

MARCIN JACHIMOWICZ

PRZESTĘPSTWO STALKINGU W ŚWIETLE NOWELI DO KODEKSU KARNEGO

W wielu krajach zjawisko stalkingu, zaliczanego do kategorii przemocy emocjonalnej, jest kryminalizowane. Zjawisko to zaczęto penalizować w latach dziewięćdziesiątych XX wieku, wraz z pojawieniem się często obserwowanych, niebezpiecznych i agresywnych zachowań wobec znanych postaci życia publicznego. Jednymi z bardziej znanych ofiar stalkingu byli John Lennon, Jodie Foster, Jill Dando, a w Polsce Agnieszka Kotlarczyk. Ustawodawstwo antystalkingowe istnieje m.in. w Wielkiej Brytanii, Holandii, w Niemczech, we Włoszech, Kanadzie, Australii, Stanach Zjednoczonych.

Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy — Kodeks karny przewiduje wprowadzenie do ustawy karnej nowego, nieznanego dotychczas prawu polskiemu typu czynu zabronionego, opisanego w projektowanym art. 190a k.k., a penalizującego zjawisko stalkingu¹.

Stalking nie posiada jednoznacznej definicji. J. Skarżyńska-Sernaglia proponuje, aby mianem stalkingu określać powtarzające się uporczywe nękanie poprzez rozmaite formy naruszenia wolności osobistej i prywatności drugiej osoby, wywołujące u prześladowanego niepokój, skrepowanie, dyskomfort fizyczny i psychiczny, szereg dolegliwości zdrowotnych — fizycznych i psychicznych, trudności w kontaktach interpersonalnych i uzasadnione obawy o własne bezpieczeństwo. Stalking stanowią: natrętne fizyczne lub wirtualne kontaktowanie się osobą, która sobie tego kontaktu na życzy, komunikowanie się z nią wbrew jej woli poprzez uporczywe nękanie telefonami, zadzwończenie wiadomościami sms, bądź e-mail, obserwowanie, podglądanie, śledzenie, nachodzenie w miejscu zamieszkania lub w pracy, uciążliwe i niemile widziane wręczane bądź wysyłane podarunki lub kwiaty, groźby, zachowania agresywne, niszczenie mienia i rozmaite formy działania na szkodę osoby, która w tym kontekście staje się ofiarą².

Stalking jest modelem zachowania charakteryzującym się powtarzającymi się naruszeniami granic zarówno w sferze życia publicznego, jak i prywatnego jednej lub więcej osób. Zjawisko stalkingu występuje najczęściej w kontekście rodzinnym i partnerskim. Może również wystąpić w środowisku pracy.

¹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy — Kodeks karny. (druk sejmowy 3553), <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/3553.htm>.

² J. Skarżyńska-Sernaglia, *Stalking w Polsce — występowanie i charakterystyka zjawiska*, <http://www.psychologia.net.pl/arttykul.php?level=415>.

Zdaniem B. Hołysta, stalking polega na celowym, złośliwym, wielokrotnym prześladowaniu i molestowaniu innej osoby, zagrażającym jej bezpieczeństwu³. Krąg ofiar jest nieograniczony; może nią być były małżonek, konkubina, gwiazda filmu, sportu, estrady, znany polityk albo całkiem obca dla prześladowcy, wręcz przypadkowa osoba. Sprawca może nawiedzać ją w domu, w pracy, w różnych niespodziewanych dla niej miejscach, przysyłać niechciane prezenty, listy, dzwonić wielokrotnie w środku nocy, namawiać do aktów seksualnych, do małżeństwa, do wspólnych wycieczek i imprez, a wszelkie odmowy traktować jako sygnał, że powinien zintensyfikować wysiłki. Stalker zbiera osobiste przedmioty ofiary, jej zdjęcia, może wdzierać się do mieszkania, uszkadzać przedmioty (np. samochód), grozić. Takie zachowania mogą być wstępem do przestępstw zagrażających życiu i zdrowiu osoby prześladowanej, jak zranienie, zgwałcenie, zabójstwo⁴.

Pierwsze w Polsce badania nad występowaniem stalkingu zostały przeprowadzone w okresie od stycznia do czerwca 2006 r. przez J. Skarżyńską-Sernaglię. Badania te wykazały, że 12% osób badanych jest lub było ofiarą stalkingu⁵. Z kolejnych badań przeprowadzonych w 2009 r. przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości wynika, że ofiarami tego zjawiska mogło zostać ponad trzy miliony Polaków (9,9%), z czego co najmniej 80% w ciągu ostatnich 5 lat.

Obowiązujące regulacje prawne dają ograniczoną możliwość skazania za tego rodzaju zachowania, a warunkiem uzyskania takiego rozstrzygnięcia jest rozłożenie się tego procederu na konkretne, pojedyncze czyny wypełniające ustawowe znamiona znanych systemowi prawnemu przestępstw bądź wykroczeń.

Najczęściej zachowania będące formą stalkingu kwalifikowane są, przy spełnieniu oczywiście pozostałych, określonych w przepisach znamion dotyczących strony przedmiotowej, jak i podmiotowej czynu, jako przestępstwo znęcania się (art. 207 § 1 k.k.), groźby karalnej (art. 190 § 1 k.k.), zmuszania (art. 191 § 1 k.k.), rozpowszechniania, bez zgody, wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej (art. 191a § 1 k.k.), naruszenia miru domowego (art. 193 k.k.), rozpowszechniania tzw. twardej pornografii (art. 202 § 3 k.k.), znieważenia (art. 216 k.k.), naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.), naruszenia tajemnicy korespondencji (art. 267 k.k.), niszczenia lub uszkodzenia cudzej rzeczy (art. 288 k.k.), czy też jako wykroczenie złośliwego niepojenia człowieka (art. 107 k.w.), samowolnego użycia cudzej rzeczy ruchomej (art. 127 § 1 k.w.), nieobyczajny wybryk (art. 140 k.w.), naruszenia porządku publicznego (art. 51 k.w.), kradzieży, przywłaszczenia albo niszczenia cudzej rzeczy przedstawiającej niemajątkową wartość (art. 126 § 1 k.w.).

W przypadku przestępstwa znęcania się istnieje możliwość objęcia części zachowań stalkingu kryminalizacją wynikającą z tego przepisu, co w szczególności dotyczy się psychicznych odmian znęcania, ale jest to możliwe jedynie w sytuacji, gdy istnieje stosunek zależności ofiary od sprawcy, ofiara jest małoletnia lub nieporadna ze względu na stan fizyczny lub psychiczny, bądź też jest

³ B. Hołyst, *Psychologia kryminalistyczna*, Warszawa 2004, s. 241.

⁴ J. Kosińska, *Prawnokarna problematyka stalkingu*, „Prokuratura i Prawo” 2008 r., nr 10, s. 33.

⁵ J. Skarżyńska-Sernaglia, *Stalking w Polsce — występowanie i charakterystyka zjawiska*, <http://www.psychologia.net.pl/artukul.php?level=415>.

osobą najbliższą dla sprawcy tego rodzaju zachowań. Nadto samo znęcanie definiowane jest jako umyślne zadawanie bólu fizycznego bądź dolegliwych cierpień psychicznych, z reguły powtarzających się. Z tych też powodów szereg zachowań wymienianych jako charakterystyczne dla zjawiska stalkingu nie mieści w zakresie znamion występku znęcania, a i relacja między sprawcą a ofiarą w ramach tego zjawiska nie zakłada istnienia jakiejkolwiek więzi lub relacji, w której pozycja sprawcy jest zdecydowanie dominująca. Ochrona przewidziana przez ten przepis nie obejmuje zatem sytuacji, w których relacje pomiędzy sprawcą a ofiarą określić można jedynie jako znajomość albo, gdy są to osoby całkowicie dla siebie obce.

W art. 190 § 1 k.k. mowa jest o przestępstwie groźby karalnej, która godzi w wolność człowieka w sferze psychicznej (wolność od strachu), a jej treścią jest zagrożenie innej osobie popełnieniem przestępstwa (zbrodni lub występku) na jej szkodę lub szkodę osoby dla niej najbliższej. Groźba karalna może być wyrażona przez każde zachowanie się sprawcy (zapowiedź słowna, zawarta w piśmie, wyrażona gestem, np. mierzeniem z broni palnej itp.), jeżeli uzewnętrznia w sposób niewątpliwy groźbę popełnienia przestępstwa⁶. Warunkiem przestępczości tego czynu jest, aby groźba wzbudzała uzasadnioną obawę, że będzie spełniona⁷. Określenie to należy interpretować w ten sposób, iż pokrzywdzony powinien traktować groźbę poważnie i uznawać jej spełnienie za rzeczywiście możliwe⁸. Stalker może bowiem oddziaływać na psychikę drugiej osoby przez przedstawienie zagrożonemu zła, które wkrótce go spotka, w wypadku nie poddania się woli groźącego. Możliwa jest jednak groźba, której celem nie jest podporządkowanie woli zagrożonego woli sprawcy, lecz jedynie wywołanie u sprawcy stanu obawy przed spełnieniem groźby, która nie jest zapowiedzią popełnienia przestępstwa, a tym samym nie wypełnia znamion strony przedmiotowej czynu z art. 190 § 1 k.k.

Część zachowań wypełniających definicję stalkingu może także wypełnić ustawowe znamiona występku zmuszania, o którym mowa w art. 191 § 1 k.k. Chodzi tutaj o takie zachowania, które przy użyciu groźby bezprawnej, zdefiniowanej w art. 115 § 12 k.k., prowadzą ofiarę do określonego działania, zaniechania bądź znoszenia. Jest to jednak przestępstwo formalne, do znamion którego nie należy skutek w postaci zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania bądź znoszenia. Nadto w przypadku czynu z art. 191 § 1 k.k. mamy najczęściej kontakt z zachowaniem jednorazowym, podczas, gdy w przypadku zachowań charakterystycznych dla stalkingu mamy do czynienia z powtarzalnością i najczęściej wieloczynowością.

W art. 191a § 1 k.k. spenalizowano m.in. zachowanie polegające na rozpowszechnianiu, bez zgody, wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej. Przepis ten nie penalizuje jednak rozpowszechniania, bez zgody, wizerunku osoby, który nie spełnia wskazanych w tym przepisie kryteriów.

Art. 193 k.k. sankcjonuje karą grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku, przestępstwo naruszenia miru domowego, warunkiem

⁶ Wyrok SN z 24 sierpnia 1987 r., I KR 225/87, OSNKW 1988, nr 3, poz. 21.

⁷ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 254.

⁸ M. Mozgawa (w:) M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny, Komentarz praktyczny*, Warszawa 2007, s. 368.

zaistnienia, którego jest albo wdarcie się sprawcy do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia lub ogrodzonego terenu albo nieopuszczenie tego rodzaju miejsc wbrew żądaniu osoby uprawnionej. W żaden sposób jednak dyspozycji tego przepisu nie wypełni zachowanie polegające na wystawianiu przez stalkera pod domem nękanie przez niego osoby.

W art. 202 § 3 k.k. ustawodawca przewidział typ czynu zabronionego polegającego m.in. na rozpowszechnianiu lub publicznym prezentowaniu treści pornograficznych z udziałem małoletniego albo treści pornograficznych związanych z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem. Karalność, w przypadku tego przepisu, jest ograniczona jedynie do rozpowszechniania lub publicznego prezentowania wyraźnie wymienionych w jego dyspozycji treści.

Zachowanie się sprawcy wykroczenia opisanego w art. 107 k.w. opiera się na dokuczaniu innym osobom, które polegać może bądź na wprowadzeniu ich w błąd, bądź na ich niepokojeniu, np. dzwonieniem do drzwi, telefonowaniem, podawaniem denerwujących informacji. Dla bytu tego wykroczenia niezbędne jest wykazanie po stronie sprawcy złośliwości⁹. Nie stanowi podstawy do przyjęcia odpowiedzialności, na podstawie tego przepisu, samo stwierdzenie umyślności działania¹⁰. Złośliwość jest tradycyjną kategorią prawa karnego, zwłaszcza zaś prawa wykroczeń. Typową złośliwością będzie, gdy sprawca rozumiejąc bezprawność działania przedsięwziera je dlatego aby szkodzić lub dokuczać i doznać zadowolenia ze swego działania i jego zgubnych skutków. Cel jest zatem, w tym przypadku, motywem działania sprawcy¹¹. Znamię złośliwości cechuje szczególne nastawienie podmiotowe, którego istotą jest dokuczenie, wyprowadzenie kogoś z równowagi, chęć postawienia na swoim. Wykroczenie, o którym mowa w art. 107 k.w. można popełnić jedynie umyślnie z zamiarem bezpośrednim kierunkowym (*dolus directus coloratus*). Nie we wszystkich jednak przypadkach telefonowanie czy nachodzenie w miejscu pracy w celu odbycia rozmowy towarzyskiej będzie mogło zostać uznane za działanie „w celu dokuczenia innej osobie”, a tym samym wypełniać znamiona wykroczenia z art. 107 k.w.

Wskazane powyżej, a istniejące w polskim systemie prawnym instrumenty są niewystarczające dla ochrony przed zachowaniami mieszczącymi się w ramach zjawiska stalkingu, które godzą w istotne dobra człowieka, takie jak godność, wolność, cześć, a jednocześnie różnorodność tych nagannych zachowań, nie zawsze da się poddać ocenie w ramach obowiązujących regulacji prawnych.

Z tego też powodu za słuszny uznać należy postulat wprowadzenia, do obowiązującego systemu prawnego, nowych rozwiązań w zakresie kryminalizacji tego zjawiska i stworzenia nowego czynu zabronionego. Służyć temu ma rządowy projekt nowelizacji k.k. z 31 sierpnia 2010 r. przygotowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

⁹ M. Bojarski (w:) M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń, Komentarz*, Warszawa 1998, s. 389–390.

¹⁰ Wyrok SN z 22 czerwca 1995 r., II KRN 44/95, „Prokuratura i Prawo”, dodatek Orzecznictwo 1995, nr 11–12, poz. 24.

¹¹ Por. M. Siewierski, *Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach, Komentarz*, Warszawa 1965, s. 431.

Problematykę stalkingu normować ma nowy art. 190a k.k. umieszczony przez projektodawcę w rozdziale XXIII k.k., grupującym przestępstwa przeciwko wolności.

Przepis ten chronić będzie prawo człowieka do życia bez poczucia strachu, dobrostan pokrzywdzonego wynikający z wolności od zastraszania, prawo do prywatności i decydowania o swoim życiu. Przedmiotem ochrony prawnokarnej jest tutaj wolność człowieka w sensie psychicznym jako wolność od strachu, obawy. Strach wywiera poważny wpływ na sądy i postanowienia człowieka, ogranicza zakres jego przeżyć psychicznych co oznacza, że uwaga przeżywającego strach skoncentrowana jest przede wszystkim na tym, czego się boi¹².

Projektowane przestępstwo, z art. 190a k.k., we wszystkich odmianach sprawczych, o których w tym przepisie mowa, ma być przestępstwem powszechnym, będzie je więc mógł popełnić każdy człowiek, jeżeli spełnia ogólne warunki odpowiedzialności karnej.

Projekt przewiduje dwa typy podstawowe przestępstwa stalkingu, opisane jako art. 190a § 1 k.k. oraz § 2 tego przepisu oraz typ kwalifikowany, o którym mowa w projektowanym art. 190a § 3 k.k.

Czynność sprawcza, w przypadku występkę z projektowanego art. 190a § 1 k.k., polegać ma na uporczywym nękanii innej osoby lub osoby dla niej najbliższej, które wzbudza u niej uzasadnione poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność.

Użycie słowa „nękanie” dostatecznie oddaje sens zachowań określanych mianem stalkingu, w szczególności zaś zachowań powtarzalnych, odbieranych przez ofiarę jako dręczenie, które same w sobie są oddziaływaniem na wolność jednostki, a w rezultacie jej ograniczeniem, skutkującym wywołaniem poczucia zagrożenia lub naruszeniem prywatności.

Projektowana ustawa nie definiuje pojęcia „nękanie”. Według słownikowego znaczenia „nękanie” to dręczenie, trapienie, niepokojenie, dokuczanie, nie dawanie spokoju, prześladowanie kogoś, trapienie¹³. Przez użycie tego określenia projektodawca kładzie generalny nacisk na odbiór przez ofiary zachowań sprawców, nie zaś na intencje sprawcy, które przy tej konstrukcji przepisu są w istocie bez znaczenia. Sprawca przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. będzie więc musiał mieć świadomość, że jego zachowanie jest niechciane i niepożądane przez pokrzywdzonego. Nieistotnym zaś będzie, czy stalker będzie działać z chęci dokuczenia pokrzywdzonemu, czy też z powodu potrzeby jego admiracji.

Warunkiem niezbędnym do uznania nękania za wypełniające ustawowe znamiona projektowanego art. 190a § 1 k.k. jest to by było ono uporczywe.

Znamię uporczywości, o ile oczywiście zostanie ono zachowane w ramach procesu legislacyjnego, interpretować należy podobnie jak w przypadku innych czynów spenalizowanych w k.k., w których ustawodawca posługuje się tym pojęciem (np. art. 209 § 1 k.k., art. 218 § 1 k.k.). Uporczywy to nieustanny, uciążliwy, utrzymujący się długo, natrętny, nieustępliwy, natarczywy, charakteryzujący się chęcią postawienia na swoim, obojętnie z jakich pobudek. „Upor-

¹² Por. K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *Groźba w polskim prawie karnym*, Warszawa 1958, s. 687.

¹³ <http://slovníki.gazeta.pl/pl/n%C4%99ka%C4%87>.

czywość” zachodzi zatem w sytuacji powtarzającego się nękania, zabarwionego ujemnie z uwagi na złą wolę sprawcy. Sąd Najwyższy uznał, że zmianę „uporczywości” łączy w sobie dwa elementy. Jeden z nich charakteryzuje postępowanie sprawcy od strony podmiotowej, a polega na szczególnym nastawieniu psychicznym, ujawniającym się nieustępliwością, chęcią postawienia na swoim obojętnie z jakich pobudek. Drugi zaś element, obiektywny, polega na trwaniu takiego stanu rzeczy przez pewien dłuższy czas¹⁴.

Przedmiotem czynności wykonawczej jest tutaj inna osoba, na którą ukierunkowane są działania sprawcy lub osoba dla niej najbliższa. Pojęcie osoby najbliższej należy interpretować w myśl przepisu art. 115 § 11 k.k. Osobą najbliższą, w rozumieniu tego przepisu jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu¹⁵.

Taka redakcja projektowanego przepisu wskazuje, że nie obejmie on swoją ochroną osób niebędących osobami najbliższymi w rozumieniu prawnym, ale będących takimi osobami w rozumieniu faktycznym, np. niemieszkający razem narzeczeni¹⁶.

¹⁴ Por. uchwała SN z 9 czerwca 1976 r., VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7–8, poz. 9.

¹⁵ Małżeństwo powstaje z chwilą, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni, złożą przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenie, że wступują w związek małżeński (art. 1 § 1 k.r.o.). Ustawodawca bądź też umowa międzynarodowa (konkordat) mogą określać warunki, w razie spełnienia których ślub konfesyjny rodzi skutki cywilnoprawne. Małżeństwo ustaje z chwilą śmierci jednego z małżonków, bądź też uprawomocnienia się wyroku orzekającego rozwód lub unieważnienie małżeństwa. Stosunek pokrewieństwa oparty jest na więzach krwi i oznacza pochodzenie jednej osoby od drugiej (wstępni, zstępni, pokrewieństwo w linii prostej) lub oznacza pochodzenie dwóch osób od tej samej osoby trzeciej (pokrewieństwo w linii bocznej). Stosunek powinowactwa powstaje z chwilą zawarcia małżeństwa. Z każdego związku małżeńskiego powstają dwa odrębne stosunki powinowactwa, tzn. więzi normatywne łączące: żonę wraz ze wszystkimi krewnymi męża, męża zaś ze wszystkimi krewnymi żony. Stosunek przysposobienia rodzi pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym taki stosunek jak pomiędzy rodzicami a dziećmi (art. 121 § 1 k.r.o.). Do grona osób najbliższych zaliczyć należy, na gruncie art. 190a § 1 k.k., pasierba pokrzywdzonego, jako powinowatego w linii zstępnych (wyrok SN z 10 listopada 1976 r., V KRN 184/76, OSNKW 1977, nr 3, poz. 27) oraz męża siostry pokrzywdzonego, jako powinowatego w linii bocznej (wyrok SN z 5 listopada 1981 r., I KR 240/81, OSNKW 1981, nr 6, poz. 73). Osobami pozostającymi we wspólnym pożyciu są wyłącznie konkubina i konkubent, konkubinatem bowiem, czyli pozostawanie we wspólnym pożyciu, to stan analogiczny do małżeństwa, pozbawiony jedynie legalnego węzła. Oznacza to więc istnienie domowego ogniska charakteryzującego się duchową, fizyczną i ekonomiczną więzią łączącą mężczyznę oraz kobietę (wyrok SN z 31 marca 1988 r., I KR 50/88, OSNKW 1988, nr 9–10, poz. 71). Bez znaczenia jest w takim przypadku, że ze związku takiego nie ma dziecka (wyrok SN z 2 października 1959 r., IV K 683/59, OSNPG 1959, nr 11, poz. 3). Związek taki, ze względu na wspólne pożycie psychiczne i fizyczne, wspólnotę ekonomiczną oraz trwałość związku różni się od związku małżeńskiego jedynie brakiem prawnej legalizacji faktycznego związku małżeńskiego (wyrok SN z 12 listopada 1975 r., V KR 203/75, OSP 1976, nr 10, poz. 187).

¹⁶ O ile pozostają oni we wspólnym pożyciu to *lege non distinguente* przysługuje im przymiot bycia najbliższymi. Jeżeli natomiast nie pozostają oni we wspólnym pożyciu to nie sposób uznać ich za osoby najbliższe (wyrok SN z 9 września 1990 r., WR 203/99, OSP 1991, nr 9, poz. 205). W tej

Pojawia się również wątpliwość czy osobą najbliższą, o której mowa w art. 115 § 11 k.k., a tym samym osobą chronioną przez projektowany art. 190a § 1 k.k. będzie osoba pozostająca z inną tej samej płci osobą w związku partnerskim. Jako stosunek najbliższości może być traktowane także, w mojej ocenie, wspólne pożycie osób tej samej płci. Co za tym idzie przysługiwać im również będzie ochrona projektowanego art. 190a § 1 k.k. Pojęcie „wspólne pożycie” odnoszone jest wprawdzie wyłącznie do konkubinatu, który jest związkiem osób o różnej płci, odpowiadającym od strony faktycznej stosunkowi małżeństwa (którym w rozumieniu art. 18 Konstytucji RP jest wyłącznie związek osób różnej płci). Jeżeli jednak pomiędzy osobami tej samej płci zachodzą te same więzy, jak w przypadku osób o różnej płci żyjących w konkubinacie to brak jest podstaw do odmowy przyznania takim osobom uprawnienia, o którym mowa w art. 115 § 11 k.k.

Dla zaistnienia przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. konieczny jest też skutek w postaci wzbudzenia u pokrzywdzonego poczucia zagrożenia, ocenianego w sposób zbiektywizowany, wynikającego bowiem ze zbiektywizowanej oceny okoliczności dotyczących zachowania sprawcy. Przesłanką odpowiedzialności sprawcy czynu z projektowanego art. 190a § 1 k.k. będzie więc wyłącznie takie poczucie zagrożenia, które powstałoby w takich okolicznościach u racjonalnie myślącej osoby, a reakcja taka byłaby w tych okolicznościach naturalna. Pojęcie zagrożenia, w rozumieniu projektowanego przepisu, to obiektywnie oceniane odczucie braku bezpieczeństwa występujące u pokrzywdzonego, wynikające z wielokrotnych zachowań podjętych przez nękającego. Pojęcie zagrożenia powinno być interpretowane poprzez odwołanie się do ocen ogólnospołecznych. Pokrzywdzony bowiem wskutek ośpienia psychicznego wywołanego długotrwałym nękaniami może nawet zachowania, o którym mowa w projektowanym art. 190a § 1 k.k., nie odczuwać w sposób dotkliwy. Ocenny charakter omawianego pojęcia będzie rodził po stronie organów ścigania obowiązek rozważenia, na podstawie całokształtu okoliczności sprawy, czy z obiektywnego punktu widzenia zachowanie sprawcy nosi znamiona „uporczywego nękania”.

Zgodnie z intencjami projektodawcy innym skutkiem uporczywego nękania będzie również istotne naruszenie przez sprawcę prywatności pokrzywdzonego np. poprzez próbę nawiązania z pokrzywdzonym kontaktów za pośrednictwem osób trzecich, częste głuche telefony, robienie zdjęć bez uprzedniego wyrażenia zgody, czy otrzymywania niechcianych wiadomości sms oraz maili. Projektowany art. 190a § 1 k.k. wprowadza, jako pierwszy, do polskiego prawa karnego pojęcie „prywatności”. Nie jest to jednak pojęcie obce innym obszarom prawa, występuje bowiem wprost, jako dobro chronione w art. 76 Konstytucji RP, a także w postaci prawa do ochrony prawnej życia prywatnego w art. 47 Konstytucji RP.

Prawo to gwarantuje ochronę pewnej sfery odrębnej, nie zawsze określanej w kategoriach materialnych, której granice wyznacza z jednej strony prawna

sytuacji osobę taką traktować należy jako osobę obcą. Wniosek taki wynika m.in. z faktu, że za istotne i konieczne elementy wspólnego pożycia w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. uznać należy następujące: wspólne pożycie psychiczne i fizyczne, wspólnotę ekonomiczną oraz trwałość związku (wyrok SN z 12 listopada 1975 r., V KR 205/75, OSP 1976, nr 10, poz. 187).

dopuszczalność oddziaływania ze strony władz publicznych lub innych osób, np. ustanowienie służebności gruntowej przez sąd, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami, korzystanie z rzeczy stanowiących współwłasność, obowiązek opieki nad małoletnim dzieckiem, a z drugiej samoistna decyzja jednostki o dopuszczeniu do tej sfery innych osób, np. wybór określonej grupy znajomych, czy sposobu spędzania czasu, decyzja o wyborze osób, z którymi wymieniamy prywatną korespondencję.

Jednym z najczęstszych przejawów zjawiska stalkingu jest zamieszczanie zdjęć innej osoby oraz komentarzy i informacji o niej w Internecie, zamawianie w imieniu innej osoby i bez jej woli różnych towarów i usług, a przede wszystkim rozpowszechnianie informacji o pokrzywdzonym, np. w ramach tworzonych bez jego wiedzy i zgody kont oraz stron osobistych na popularnych portalach społecznościowych, np. „Facebook” i „Nk.pl” (dawniej „nasza-klasa.pl”). W związku z tym, w projektowanym art. 190a § 2 k.k., określono, że karze pozbawienia wolności do lat 3 podlegał będzie sprawca, który wykorzystuje dane osobowe innej osoby w celu wyrządzenia jej szkody materialnej lub osobistej. W ten sposób penalizowane będzie zjawisko tzw. „przywłaszczenia tożsamości” pokrzywdzonego.

Mamy tutaj do czynienia z przestępstwem umyślnym, możliwym do popełnienia jedynie w zamiarze bezpośrednim. Na bezpośredniość zamiaru sprawcy wskazuje przede wszystkim określenie celu jego działania, jakim jest chęć wyrządzenia szkody o charakterze materialnym lub osobistym. W praktyce wykazanie tego rodzaju zamiaru może powodować niejednokrotnie poważne trudności dowodowe (chodzi tutaj bowiem o *dolus coloratus*).

Projektodawca nie wprowadza do ustawy karnej, wraz z nowym typem przestępstwa, definicji pojęcia „dane osobowe”. Pojęcie „danych osobowych”, będących przedmiotem wykorzystania sprawcy tej odmiany przestępstwa stalkingu tożsame jest z definicją zawartą w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych¹⁷. Stosownie do treści art. 6 ust. 1 tego aktu prawnego za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne (art. 6 ust. 2 tej ustawy).

Przepis ten chronił będzie również wizerunek pokrzywdzonego. W ustawie karnej to pojęcie nie zostało zdefiniowane. Niewątpliwie pojęcie wizerunku, na gruncie projektowanego art. 190a § 2 k.k. tożsame będzie z definicją tego terminu użytą na potrzeby art. 81 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o Prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁸. Przez „wizerunek” rozumieć należy wytwór niematerialny, który za pomocą środków plastycznych przedstawia rozpoznawalną podobiznę danej osoby, a więc np. fotografię, karykaturę, portret malarski.

¹⁷ Tj. DzU z 2002 r., nr 101, poz. 926, ze zm.

¹⁸ Tj. DzU z 2000 r., nr 80, poz. 904, ze zm.

Ochroną, w tym wypadku, objęte będą m.in. te sytuacje, w których dane innej osoby wykorzystywane będą przez sprawcę np. do złośliwego zamawiania wartościowych towarów lub usług za pomocą sieci teleinformatycznych lub do tworzenia fałszywych kont lub stron internetowych, w których umieszczane są informacje, rzekomo przez samego pokrzywdzonego lub sam wizerunek pokrzywdzonego w pewnym negatywnym kontekście, który mógłby mu wyrządzić szkodę osobistą lub majątkową.

Mamy tutaj do czynienia z przestępstwem powszechnym, które popełnić może każdy, w odróżnieniu od czynów zabronionych spenalizowanych w ustawie z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, które mają charakter przestępstw indywidualnych, a ich sprawcą może być, z reguły, administrator zbiorów danych lub osoba dane przetwarzająca. Nadto, w odróżnieniu od przepisów karnych wspomnianej ustawy, które chronią prawidłowy obrót danymi zawartymi w zbiorach prowadzonych na jej podstawie, projektowany art. 190a § 2 k.k. chronić ma przede wszystkim informacje o życiu osobistym.

Odmiany przestępstwa stalkingu, o których mowa w projektowanych art. 190a § 1 i 2 k.k., zagrożone będą karą pozbawienia wolności do lat 3. Proponowana tutaj wysokość ustawowego zagrożenia wydaje się być odpowiednia dla podjęcia trafnej reakcji prawnokarnej.

W drodze zastosowania instytucji tzw. kary zamiennej, określonej w art. 58 § 3 k.k., w wypadkach na to zasługujących, sąd będzie mógł zamiast kary pozbawienia wolności orzec grzywnę lub karę ograniczenia wolności do lat 2, zwłaszcza jeśli orzeknie jednocześnie któryś ze środków karnych, o których mowa w k.k., w tym, w szczególności przewidziany w nowelizowanym równocześnie projektowaną ustawą art. 41a § 1 k.k. obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami, zakaz zbliżania się do określonych osób, zakaz opuszczania określonego miejsca pobytu lub nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Możliwym będzie również, w tej sytuacji, orzeczenie świadczenia pieniężnego na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej, którego wysokość nie może przekraczać 60 000 zł. (art. 39 pkt 7 k.k., art. 49 § 1 k.k.)¹⁹.

Przy tak skonstruowanej wysokości zagrożenia ustawowego, w wypadkach cechujących się nieznacznym stopniem społecznej szkodliwości czynu oraz nieznacznym stopniem winy sprawcy, możliwym będzie również zastosowanie instytucji warunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 66 § 1 i 2 k.k.). W przypadku zastosowania tego środka probacyjnego zasadnym wydaje się, w przypadku projektowanych występków z art. 190a § 1 i 2 k.k., zastosowanie obowiązków związanych z okresem próby, o których mowa w art. 72 § 1 pkt 2 k.k. (przeproszenie pokrzywdzonego), art. 72 § 1 pkt 7a k.k. (powstrzymanie się od kontaktowania się z pokrzywdzonym lub innymi osobami w określony sposób lub zbliżania się do pokrzywdzonego lub innych osób).

¹⁹ Warunek orzeczenia środka karnego, w przypadku skorzystania przez sąd z instytucji, o której mowa w art. 58 § 3 k.k. nie ma charakteru bezwzględnie. Ustawodawca w konstrukcji tego przepisu posłużył się bowiem zwrotem „w szczególności”.

Sąd będzie miał również możliwość odstąpienia od wymierzenia kary sprawcy i wymierzenia jedynie środka karnego, o ile społeczna szkodliwość czynu nie będzie znaczna, a cele kary zostaną przez ten środek spełnione (art. 59 k.k.)²⁰.

W art. 190a § 3 k.k. zaprojektowano typ kwalifikowany przestępstwa uporczywego nękania, poprzez następstwo w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie. W takiej sytuacji sprawca będzie podlegał karze pozbawienia wolności na czas od roku do 10 lat. Wyższą karalność czynu określonego w tym przepisie uzasadnia wystąpienie skutku w postaci targnięcia się przez pokrzywdzonego na własne życie.

Mamy tutaj do czynienia z konstrukcją analogiczną jak w przypadku przestępstwa znęcania się (art. 207 § 3 k.k.). W praktyce bowiem mogą wystąpić sytuacje, że zaszczyta przez autora zachowań, o których mowa w projektowanych art. 190a § 1 lub 2 k.k., ofiara targnie się na swoje życie.

Przyjęta przez ustawodawcę koncepcja sankcji za naruszenie normy opisanej w art. 190a § 3 k.k. jest niezrozumiała. Granice ustawowego zagrożenia, o których mowa w przypadku tego występku, są wyrazem braku spójności z innymi rozwiązaniami kodeksowymi, w szczególności do sankcji przewidzianej w przepisie art. 207 § 3 k.k., gdzie przewidziana jest kara pozbawienia wolności od lat 2 do 12. Sankcje, o których mowa w tych przepisach powinny być identyczne. Pozwoliłoby to zachować spójność wewnętrzną k.k. w zakresie ustawowego zagrożenia, gdy chodzi o zachowania, które w porównywalny sposób godzą w porządek prawny.

Czyn, o którym mowa w projektowanym art. 190a § 3 k.k. jest przestępstwem skutkowym (materialnym). Dla bytu tego występku konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego między zachowaniem sprawcy stalkingu a skutkiem, czyli między nękaniami, a targnięciem się przez pokrzywdzonego na własne życie. Skutek ten przedstawiać się może jako dokonany bądź usiłowany zamach samobójczy. Nastąpienie śmierci pokrzywdzonego nie jest koniecznym znamieniem tego przestępstwa. Z zachowania pokrzywdzonego musi jednak wynikać, że przystąpił on do realizacji zamiaru pozbawienia się życia. Do tego by przypisać sprawcy stalkingu znamiona przestępstwa z projektowanego art. 190a § 3 k.k. niezbędne będzie wykazanie związku przyczynowego pomiędzy nękaniami a targnięciem się przez pokrzywdzonego, ofiarę nękania, na własne życie, a także obiektywnej przewidywalności możliwości podjęcia tego rodzaju decyzji przez pokrzywdzonego jako jego reakcji na nękanie.

Mamy tutaj do czynienia z przestępstwem skutkowym, umyślnym — nieumyślnym, co oznacza, że sprawca nękania, o którym mowa w projektowanych art. 190a § 1 lub § 2 k.k. poniesie surowszą odpowiedzialność jeżeli skutek swego czynu w postaci co najmniej usiłowania samobójstwa przewidział albo mógł przewidzieć (art. 9 § 3 k.k.).

Na gruncie powyższego rodzi się pytanie jak odpowiadać powinien sprawca, który dopuści się zachowania, z projektowanego art. 190a § 1 lub § 2 k.k. z zamiarem bezpośrednim bądź ewentualnym (art. 9 § 1 k.k.) doprowadzenia

²⁰ W tej sytuacji w grę wchodzi orzeczenie środków karnych, o których mowa przy przedstawionej w tym opracowaniu instytucji z art. 58 § 3 k.k.

pokrzywdzonego do targnięcia się na własne życie. W takiej sytuacji, jeżeli sprawca stalkingu umyślnie doprowadził ofiarę swojego zachowania do targnięcia się na swoje życie będzie mógł odpowiadać z art. 148 § 1 lub 2 k.k. (w formie stadialnej dokonania bądź usiłowania — art. 13 § 1 k.k.) w zb. z art. 190a § 1 lub § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.²¹

W uwagi na fakt, że przestępstwa określone w projektowanym art. 190a § 1 i 2 k.k. są czynami godzącymi w sferę wolności, zaproponowano, aby ściganie tych czynów następowało na wniosek pokrzywdzonego, co ocenić należy pozytywnie. Wniosek o ściganie sprawcy przestępstwa stalkingu, o którym mowa w projektowanym art. 190a § 1 lub 2 k.k., będzie mógł być cofnięty (art. 12 § 3 k.p.k.). Na etapie postępowania przygotowawczego wniosek o ściganie będzie mógł zostać cofnięty przez uprawniony podmiot w każdym czasie, a zatem zarówno w fazie postępowania *in rem*, jak i *in personam*. Skierowanie aktu oskarżenia do sądu ograniczać będzie tę możliwość jedynie do rozpoczęcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej (art. 12 § 3 k.p.k.).

Z urzędu ścigana będzie jedynie forma kwalifikowana przestępstwa stalkingu, o której mowa w art. 190a § 3 k.k.

Z uwagi na konieczność użycia efektywnych środków, w ramach reakcji prawnokarnej na zjawisko stalkingu, projektodawca zdecydował o konieczności nowelizacji art. 41a § 1 k.k., regulującego przesłanki orzekania środków karnych takich jak: obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami, zakaz zbliżania się do określonych osób, zakaz opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu lub nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Przepis ten, w obecnym brzmieniu przewiduje jedynie taką możliwość w odniesieniu do przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności popełnionych na szkodę małoletniego oraz w przypadku skazania za umyślne przestępstwo z użyciem przemocy wobec osoby najbliższej. Projekt przewiduje, całkowicie słusznie, możliwość orzeczenia tego środka, także w przypadku skazania za inne przestępstwo przeciwko wolności, w tym i za czyn z projektowanego art. 190a k.k. we wszystkich jego odmianach sprawczych.

²¹ Por. A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Warszawa 1982, s. 84–85.