnego dla Związku Północno-niemieckiego (Rzeszy Niemieckiej) z dnia 31 maja 1870r.*, [brak autora], Spółka pedagogiczna, Poznań 1920.
103. *Kodeks karny z r. 1903 (przeład z rosyjskiego) z uwzględnieniem zmian i uzupełnień obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 1 maja 1921 r.*, [brak autora], Wydanie Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1922.
104. V. Konarska Wrzosek, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] V. Konarska-Wrzosek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
105. V. Konarska-Wrzosek, *Rozdział XXV. Przepisy przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
106. A. Kopff, *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, *Studia Cywilistyczne*, t. 20, Kraków 1972.
107. J. Kosonoga, *Art. 190. Rozdział XXIII. Przepisy przeciwko wolności* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2017.

108. J. Kosonoga, *Art. 191a. Rozdział XXIII. Przepęstwa przeciwko wolności* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2017.
109. J. Kosonoga, *Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby* [w:] K. Ślebzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
110. K. Król, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.5 Próba-R, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1909.
111. R. Krajewski, *Przepęstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, Prok. i Pr. 2012, Nr 5.
112. A.Z. Krawiec, *Maloletni pokrzywdzony w polskim procesie karnym*, TNOiK Dom Organizatora, Toruń 2012.
113. M. Królikowski, *Rozdział XXIII. Przepęstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] A. Wąsek (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2010.
114. M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przepęstwa przeciwko wolności. Art. 191* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017.
115. M. Królikowski, A. Sakowicz, *Rozdział XXIII. Przepęstwa przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017.
116. M. Królikowski, R. Zawłocki, *Wprowadzenie*, [w:] M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz*, t. 1, C.H. Beck, Warszawa 2010.
117. A. Kryński, W. Niedźwiedzki (red.), *Słownik języka polskiego*, t.6 S-Ś, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1909.
118. E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego*, t. 2, wyd. 2 przerobione, Księgarnia Leona Frommera, Kraków 1902.
119. I. Krzywicka, *Wyznania gorszycielki*, Czytelnik, Warszawa 1995.
120. E. Kulesza, W. Kulesza, *Fotografowanie jako czyn zabroniony w prawie niemieckim i polskim* [w:] B. Sygit (red.), *Złota księga jubileuszowa prof. zw. dr*

*hab. dr honoris causa Brunona Hołysta: ...ale prawdy szukaj w czynie*, Fundacja Ubi societas, ibi ius, Łódź 2015.

121. J. Kulesza, *Obrona konieczna prawa do wizerunku w polskim i niemieckim prawie karnym*, Prok. i Pr. 2016, Nr 2.
122. M. Kulik, *Tak zwana czynność towarzysząca z punktu widzenia reguł wyłączenia wielości ocen w prawie karnym*, CZPKiNP 2009, z. 2,
123. M. Kulik, A. Wąsek, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 9* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
124. M. Kulik, A. Wąsek, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 11* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
125. J. Kurkowski, *Zarys praktyczny prawa i postępowania karnego do użytku policji państwowej*, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1930.
126. B. Kurzępa, „*Inna czynność seksualna*” jako znamię przestępstw, Prok. i Pr. 2005, Nr 5.
127. J. Lachowski, § 7. *Inne kontratypy* [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System prawa karnego. Nauka o karze*, t.4, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2013.
128. J. Lachowski, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 10* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
129. J. Lachowski, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 11* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
130. J. Lachowski, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 190* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
131. M. Laskowski, *Ustalenie umyślności w praktyce orzeczniczej* [w:] J. Majewski (red.), *Umyślność i jej formy. Pokłosie VII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2011.
132. J. Leszczyński, *O projektach reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych*, PiP 1992 z. 2.

133. Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Wydawnictwo Lekarskie PZWL, Warszawa 2013.
134. K. Lipiński, Art. 41a k.k. Rozdział V. Środki karne [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny Część ogólna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021
135. K. Lipiński, *Rozdział XXIII. Przesłępstwa przeciwko wolności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
136. A. Liszewska, § 12. Usiłowanie [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego. Nauka o przestępstwie*, t. 3, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2012.
137. A. Liszewska, *Współdziałanie przestępcze w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2004
138. M.J. Lubelski, *Stanowienie i wykładnia prawa (karnego) w warunkach chaosu kulturowego* [w:] A. Marek (red.), T. Oczkowski (red.), *Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
139. K. Łucarz, A. Muszyńska, *Pojęcie środka odurzającego w prawie karnym*, PiP 2008.
140. J. Majewski, *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym*, [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popelnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2007.
141. J. Majewski, *Rozdział XIV. Objasnienie wyrażeń ustawowych* [w:] A Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53-116*, t. 2, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
142. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. 4, Wydawnictwo Zakładu Narodowego imienia Ossolińskich, Lwów 1935.
143. J. Makarewicz, *Pornografia a prawo*, Przegląd Prawa i Administracji 1910, z. 1, s. 2.
144. K. Makaruk, P. Michalski, J. Włodarczyk, *Kontakt dzieci i młodzieży z pornografią. Raport z badań*, Warszawa 2017, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę.
145. K. Makaruk, Sz. Wójcik, *Seksting wśród polskiej młodzieży. Wyniki badania ilościowego*, Warszawa 2014, Fundacja Dzieci Niczyje.
146. W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1937.



147. W. Makowski, *Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach b. zaboru rosyjskiego*, t. 2 – Część II, Biblioteka Polska, Warszawa 1921.
148. W. Makowski, *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja prawa karnego*, t. 5 z. 4, Warszawa 1930.
149. W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Gebethner i spółka, Warszawa-Lublin-Łódź-Poznań-Kraków 1920.
150. W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego, obowiązującego w Polsce*, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1924.
151. P. Marchwicki, *Mechanizmy obronne w ujęciu psychodynamicznym*, *Seminare. Poszukiwania naukowe* 2005, t. 21.
152. M. Maraszek, *Dolna granica wieku odpowiedzialności karnej w prawie polskim*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
153. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
154. A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2003.
155. A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, C.H. Beck, Warszawa 1997.
156. A. Marek, *Wolność jako przedmiot ochrony prawa karnego* [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Wolters Kluwer, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Warszawa 2006.
157. A. Matlak, *Cywilnoprawna ochrona wizerunku*, KPP 2004, z. 2.
158. L. Mering, *Glosa do uchwały SN z dnia 21 marca 2007r., I KZP 39/06*, *GSP – Przegląd orzecznictwa* 2008, Nr 1.
159. A. Michalska-Warias, *Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
160. A. Mogilnicki, E.S. Rappaport, *Kodeks karny z ustawami dodatkowymi wydanymi do dnia 1 września 1927 r., tezami orzeczeń Sądu Najwyższego*, F. Hoesick, Warszawa 1928.
161. Monteskiusz, *O duchu praw*, tłum. T. Boy-Żeleński, *Vis-a-Vis/Etiuda*, Warszawa 2016.

162. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, wyd. 2, TNOiK, Toruń 2010.
163. M. Mozgawa, § 15. *Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej albo rozpowszechnianie takich treści (art. 191a k.k.)*, [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przepisy przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016.
164. M. Mozgawa, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 11* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
165. M. Mozgawa, *Rozdział XVI. Objaśnienie wyrażeń ustawowych. Art. 115§12* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
166. M. Mozgawa, *Rozdział XXIII. Przepisy przeciwko wolności. Art. 191a* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 8 zaktual. i rozsz., Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
167. M. Mozgawa, P. Kozłowska, Kalisz, *Analiza dogmatyczna przestępstw związanych z pornografią (zagadnienia podstawowe)* [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
168. M. Mozgawa, K-Nazar-Gutowska, *Przepisy przeciwko wolności w polskich kodeksach karnych – ewolucja ujmowania i proponowane zmiany* [w:] M. Lubelski (red.), R. Pawlik (red.), A. Strzelec (red.), *Idee nowelizacji kodeksu karnego*, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Warszawa 2014.
169. M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)*, *Prawo w Działaniu* 2014, Nr 19.
170. A. Muszyńska, *Rozdział XXVII. Przepisy przeciwko wolności* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
171. M. Nawrocki, *O sposobie ustalania dolnej granicy wieku odpowiedzialności karnej*, PiP, 2019, z. 9.
172. K. Nazar-Gutowska, *Groźba bezprawna w polskim prawie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
173. L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Leon Frommer, Kraków 1936.

174. A. Piaczyńska, *Jednolitość i dualizm zgody pokrzywdzonego w prawie karnym* [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
175. J. Piórkowska-Flieger, *Rozdział XXV. Przepęstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7 popr. i uzup., Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
176. Ł. Pohl, *O usytuowaniu zgody dysponenta dobrem na jego naruszenie w strukturze przępstwa i jego konsekwencjach na gruncie problematyki błędu w polskim prawie karnym (elementarna próba uporządkowania zagadnienia)*, [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
177. Ł. Pohl, *Art. 11. Rozdział I. Zasady odpowiedzialności karnej* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2018.
178. Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Ars Boni et Aequi, Warszawa 2013.
179. P. Poniatowski, *Czynny żal sprawcy usiłowania (cz. 2)*, Pal. 2015, Nr 9-10.
180. T. Przesławski, *Pojęcie „zgoda” w konstrukcji zamiaru ewentualnego*, *Studia Iuridica* 2008, t. 49.
181. J. Raglewski, *Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego*, *Prok. i Pr.* 2003, Nr 12.
182. Janusz Raglewski, *Uwagi wprowadzające. Rozdział XXVII. Przepęstwa przeciwko czci i nietykalności osobistej* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277d*, t. 2, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
183. M. Richter, *Podręcznik prawa karnego obowiązującego na terenie b. zaboru austriackiego. Dla użytku władz bezpieczeństwa*, Polska księżnica naukowa w Przemyślu, Przemyśl [brak daty wydania].
184. M. Rodzynkiewicz, *Rozdział XXV. Przepęstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, t.2, Zakamycze, Kraków 1999.
185. M. Rodzynkiewicz, *202 k.k. Rozdział XXV. Przepęstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część*

- szczególna. *Komentarz do art. 117-277*, t. 2, wyd. 2, Zakamycze, Warszawa 2006.
186. J. Rosenblatt, *Ustawa karna o zbrodniach, występkach i przekroczeniach z dnia 27-go maja 1852 r., wraz z późniejszymi ustawami i rozporządzeniami*, cz. 1, Księgarnia Leona Frommera. Kraków 1887.
187. E. Rykaczewski, *Słownik języka polskiego podług Lindego i innych nowszych źródeł*, Polskie Wydawnictwo, Warszawa 1925.
188. J. Sadowski, *Konflikt zasad – ochrona dóbr osobistych a wolność prasy*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2008.
189. M. Sękowski, *Pamiętnik warszawskiego taksówkarza*, Ludowa Spółdzielnia Wydawnicza, Warszawa 1978.
190. M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach*, wyd. 8, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1958.
191. O. Sitarz, *Ochrona praw dziecka na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2004.
192. A. Spotowski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24.08 1987 r., I KR 225/87*, NP 1989, Nr 7-8.
193. A. Spotowski, *Przestępstwa przeciwko wolności, czci i nietykalności* [w:] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, t. 4, cz. 2, Ossolineum, Wrocław 1989.
194. A. Spotowski, *Sprawstwo kierownicze*, Studia Prawnicze 1988, Nr 1-2.
195. A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, PiP 1972, Nr 3.
196. T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 4 popr. i uzup., C.H. Beck, Warszawa 2003.
197. B.J. Stefańska, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2018.
198. R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 1998 r.*, WPP 1999, Nr 1-2.
199. R.A. Stefański, *Rozdział V. Środki karne. Art. 41a* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
200. T. Stępień, K. Stępień, *Przestępstwo zgwałcenia*, Wydawnictwo Sto, Warszawa 2010.

201. J. Sułkowski, *Ustawa karna z dnia 27. maja 1852 nr. 117 Dz.U.P. Cz. 2, O występkach i przekroczeniach: z polskim i niemieckim tekstem ustawy, objaśnieniami, judykaturą C. K. Trybunału Kasacyjnego i wzorami wyroków w sprawach o przekroczenia*, Księgarnia Leona Frommmera, Kraków 1906.
202. M. Surkont, *Grożba spowodowania postępowania karnego jako postać groźby bezprawnej w polskim prawie karnym*, Pal. 1993, z. 9-10.
203. M. Surkont, *Pomawianie jako sposób działania zniesławiającego*, Pal. 1979, z. 10.
204. M. Surkont, *Przestępstwo zmuszania w polskim prawie karnym*, Uniwersytet Gdański, Gdańsk 1991.
205. M. Surkont, *Wolność jako przedmiot ochrony z rozdz. XXII kodeksu karnego*, NP 1990, Nr 7-9.
206. M. Surkont, *Zapowiedź ogłoszenia wiadomości uwłaczającej czci jako postać groźby bezprawnej*, NP 1989, Nr 5-6.
207. P. Sut, *Ochrona sfery intymności w prawie polskim – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, RPEiS 1994, z. 4.
208. K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, CZPKiNP 2011, z. 1.
209. J.Z. Szeja, *Życie w grze, seks w grze*, Homo Ludens 2009, Nr 1.
210. M. Szewczyk, W. Górowski, *Rozdział V. Środki karne* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
211. M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego PWN. A-K*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
212. P. Ślęzak, *Ochrona wizerunku, adresata korespondencji i tajemnicy źródeł informacji* [w:] P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
213. W. Świda, *Prawo karne. Część ogólna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1970.
214. N.S. Tagancew, *Kodeks karny (22 marca 1903 r.)*, tł. L. Konic, t. 3, Księgarnia F. Hoesicka, Warszawa 1922.
215. Sz. Wójcik, *Zagrożenia dzieci i młodzieży w Internecie*, Warszawa 2017, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę.

216. *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Sejm VI kadencji, Druk nr 1394.
217. L. Tyszkiewicz, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa. Art. 13* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
218. L. Tyszkiewicz, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa. Art. 15* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
219. L. Tyszkiewicz, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa. Art. 18* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
220. L. Tyszkiewicz, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa. Art. 23* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
221. L. Wachholz, *Krytyczne uwagi w sprawie uranicznego pocucia płciowego*, *Krytyka Lekarska* 1900, Nr 7.
222. L. Wachholz, *Krytyczne uwagi w sprawie uranicznego pocucia płciowego (dokończenie)* *Krytyka Lekarska* 1900, Nr 8.
223. L. Wachholz, *Medycyna sądowa na podstawie ustaw obowiązujących na ziemiach polskich*, wyd. 2, Gebethner i Wolf, Kraków 1920.
224. L. Wachholz, *Medycyna sądowa na podstawie ustaw obowiązujących na ziemiach polskich*, wyd. 3, Nakład Gebethnera Wolffa, Warszawa – Kraków – Lublin – Łódź – Poznań – Wilno – Zakopane 1925.
225. K. de Walden-Gałuszko, *Psychologiczne aspekty bólu*, Przewodnik lekarza 2001.
226. J. Warylewski, § 22. *Wprowadzenie* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016.
227. J. Warylewski, § 23. *Przestępstwo zgwałcenia (art. 197 k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016.

228. J. Warylewski, § 30. *Pornografia (art. 202 k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016.
229. J. Warylewski, *Art. 202. Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2017.
230. J. Warylewski, *Glosa do uchwały SN z dnia 19 maja 1999 r., I KZP 17/99*, OSP 1999, Nr 12, poz. 224.
231. J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji* [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
232. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. 4, LexisNexis, Warszawa 2009.
233. A. Wądołowska, *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, Prok. i Pr. 2007, Nr 4.
234. A. Wąsek, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz do art. 1-116*, t. 1, Arche, Gdańsk 2005,
235. A. Wąsek, *Rozdział XIV. Objasnienie wyrażeń ustawowych. Art. 115* [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz do art. 1-116*, t. 1, Arche, Gdańsk 2005.
236. A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1977.
237. K. Wiak, *Rozdział II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2019.
238. M. Wild, *Ochrona prywatności w prawie cywilnym (Koncepcja sfer a prawo podmiotowe)*, PiP 2001, nr 4.
239. K. Witczak, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 26 lipca 2013 r., VI Ka 307/13*, Folia Iuridica 2018, Nr 82.
240. K. Witczak, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 23 października 2015 r., III K 128/15*, Folia Iuridica 2018, Nr 83.
241. K. Witczak, *Glosa do wyroku SN z 13 kwietnia 2016 r., II KK 304/15*, Pal. 2017, Nr 7-8.

242. K. Witczak, *Komparatystyczne ujęcie pojęć „wizerunek”, „utrwalanie” i „rozpowszechnianie” w ujęciu art. 23 k.c., art. 81 ust. 1 pr. aut. oraz art. 191a k.k.*, FPiED 2017, Nr 2.
243. J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Liberata, Warszawa 1997.
244. E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, ZNUJ PWiOWI 1990.
245. Ł. Wojtasik, *Seksting wśród dzieci i młodzieży*, Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka 2014, Vol. 13 Nr 2.
246. J. Wolak, D. Finkelhor, W. Walsh, L. Treitman, *Sextortion of Minors: Characteristics and Dynamics* (tłum. wł), *Journal of Adolescent Health* 2017, Vol. 62, Issue 1.
247. Z. Wolski, *Przestępcze obrażenie uczuć moralnych przez rozszerzanie i udostępnianie nierządnych utworów w niemieckich ustawach karnych (Dokończenie)*, *Gazeta Sądowa Warszawska* 1932, nr 18.
248. Z. Wolski, *Przestępcze obrażenie uczuć moralnych przez rozszerzanie i udostępnianie nierządnych utworów w niemieckich ustawach karnych. (Dokończenie)*, *Gazeta Sądowa Warszawska* 1932, Nr 19.
249. W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, PWN, Warszawa 1965.
250. W. Wolter, *Rozdział XVI. Wyjaśnienie wyrażeń ustawowych (art. 120)* [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter (red.), *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973.
251. W. Wolter, *Z problematyki struktury przepisów karnych*, PiP 1978, z. 11.
252. Sz. Wójcik, *Zagrożenia dzieci i młodzieży w Internecie*, Warszawa 2017, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę.
253. W. Wróbel, *Prawotwórcze tendencje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych. Mity czy rzeczywistość* [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2005.
254. B. Wróblewski, *Prawo karne (część szczegółowa). Stenogram z wykładów B. Wróblewskiego w roku akademickim 1927/1928 r.*, [brak miejsca wydania] 1928, Koło Prawników Studentów U.S.B.



255. M. Wrześniewski, *Czynność seksualna a obcowanie płciowe i inna czynność seksualna – próba uporządkowania pojęć*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego 2012, Nr 720.
256. M. Wysocki, *Przemoc wobec osoby w rozumieniu art. 191 k.k.*, Prok. i Pr. 1999, Nr 3.
257. R. Zawłocki, *O kryteriach oceny społecznej szkodliwości czynu* [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
258. R. Zawłocki, *Rozdział XIV. Objasnienie wyrażen ustawowych* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32-116*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2015.
259. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, wyd. 26, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006.
260. A. Ziółkowska, *Rozdział V. Środki karne. Art. 41a* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
261. A. Zoll, *Art. 191a k.k. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-211a*, t. 2, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
262. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji* [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, TNOiK, Toruń 2007.
263. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982.
264. A. Zoll, *„Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy* [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, C.H. Beck, Lublin 2005.
265. A. Zoll, *Rozdział I. Zasady odpowiedzialności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

266. A. Zoll, *Rozdział Art. 13. II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
267. A. Zoll, *Rozdział Art. 14. II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
268. A. Zoll, *Rozdział Art. 15. II. Formy popełnienia przestępstwa* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-52*, t. 1, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
269. A. Zoll, *Rozdział XIV. Objaśnienie wyrażeń ustawowych* [w:] K. Buchała, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116*, Zakamycze, Kraków 1998.
270. A. Zoll, *Uwagi wprowadzające. Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-211a*, t. 2, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

## **II Wykaz orzeczeń sądowych**

1. Wyrok TK z 09.10.2001 r., SK/8/00, TK 2001, Nr 7, poz. 211.
2. Uchwała SN (7) z 21.10.2003 r., I KZP 11/03, OSNKW 2003, Nr 11-12, poz. 89.
3. Uchwała SN z 18.11.1997 r., I KZP 31/97, OSP 1998, nr 4, poz. 70.
4. Uchwała SN z 10.12.1998 r., I KZP 22/98 OSNKW 1999, Nr 2, poz. 39.
5. Wyrok SN z 08.10.1934 r., I K 626/34, OSN(K) 1934, nr 4, poz. 148.
6. Wyrok SN z 02.12.1948 r., K 1668/48, PiP 1949 z. 4, s. 145.
7. Wyrok SN z 19.12.1949 r., WaK 605/49 PiP 1950, z. 7, s. 140.
8. Wyrok SN z 16.05.1968 r., V KRN 170/68, OSNKW 1968, Nr 12, poz. 142.
9. Wyrok SN z 14.03.1972 r., V KRN 33/72, OSNKW 1972, Nr 9, poz. 136.
10. Wyrok SN z 10.05.1972 r., I KR 74/72, LEX Nr 21490.
11. Wyrok SN z 08.08.1972 r., V KRN 299/72, OSNKW 1973, nr 1, poz. 7.
12. Wyrok SN z 08.11.1972 r., Rw 1111/72, LEX Nr 21527.
13. Wyrok SN z 05.01.1973 r., III KR 258/72, OSNKW 1973, Nr 7-8, poz. 92.
14. Wyrok SN z 06.02.1973 r., V KRN 569/72, LEX Nr 20854.
15. Wyrok SN z 26.09.1974 r., III KR 105/74, OSNKW 1974, Nr 12, poz. 229.
16. Wyrok SN z 25.11.1974 r., II KR 221/74, OSNKW 1975, Nr 2, poz. 23.

17. Wyrok SN z 02.05.1975 r., IV KR 361/74, LEX Nr 21676.
18. Wyrok SN z 01.07.1975 r., II KR 367/74, OSNKW 1975, Nr 12, poz. 157.
19. Wyrok SN z 03.07.1975 r., II KR 66/75, OSNKW 1975, Nr 10-11, poz. 141.
20. Wyrok SN z 10.03.1976 r., IV KR 3/76, OSNKW 1976, Nr 9, poz. 113.
21. Wyrok SN z 29.11.1976 r., I KR 196/76, OSNKW 1977, Nr 6, poz. 61, z glosą  
W. Woltera, NP 1977, Nr 12
22. Wyrok SN z 21.12.1981r., I K 287/81, OSNPG 1982, nr 7, poz. 2.
23. Wyrok SN z 19.01.1982, IV CR 500/81, OSNC 1982, nr 8-9, poz. 123.
24. Wyrok SN z 08.07.1983 r., IV KR 124/83, OSNKW 1984, Nr 1 – 2, poz. 13.
25. Wyrok SN z 25.10.1984 r., IV KR 245/84, OSNKW 1985, Nr 5-6, poz. 38.
26. Wyrok SN z 11.04.1985 r., II KR 66/85, OSNKW 1986, Nr 1, poz. 6.
27. Wyrok SN z 30.07.1986 r., Rw 530/86, LEX Nr 22034.
28. Wyrok SN z 27.10.1986 r., II KR 134/86, OSNPG 1987, Nr 7, poz. 80.
29. Wyrok SN z 16.02.1987 r., WR 28/87, OSNKW 1987, Nr 9-10, poz. 85.
30. Wyrok SN z 06.09.1994 r., II KRN 159/94, OSNKW 1994, z. 9-10, poz. 61.
31. Wyrok SN z 19.05.1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, Nr 7-8, poz. 37.
32. Wyrok SN z 26.10.2001 r., WA 25/01, OSNKW, Nr 1-2, poz. 6.
33. Wyrok SN z 17.07.2002 r., III KK 165/02, OSNKW 2002, nr 9-10, poz. 68.
34. Wyrok SN z 01.10.2002 r., V KKN 238/01, Prok. i Pr. – wkł. 2003, Nr 3, poz. 1.
35. Wyrok SA w Krakowie z 15.01.2003 r., II AKa 353/02, LEX Nr 78603.
36. Wyrok SN z 27.02.2003 r., IV CKN 1819/00, OSP 2004, z. 6, poz. 75.
37. Wyrok SN z 14.01.2005 r., V KK 309/04, Biul. PK 2005, Nr 2, poz. 1.2.15.
38. Wyrok SN z 24.11.2005 r., III Ko 52/04, OSNwSK 2005, Nr 1, poz. 2192.
39. Wyrok SN z 10.03.2006 r., V KK 278/06, OSNwSK 2006, Nr 1, poz. 568.
40. Wyrok SN z 16.03.2006 r., IV KK 427/05, LEX Nr 180765.
41. Wyrok SN z 03.04.2006 r., V KK 316/05, OSNKW 2006, Nr 5, poz. 18.
42. Wyrok SN z 12.04.2006 r., II KK 236/05, OSNwSK 2006, poz. 821.
43. Wyrok SN z 06.11.2006 r., V KK 40/06, OSNKW 2006, nr 12, poz. 117.
44. Wyrok SN z 08.11.2006 r., IV KK 299/06, OSNKW 2007, nr 2, poz. 13.
45. Wyrok SN z 27.11.2006 r., III KK 156/06, OSNwSK 2006, poz. 2264.
46. Wyrok SN z 16.02.2007 r., WA 5/07, LEX Nr 445909.
47. Wyrok SN z 18.07.2007 r., WA 28/07, LEX Nr 637501.
48. Wyrok SN z 03.12.2007 r., II KK 199/07, LEX Nr 353335.
49. Wyrok SN z 03.04.2008 r., IV KK 471/07, LEX Nr 388595.

50. Wyrok SN z 21.05.2008 r., V KK 139/08, LEX Nr 435319.
51. Wyrok SN z 24.06.2008 r. III KK 47/08, LEX Nr 438423.
52. Wyrok SN z 25.06.2008 r., IV KK 39/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 73.
53. Wyrok SN z 26.06.2008 r., IV KK 42/08, Biul. PK 2008, Nr 10, s. 22.
54. Wyrok SN z 07.11.2008 r., III KK 153/08, OSN Prok. i Pr. 2009, Nr 4, poz. 6.
55. Wyrok SN z 04.03.2009 r., IV KK 339/08, LEX Nr 491341.
56. Wyrok SN z 03.06.2009 r., II KK 28/09, OSNSK 2009, poz. 1240.
57. Wyrok SN z 23.11.2010 r., IV KK 173/10, LEX Nr 667510.
58. Wyrok SN z 08.12.2011 r., II KK 162/11, OSNKW 2102, Nr 3, poz. 28.
59. Wyrok SN z 29.06.2012 r., II AKa 207/12, LEX Nr 1220213.
60. Wyrok SN z 07.03.2013, V KK 351/12, OSP 2014, z. 3, poz. 33.
61. Wyrok SN z 21.01.2014 r, IV KK 251/13, OSNKW 2014, nr 8, poz. 63.
62. Wyrok SN z 23.10.2014 r., IV KK 171/14, LEX Nr 1551678.
63. Wyrok SN z 27.11.2015 r., II KK 198/15, LEX Nr 1941889.
64. Wyrok SN z 13.04.2016 r., II KK 304/15, LEX Nr 2019608.
65. Wyrok SN z 09.03.2017 r., IV KK 345/16, LEX Nr 2242373.
66. Wyrok SN z 19.10.2017 r., IV KK 76/17, LEX Nr 2407834.
67. Wyrok SN z 31.10.2017 r., V KK 201/17, OSNKW 2018, Nr 2, poz. 16.
68. Wyrok SN z 01.09.2019 r., V KK 43/11, OSNKW 2011, nr 11, poz. 100.
69. Postanowienie SN z 01.03.2005 r., III KK 208/04, OSNKW 2005, nr 7-8, poz. 62.
70. Postanowienie SN z 28.04.2009 r., WK 10/09, OSNwSK 2009, poz.353.
71. Postanowienie SN z 24.06.1983 r., III KZ 97/83, OSNKW 1983, nr 12, poz. 97.
72. Postanowienie SN z 09.04.2001 r., II KKN 349/98, OSNKW 2001, Nr 7-8, poz. 53.
73. Postanowienie SN z 09.06.2004 r., IV KK 407/03, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 1130.
74. Postanowienie SN z 05.05.2006 r., II KK 269/05, OSNwSK 2006, Nr 1, poz. 953.
75. Postanowienie SN z 03.08.2006 r., III KK 445/05, OSNwSK 2006, poz. 1533.
76. Postanowienie SN z 23.01.2007 r., IV KK 459/06, LEX Nr 310245.
77. Postanowienie SN z 15.02.2007 r., IV K.K. 273/06, OSNSK 2007, Nr 1, poz. 44.
78. Postanowienie SN z 04.12.2007 r., II KK 157/07, OSNwSK 2007, poz. 2756.
79. Postanowienie SN z 05.12.2007 r., V KK 120/07, LEX Nr 346825.
80. Postanowienie SN z 19.12.2007r., V KK 101/07, KZS 2008, z. 4, poz. 23.
81. Postanowienie SN z 30.07.2008 r., II KK 21/08, OSNKW 2008, poz. 1550.

82. Postanowienie SN z 28. 04. 2011 r., V KK 33/11, LEX Nr 817558.
83. Postanowienie SN z 06.02.2013 r., V KK 300/12, LEX Nr 1277798.
84. Postanowienie SN z 11.04.2014, V KK 408/13, LEX Nr 1482487.
85. Postanowienie SN z 23.07.2015 r., II KK 194/15, LEX Nr 1778872.
86. Postanowienie SN z 25.07.2018 r., IV KK 262/18, [www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv\\_kk\\_262-18.docx.html](http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv_kk_262-18.docx.html), [dostęp: 21.04.2020 r.].
87. Wyrok SA w Krakowie z 22.06.1993 r., LEX Nr 27985.
88. Wyrok SA we Wrocławiu z 25.05.1995 r., II Akc 145/95, OSA 1995, z. 6, poz. 32.
89. Wyrok SA w Rzeszowie z 10.09.1998 r., II AKa 49/98, Prz. Orz. w Rzeszowie 1999, Nr 2, poz. 9.
90. Wyrok SA w Lublinie z 22.07.1999 r., II AKa 57/99, Wok. 2000, Nr 6, s. 50-52.
91. Wyrok SA w Krakowie z 12.08.1999 r., II AKa 59/99, LEX Nr 38532.
92. Wyrok SA w Białymstoku z 29.08.2000 r., II AKa 121/00, OSA w Białymstoku 2000, Nr 3, s. 19.
93. Wyrok SA we Wrocławiu z 21.01.2001 r., II AKa 13/01, OSA 2001, Nr 6, poz. 36.
94. Wyrok SA w Katowicach z 08.02.2001 r., II AKa 36/01, LEX Nr 51496.
95. Wyrok SA we Wrocławiu z 06.06.2001 r., II AKa 197/01, OSA 2001, z. 10, poz. 67.
96. Wyrok SA we Wrocławiu z 26.07.2001 r., II AKa 264/01, OSA 2001, z. 10, poz. 62.
97. Wyrok SA w Krakowie z 28.05.2002, II AKa 115/02, KZS 2002, z. 6, poz. 12.
98. Wyrok SA w Białymstoku z 11.06.2002 r., II AKa 109/02, KZS 2002, Nr 12, poz. 52.
99. Wyrok SA w Rzeszowie z 17.10.2002 r., II AKa 96/02, OSP 2005, z. 3, poz. 43, z glosą B. Kurzępy, OSP 2005, z. 3, poz. 178.
100. Wyrok SA w Katowicach z 18.03.2004 r., II AKa 531/03, KZS 2004, z. 9, poz. 48.
101. Wyrok SA w Katowicach z 13.05.2004 r., II AKa 75/04, LEX Nr 142853.
102. Wyrok SA w Krakowie z 09.06.2004 r., II AKa 111/04, LEX Nr 138073.
103. Wyrok SA w Katowicach z 09.11.2006 r., II AKa 323/06, LEX Nr 216965.
104. Wyrok SA w Krakowie z 14.02.2007 r., II Aka 209/06, LEX Nr 269347.

105. Wyrok SA we Wrocławiu z 05.04.2007 r., II AKa 52/07, OSA 2007, Nr 10, poz. 2492.
106. Wyrok SA w Katowicach z 19.04.2007 r., II AKa, 40/07, LEX Nr 331806.
107. Wyrok SA w Krakowie z 15.10.2008 r., II AKa 140/08, LEX Nr 490993.
108. Wyrok SA w Krakowie z 17.12.2008 r., II AKa 196/08, LEX 500194.
109. Wyrok SA we Wrocławiu z 23.04.2009 r., II AKa 96/09, LEX Nr 499990.
110. Wyrok SA w Katowicach z 06.05.2009 r. (II AKa 394/08), LEX Nr 519646.
111. Wyrok SA w Katowicach, 20.08.2009 r., II AKa 123/09, LEX Nr 553860.
112. Wyrok SA w Warszawie z 19.10.2010 r., II AKa 300/15, LEX Nr 1950299.
113. Wyrok SA w Krakowie z 17.01.2011 r., II AKa 240/10, KZS 2011, z. 2, poz. 44.
114. Wyrok SA w Krakowie z 09.02.2011 r., II AKa 103/10, Prok. i Pr. – wkł, 2011, Nr 11, poz. 28.
115. Wyrok SA w Katowicach z 23.03.2011 r., II AKa 468/10, LEX Nr 1001371.
116. Wyrok SA w Lublinie z 24.08.2011 r., II AKa 154/11, LEX Nr 1108586.
117. Wyrok SA we Wrocławiu z 01.09.2011 r., II AKa 208/11, LEX Nr 1085553.
118. Wyrok SA w Krakowie z 19.10.2011 r., II AKa 191/11, KZS 2011, Nr 11, poz. 51.
119. Wyrok SA w Krakowie z 04.11.2011 r., II AKa 177/10, LEX Nr 794638.
120. Wyrok SA w Krakowie z 04.11.2011 r., II AKa 195/11, KZS 2011, z. 12, poz. 28.
121. Wyrok SA w Lublinie z 26.06.2012 r., II AKa 136/12, LEX Nr 1213853.
122. Wyrok SA we Wrocławiu z 06.11.2012 r., II AKa 312/12, LEX Nr 1238671.
123. Wyrok SA w Krakowie z 18.12. 2012 r., AKa 159/12, LEX Nr 1321946.
124. Wyrok SA w Łodzi z 17.01.2013 r., II AKa 275/12, [http://orzeczenia.lodz.sa.gov.pl/content/\\$N/152500000001006\\_II\\_AKa\\_000275\\_2012\\_Uz\\_2013-01-17\\_001](http://orzeczenia.lodz.sa.gov.pl/content/$N/152500000001006_II_AKa_000275_2012_Uz_2013-01-17_001), [dostęp: 04.04.2020].
125. Wyrok SA w Krakowie z 07.11.2013 r., II AKa 210/13, KZS 2013, Nr 12, poz. 35.

126. Wyrok SA w Lublinie z 18.12.2013 r., II AKa 237/12, [II AKa 237/13 - Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie - LEX \(lodz.pl\)](#), [dostęp: 20.12.2020].
127. Wyrok SA w Białymstoku z 21.01.2014 r., II AKa 259/13, LEX Nr 1496372.
128. Wyrok SA w Gdańsku z 19.02.2014 r., II AKa 20/14, LEX Nr 1441358.
129. Wyrok SA w Katowicach z 15.05.2014 r., II AKa 112/14, LEX Nr 1537355.
130. Wyrok SA w Krakowie z 29.05.2014, II AKa 26/14, KZS 2014, Nr 7-8, poz. 63.
131. Wyrok SA w Warszawie z 09.07.2014 r., II AKa 187/14, LEX Nr 1500836.
132. Wyrok SA w Krakowie z 03.02.2015 r., II AKa 190/14, LEX Nr 1767807.
133. Wyrok SA we Wrocławiu z 19.02.2015 r., II AKa 13/14, LEX Nr 1661274.
134. Wyrok SA w Białymstoku z 18.06.2015 r., II AKa 73/15, LEX Nr 1793792.
135. Wyrok SA w Lublinie z 16.03.2016 r, II AKa 23/16, LEX Nr 2044261.
136. Wyrok SA w Gdańsku z 09.02.2017 r., II AKa 294/16, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/151000000001006\\_II\\_AKa\\_000294\\_2016\\_Uz\\_2017-02-09\\_002](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/151000000001006_II_AKa_000294_2016_Uz_2017-02-09_002), [dostęp: 31.04.2020].
137. Wyrok SA w Lublinie z 07.03.2017 r., II AKa 14/17, LEX Nr 2279552.
138. Wyrok SA w Katowicach z 31.03.2017 r., II AKa 48/17, OSA 2017, Nr 8, poz. 16.
139. Wyrok SA w Gdańsku z 28.12.2017 r., II AKa 398/17, Kwartalnik Sądowy Apelacji w Gdańskiej 2018, Nr 2, poz. 17.
140. Wyrok SA w Katowicach z 28.03.2018 r., II AKa 91/18, LEX Nr 2490246.
141. Wyrok SO w Jeleniej Górze z 26.07.2013 r., VI Ka 307/13, [www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155005000003006\\_VI\\_Ka\\_000307\\_2013\\_Uz\\_2013-07-26\\_002](http://www.orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155005000003006_VI_Ka_000307_2013_Uz_2013-07-26_002), [dostęp: 21.04.2020].
142. Wyrok SO w Kielcach z 13.11.2013 r., IX Ka 1446/13, LEX Nr 1717624.
143. Wyrok SO w Kielcach z 09.10.2014 r., IX Ka 1041/14, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/\\$N/152005000004506\\_IX\\_Ka\\_001041\\_2014\\_Uz\\_2014-10-09\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/$N/152005000004506_IX_Ka_001041_2014_Uz_2014-10-09_001), [dostęp: 20.10.2019 r.].
144. Wyrok SO we Wrocławiu z 23.10.2015 r., III K 128/15, LEX Nr 1933402.

145. Wyrok SO w Częstochowie z 09.11.2016 r., II K 104/16, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/\\$N/151510000001006\\_II\\_K\\_000104\\_1016\\_Uz\\_2016-11-09\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/details/$N/151510000001006_II_K_000104_1016_Uz_2016-11-09_002), [dostęp 20.10.2019 r.].
146. Wyrok SO w Kielcach z 24.04.2019 r., IX Ka 169/19, LEX Nr 2685043.
147. Wyrok SO w Warszawie z 18.07. 2019 r., IX Ka 640/19, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154505000002706\\_IX\\_Ka\\_000640\\_2019\\_Uz\\_2019-07-18\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154505000002706_IX_Ka_000640_2019_Uz_2019-07-18_002), [dostęp: 21.06.2020].
148. Wyrok SO w Lublinie z 28.08.2017 r., IV KK 177/16, LEX Nr 2419896.
149. Wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z 17.01.2020 r., III K 108/19, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/152515000001506\\_III\\_K\\_000108\\_2019\\_Uz\\_2020-01-17\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/152515000001506_III_K_000108_2019_Uz_2020-01-17_001), [dostęp: 23.04.2020].
150. Postanowienie SO w Elblągu z 16.07.2018 r., II Kop 17/18, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/151010000001006\\_II\\_Kop\\_000017\\_2018\\_Uz\\_2018-07-16\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/151010000001006_II_Kop_000017_2018_Uz_2018-07-16_001), [dostęp: 21.04. 2020 r.].
151. Wyrok SR w Świdnicy z 14.04.2015 r., II K 497/13, LEX Nr 186435.
152. Wyrok SR Gdańsk-Południe w Gdańsku z 26.10.2017 r., II K 1335/14, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/151015050001006\\_II\\_K\\_001335\\_2014\\_Uz\\_2017-10-26\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/151015050001006_II_K_001335_2014_Uz_2017-10-26_001), [dostęp: 20.04.2020].
153. Wyrok SR Szczecin-Centrum w Szczecinie z 29.11.2017 r., V K 905/17, LEX Nr 2427901.
154. Wyrok SR Gdańsk - Południe w Gdańsku z 28.05.2018 r., X K 539/17, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/151015050005006\\_X\\_K\\_000539\\_2017\\_Uz\\_2018-06-06\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/151015050005006_X_K_000539_2017_Uz_2018-06-06_001), [dostęp: 30.04.2019 r.]
155. Wyrok SR w Szczytnie z 16.10.2018 r., II K 700/16, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/150515300001006\\_II\\_K\\_000700\\_2016\\_Uz\\_2018-10-16\\_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/150515300001006_II_K_000700_2016_Uz_2018-10-16_002), [dostęp: 30.04.2019].
156. Wyrok SR w Gorlicach z 04.03.2019 r., II K 498/17, LEX Nr 2741982.
157. Wyrok SR w Legionowie z 01.07. 2019 r., II K 71/19, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154510050001006\\_II\\_K\\_000071\\_2019\\_Uz\\_2019-07-12\\_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/191a/154510050001006_II_K_000071_2019_Uz_2019-07-12_001), [dostęp: 21.04.2020].
158. Orzeczenie Trybunału Kasacyjnego z 13.03.1886 r., Nr 88.
159. Wyrok Trybunału Kasacyjnego z 14.11.1885 r., Nr 845.
160. Wyrok NTS z 21.05.1886 r., L3668, Nr 924.
161. Orzeczenie NTS z 09.07.1918, L3668, Nr 1470.



### III Wykaz aktów prawnych

1. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 1997 Nr 78 poz. 483 ze zm.
2. *Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen* vom 27 Mai. 1852, R. G. B. Nr 117.
3. *Gesetz, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* vom 15 Mai 1871, Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1871, Nr 24, S. 127-205.
4. Ugolovnoe ulhozenie, Vyschaishe utverzhdennoe 23 marta goda 1903, Sobrnaje zakonieniu i Rasporiaženij prawitelstwa, poz. 416.
5. Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Dz. U. 1964 Nr 9 poz. 59 ze zm.
6. Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – *Kodeks karny*, Dz. U. 1969 nr 13 poz.94 ze zm.
7. Ustawa z dnia 26 października 1982 r. *o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Dz. U. 1983 Nr 35 poz. 228 ze zm.
8. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. *o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Dz.U. 1994 nr 24 poz. 83 ze zm.
9. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks karny*, Dz. U. 1997 nr 88 poz. 553 ze zm.
10. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks postępowania karnego*, Dz.U. 1997 Nr 89 poz. 555 ze zm.
11. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. *o ochronie danych osobowych*, Dz.U. 1997 Nr 133 poz. 883 ze zm.
12. Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. *o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Dz.U. 2009, Nr 206, poz. 1589.
13. Ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r., *o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, Dz.U. 2014, poz. 538.
14. Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. *o ochronie danych osobowych*, Dz. U. 2018 poz. 1000 ze zm.

15. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – *Kodeks karny*, Dz. U. 1932 nr 60 poz. 51 ze zm.
16. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.U.U.E.L.2016.119.1.
17. *Konwencja praw człowieka i podstawowych wolności* z 4.11.1950 r., Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284.
18. *Konwencja o prawach dziecka* z 20.11. 1989 r, Dz.U. 1991 nr 120 poz. 526.
19. *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych* z 19.12.1966 r., Dz.U. 1977, Nr 38, poz. 167.

#### IV Wykaz stron internetowych

1. D. Abramowicz, *Za mało czytamy, dziś dominuje kultura obrazkowa* (wywiad z B. Matuszczyk, Zakład Pragmatyki i Tekstologii Językoznawczej UG), Polska The Times, <https://polskatimes.pl/za-malo-czytamy-dzis-dominuje-kultura-obrazkowa/ar/327373>, [dostęp: 02.07.2020].
2. Aplikacja Siri, <https://www.apple.com/siri/> [dostęp: 22.03.2019].
3. Aplikacja Snapchat, <https://www.snapchat.com> [dostęp: 22.03.2019].
4. *Artist Graham Ovenden accused of being paedophile*, BBC NEWS (tłum. wł.), <https://www.bbc.com/news/uk-england-cornwall-21745915>, [dostęp: 18.08.2019].
5. E.G. Benotsch, D.J. Snipes, A.M. Martin, S.S. Bull, *Sexting, substance use, and sexual risk behavior in young adults* (tłum. wł.), *Adolescent Health* 2013, March 52(3) <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3580005/>, [dostęp: 29.08.2019].
6. A. Brzezińska, *Mamy i mamki. Terror piersi*, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/uhistoria/1541319,1mamy-i-mamki.read>, dostęp: [12.12.2018].
7. *From Caravaggio to Graham Ovenden: do artists' crimes taint their art?*, The Guardian (tłum. wł.),

- <https://www.theguardian.com/artanddesign/2015/oct/17/from-caravaggio-to-graham-ovenden-do-artists-crimes-taint-their-art>, [dostęp: 18.08.2019].
8. *Graham Ovenden convicted of child sex offences*, The Guardian (tłum. wł.), <https://theguardian.com/uk/2013/apr/02/graham-ovenden-convicted-child-sex-offences>, [dostęp: 18.08.2019].
  9. Ch.D. Houck, D. Baker, Ch. Rizzo, E. Hancock, A. Norton, L.K. Brown, *Sexting and Sexual Behavior in At-Risk Adolescents* (tłum. wł.), *Pediatrics* 2014, No. 2, <https://ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3904272/>, [dostęp: 29.08.2019].
  10. M. Jasińska, *Ekspresja seksualna dziecka*, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, [https://fdds.pl/baza\\_wiedzy/ekspresja-seksualna-dziecka/](https://fdds.pl/baza_wiedzy/ekspresja-seksualna-dziecka/), [dostęp: 08.03.2020].
  11. K. Girgiel, *Kwarantanna przed ekranem*, Puls Biznesu, <https://www.pb.pl/kwarantanna-przed-ekranem-989219>, [dostęp: 30.06.2020].
  12. A. Lenhart, *Teens and Sexting* (tłum. wł.), Pew Research Center 2009, December, <https://pewinternet.org/2009/12/15/teens-and-sexting/>, [dostęp: 29.08.2019].
  13. D. Pawłowska, Anatomia i fizjonomia piersi, <https://onko-med.pl/nowotwory-piersi/atomia-i-fizjologia/>, [dostęp: 02.06.2020].
  14. M. Penado, M.L. Rodicio-Garcia, M.M. Cuesta, T. Corrás, *Construction and Validation of the Intimate Images Diffusion Scale Among Adolescents* (tłum. wł.), *Frontiers in Psychology* 2019, Vol. 10 <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6611224/>, [dostęp: 29.08.2019].
  15. *Prezentacja treści seksualnych przez młodzież poprzez wideoczaty*, <http://www.dyzurnet.pl/images/stories/PDF/raporty/mlodziez%20a%20wideoczaty.pdf>, [dostęp: 23.03.2018].
  16. *Odkrywanie zasłony. Nakrycia głowy kobiet w krajach islamu*, National Geographic Polska [www.national-geographic.pl/traveler/kierunki/odkrywanie-zaslony](http://www.national-geographic.pl/traveler/kierunki/odkrywanie-zaslony), [dostęp: 18.12.2018].
  17. *Samobójstwo po upokorzeniu w szkole*, <https://www.trojmiasto.pl/wiadomosci/Samobojstwo-po-upokorzeniu-w-szkole-n21035.html>, [dostęp: 02.07.2020].
  18. *Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego - dorośli - wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary w l.2008-2018*, Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download.2853.40.html>, [dostęp: 27.04.2020].

19. Słownik Merriam-Webster, pojęcie „sexting” (tłum. wł.) <https://www.merriam-webster.com/dictionary/sexting>, [dostęp: 27.08.2019].
20. J.R. Temple, J.A. Paul, P. van den Berg, Teen Sexting and Its Association With Sexual Behaviors, (tłum. wł.), JAMA Pediatrics 2012, No. 9, <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/fullarticle/1212181>, [dostęp: 29.08.2019].
21. J. R. Temple, Ch, HyeJeong, Longitudinal Association Between Teen Sexting and Sexual Behavior, Pediatrics 2014, November 134(5), (tłum. wł.), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4210802/>, [dostęp: 28.08.2019].
22. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020 (tłum. wł.), <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>, [dostęp: 01.07.2020].
23. Wikipedia - Wolna encyklopedia internetowa, [https://pl.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:O\\_Wikipedii](https://pl.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:O_Wikipedii), [dostęp 21.07.2018].
24. J. Wojciechowski, *Przestępstwo zgwałcenia*, Rzeczpospolita, <http://archiwum.rp.pl/artukul/160651-Przestepstwo-zgwalcenia.html>, [dostęp: 12.02.2018].

## V Wykaz tabeli

1. Tabela 1. Prawomocnie skazani (dorośli sprawcy) za przestępstwo z art. 191a § 1 k.k., *opracowanie własne na podstawie: Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego - dorośli - wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary w l.2008-2018 [w:] Opracowania wieloletnie, Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości.*