

Katarzyna Nazar\*

## Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. III KK 417/13

By zachowanie mogło być uznane za stalking, nękanie przez sprawcę musi być uporczywe, a zatem polegać na nieustannym oraz istotnym naruszaniu prywatności innej osoby oraz na wzbudzeniu w pokrzywdzonym uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia. Ustawodawca nie wymaga przy tym, aby zachowanie stalkera niosło ze sobą element agresji. Nadto prawnie irrelevantne jest w kontekście strony podmiotowej tego przestępstwa, czy czyn sprawcy powodowany jest żywionym do pokrzywdzonego uczuciem miłości, nienawiści, chęcią dokuczenia mu, złośliwością czy chęcią zemsty.

Dla bytu tego przestępstwa nie ma znaczenia, czy sprawca ma zamiar wykonać swoje groźby. Decydujące jest tu subiektywne odczucie zagrożonego, które musi być oceniane w sposób zobiektywizowany.<sup>1</sup>

W uzasadnieniu postanowienia Sąd Najwyższy odniósł się do problematyki przestępstwa uporczywego nękania (stalkingu), określonego w art. 190a § 1 k.k. oraz groźby bezprawnej stanowiącej jeden ze sposobów działania sprawcy przy przestępstwie zmuszania – art. 191 § 1 k.k. Teza postanowienia sformułowana została na podstawie następującego stanu faktycznego. E.G. wyrokiem Sądu Rejonowego w S. z 27.03.2013 r. został uznany za winnego tego, że:

- 1) w okresie od 2.02.2012 r. do 12.03.2012 r. w S. uporczywie nękał A.B. w ten sposób, że wysyłał do niej duże ilości SMS-ów, dzwonił, nachodził i niepokoił oraz zbliżał się do niej wbrew jej woli w miejscu pracy i zamieszkania, usiłował nawiązać z nią kontakt za pomocą osób trzecich, podejmował obserwację jej osoby, czym wzbudził u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia i istotnie naruszył jej prywatność, tj. o czyn z art. 190a § 1 k.k.;
- 2) w dniu 2.01.2012 r. w S., w celu zmuszenia A.B. do wycofania się z decyzji o zakończeniu ich związku, groził jej zabójstwem, mówiąc, żeby zastanowiła się co robi, że go popamięta do końca życia, że będzie miała od niego spokój dopiero 15 m pod ziemią, a on przyjdzie na jej grób

\* Dr Katarzyna Nazar jest adiunktem na WPiA Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii.

<sup>1</sup> Ta część tezy została sformułowana niezbyt fortunnie, gdyż nie można jej odnosić do przestępstwa uporczywego nękania (art. 190a § 1 k.k.). Dotyczy ona drugiego zarzutu podniesionego w kasacji, a mianowicie art. 191 § 1 k.k. Dlatego też autorka celowo oddzieliła ją od wcześniejszej części, przedstawiając pełny pogląd Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu stwierdził, że: „Co do zarzutu naruszenia art. 191 § 1 k.k. (...) dla bytu tego przestępstwa nie ma znaczenia czy sprawca ma zamiar wykonać swoje groźby. Decydujące jest tu subiektywne odczucie zagrożonego, które musi być oceniane w sposób zobiektywizowany”.

- i wygłosi piękną przemowę, która to groźba wzbudziła w niej uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona, tj. o czyn z art. 191 § 1 k.k.;
- 3) w dniu 23.02.2012 r. w S., w celu zmuszenia A.B. do wycofania się z decyzji o zakończeniu ich związku, groził jej zabójstwem, powtarzając kilkakrotnie, że i tak zabije ją i mężczyznę, z którym będzie, bo nie pozwoli by była z innym, gdyż jest jego własnością, która to groźba wzbudziła w niej uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona, tj. o czyn z art. 191 § 1 k.k.

Za występki z art. 190a § 1 k.k. sąd wymierzył E.G. karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, a za czyny opisane w pkt 2 i 3, przyjmując, że dopuścił się ich działając w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu, na mocy art. 191 § 1 k.k. w zw. z art. 91 § 1 k.k.<sup>2</sup> – karę 4 miesięcy pozbawienia wolności. Na podstawie art. 91 § 2 k.k. sąd orzekł karę łączną w wymiarze 8 miesięcy pozbawienia wolności. Ponadto w oparciu o art. 41a § 1 i 4 k.k. oraz art. 43 § 1 k.k. orzekł wobec oskarżonego środki karne w postaci zakazu bezpośredniego, telefonicznego, za pośrednictwem Internetu kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz zakaz zbliżania się do niej na odległość mniejszą niż 100 m na okres 5 lat każdy.

Od tego wyroku apelację wniósł obrońca oskarżonego, podnosząc zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego i przepisów prawa materialnego, co skutkowało orzeczeniem rażąco surowej kary za czyny jednostkowe, kary łącznej pozbawienia wolności oraz środka karnego. Wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Sąd Okręgowy w S. wyrokiem z 13.08.2013 r. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok. Następnie wyrok ten został zaskarżony w drodze kasacji przez obrońcę skazanego, która wniosła o jego uchylenie i poprzedzającego go wyroku sądu I instancji oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu. Prokurator Prokuratury Okręgowej w odpowiedzi na kasację wniósł o jej oddalenie, jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy również uznał kasację za bezzasadną, podnosząc przede wszystkim to, że wskazane w niej zarzuty budzą uzasadnione zastrzeżenia. Stanowi ona niemal dokładne powtórzenie skargi apelacyjnej, w której kwestionowano oceny i wnioski wyprowadzone przez sąd I instancji z przeprowadzonych dowodów oraz wiarygodność źródeł dowodowych dostarczających informacji niekorzystnych z punktu widzenia linii obrony skazanego. Treść podniesionych zarzutów (z przepisanych niemalże *in extenso*), jak też ich uzasadnienie w istocie kwestionuje ustalenia faktyczne poczynione w sprawie i ocenę poszczególnych dowodów dokonaną przez sąd I instancji. Zdaniem Sądu Najwyższego był to zabieg formalny, mający zagwarantować dopuszczalność kasacji. Przypomniano, że rolą sądu kasacyjnego nie jest ponowne rozpoznawanie zarzutów stawianych przez skarżącego orzeczeniu sądu I instancji, a analiza treści kasacji adresowana jest niemal wprost do wyroku Sądu Rejonowego i nie wskazuje jakich uchybień dopuścił się sąd odwoławczy, dokonując kontroli tego wyroku.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu podniesionego w kasacji, czyli obrazy prawa materialnego – art. 190a § 1 k.k., Sąd Najwyższy słusznie stwierdził, że jest on niezasadny. Skarżąca podniosła, że skazany nie wyczerpał swoim zachowaniem znamion

<sup>2</sup> Przepis zmieniony ustawą z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396).

tw. stalkingu, gdyż ani treść korespondencji kierowanej do pokrzywdzonej (prosił łagodnymi słowami o choć jedno spotkanie mające na celu wyjaśnienie przyczyn gwałtownego zerwania trwającego 7 lat związku i jednocześnie obiecywał, że po takim spotkaniu zaprzestanie kontaktów), ani jego zachowanie podczas spotkań osobistych, zamierzonych i przypadkowych (po zerwaniu znajomości i w trakcie trwania ich związku) nie wskazywało, aby przejawiał on wobec pokrzywdzonej jakąkolwiek agresję słowną i fizyczną, które dałyby obiektywnie istniejące podstawy do przyjęcia, iż mógł wywołać u niej poczucie zagrożenia, a jedynie pewną uciążliwość. Jest to oczywiście błędne rozumowanie, gdyż ustawodawca nie wymaga, aby zachowanie stalkera niosło ze sobą element agresji. Jednym z warunków, który musi być spełniony i który został wyraźnie zaakcentowany w przepisie, jest to, że nękanie jest uporczywe. W związku z takim ujęciem znamion powstaje pytanie, czy „uporczywość nękania” wskazuje tylko na możliwość popełnienia przestępstwa z zamiarem bezpośrednim, czy również z zamiarem ewentualnym. Zdania przedstawicieli doktryny są w tym zakresie podzielone. I tak, Michał Królikowski i Andrzej Sakowicz przyjmują, że strona podmiotowa analizowanego czynu zabronionego wymaga od sprawcy działania z zamiarem bezpośrednim (nie warunkowym)<sup>3</sup>. Niektórzy idą jeszcze dalej, twierdząc, że zachowanie polegające na nękaniu cechuje *dolus directus coloratus*<sup>4</sup>. Takie zawężenie kryminalizacji nie wydaje się właściwe. Rację ma Magdalena Budyn-Kulik, wskazując, że ustawodawca nie wymaga zabarwienia zamiaru sprawcy jakimś określonym celem czy motywacją. Według niej: „Sprawca nie musi więc chcieć spowodowania u pokrzywdzonego poczucia zagrożenia czy istotnego naruszenia jego prywatności. Ustawodawca nie podaje również żadnej motywacji, jaką kierować ma się sprawca. Prawnie irrelevantne jest zatem, czy czyn sprawcy powodowany jest żywionym przezeń do pokrzywdzonego uczuciem miłości, nienawiści, chęcią dokuczenia mu, złośliwością czy chęcią zemsty”<sup>5</sup>. Z uwagi na występujące w przepisie znamię „uporczywości”, które jest zabarwione podmiotowo, należy uznać, że ta część znamion musi być objęta zamiarem bezpośrednim. Natomiast wydaje się, że nie ma przeszkód, aby znamię skutku (tzn. wzbudzenie zagrożenia lub istotne naruszenie prywatności pokrzywdzonego) mogło być objęte zarówno zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym (np. sprawca nie chce wzbudzić obawy u ofiary, a jedynie „uprzykrzyć jej życie”, przewidując i godząc się jednak z możliwością jej wzbudzenia)<sup>6</sup>.

Przestępstwo to ma charakter materialny<sup>7</sup>; konieczne jest wystąpienie skutku w postaci wzbudzenia u pokrzywdzonego lub osoby jej najbliższej uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia lub istotnego naruszenia jego prywatności<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> M. Królikowski, A. Sakowicz, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 1, M. Królikowski (red.), R. Zawlocki (red.), Warszawa 2013, s. 544. Tylko zamiar bezpośredni dopuszcza również A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, A. Zoll (red.), t. 2, Warszawa 2013, s. 609.

<sup>4</sup> Tak J. Kosonoga, w: *Kodeks karny. Komentarz*, R.A. Stefański (red.), Warszawa 2015, s. 1092.

<sup>5</sup> M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Art. 190(a)*, teza 44, LEX/el. 2016.

<sup>6</sup> Tak zob. M. Mozgawa, w: *System prawa karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, J. Warylewski (red.), Warszawa 2016, s. 466–467; A. Michalska-Warias, w: *Kodeks karny. Komentarz*, T. Bojarski (red.), Warszawa 2016, s. 536; N. Kłaczyńska, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, J. Giezek (red.), Warszawa 2014, s. 471–472; S. Hypś, w: *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), Warszawa 2015, s. 953.

<sup>7</sup> Por. wyrok SA we Wrocławiu z 19.02.2014 r. (II AKa 18/14), KZS 2014/7–8, poz. 98.

<sup>8</sup> Należy zwrócić uwagę, że jeszcze na etapie prac legislacyjnych podnoszono, iż nie jest rzeczą jasną, czy istotne naruszenie prywatności winno być wynikiem uporczywego nękania, czy też funkcjonuje samoistnie. Por. M. Kulik, *Opinia na temat projektu z dnia 20 lipca 2010 r. o zmianie ustawy – kodeks karny (Druk DL-P-I-4001-5/09)*, przygotowana na zlecenie Ośrodka Studiów Legislacji Krajowej Izby Radców Prawnych, s. 1.

Trzeba podkreślić, że użycie przez ustawodawcę słowa „lub” powoduje, że dla bytu analizowanego przestępstwa wystarczy wystąpienie choć jednego ze wskazanych skutków (tzn. wzbudzenia poczucia zagrożenia albo istotnego naruszenia prywatności), ale oczywiście może być i tak, że oba skutki wystąpią łącznie.

Szerokie ujęcie skutku, jakie zostało przyjęte na gruncie art. 190a § 1 k.k. można uznać za zasadne, bowiem w praktyce mogą zdarzyć się zarówno takie przypadki, gdy ofiara nękania zaczyna odczuwać lęk, zmienia swoje relacje z innymi osobami, czy nawet szuka pomocy u lekarza; jak i takie, gdy nie występuje u niej poczucie zagrożenia (ma bardzo mocną konstrukcję psychiczną albo też jest to osoba, która ma zapewnioną skuteczną ochronę osobistą). Nawet jeśli takiego poczucia zagrożenia nie ma, ale pokrzywdzony zmuszony jest do istotnych (niekomfortowych) zmian w swoim życiu prywatnym, to zachowanie sprawcy winno być kryminalizowane<sup>9</sup>.

Niewątpliwie może w praktyce dojść do przypadków, gdy zachowanie sprawcy nie wzbudza poczucia zagrożenia ani też nie narusza istotnie prywatności pokrzywdzonego, jest jednak odbierane przez niego jako uciążliwe (choć nie pociąga za sobą zmiany trybu życia czy przyzwyczajzeń pokrzywdzonego); w takiej sytuacji – zdaniem M. Budyn-Kulik – „wypełnia znamiona tylko z art. 107 k.w.”<sup>10</sup>. Oczywiście tak może być, nie można jednak tracić z pola widzenia możliwości wejścia w grę konstrukcji usiłowania przestępstwa z art. 190a § 1 k.k.<sup>11</sup>

Kolejnym niesłusznym argumentem podniesionym w kasacji, na który zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, było to, że skazany nie podejmował wobec pokrzywdzonej działań typowych przy stalkingu, tj. telefonowanie zwłaszcza w porze nocnej, wysyłanie listów, włamania do domu, kradzieże przedmiotów należących do ofiary oraz że nie naruszył istotnie jej prywatności, gdyż nie upowszechniał informacji dotyczących jej życia prywatnego ani związku z nim. Odnosząc się do tego pierwszego, należy zauważyć, że nie da się stworzyć pełnego katalogu zachowań, które można uznać za przejaw uporczywego nękania. Nie sposób wyróżnić zachowań typowych i nietypowych przy stalkingu. Każde z wielu zachowań<sup>12</sup>, które mogą wejść w grę, należy brać pod uwagę jako równie istotne z punktu widzenia odczuć osoby nękaney. Na tym tle może jednak powstać wątpliwość, czy ustawowe dookreślenie nękania, poprzez uznanie, że ma być ono uporczywe, jest zasadne. W wyroku Sądu Najwyższego z 5.01.2001 r., stwierdzono, że uporczywość jest antynomią jednorazowego czy nawet kilkakrotnego zachowania sprawcy<sup>13</sup>. Słusznie zatem Marek Mozgawa wskazuje, że skoro z samego określenia „nękać” wynika ustawiczość działania (szereg

<sup>9</sup> M. Mozgawa, w: *System prawa...*, t. 10, J. Warylewski (red.), s. 464.

<sup>10</sup> M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Art. 190(a)*, teza 36, LEX/el. 2016.

<sup>11</sup> M. Mozgawa, w: *System prawa...*, t. 10, J. Warylewski (red.), s. 464.

<sup>12</sup> Według D. Woźniakowskiej-Fajst nękanie najczęściej przejawia się w następujących formach: wydzwanianie, głuche telefony, wydzwanianie po nocach, kręcenie się w okolicy domu ofiary, nawiązywanie kontaktu za pomocą osoby trzeciej, wypytywanie o ofiarę w jej otoczeniu, stanie pod drzwiami/domem/pracą, wysyłanie listów, maili, SMS-ów, prezentów, składanie w czyimś imieniu zamówień, np. pocztowych, milczące wystawianie, pozostawianie wiadomości pod drzwiami/na poczcie głosowej, śledzenie/kontrolowanie ofiary, oszczerstwa (rozsyłanie fałszywych informacji, plotek), włamania do domu/samochodu ofiary, kradzież rzeczy należących do ofiary, nękanie rodziny i przyjaciół ofiary, napaści i pobicia rodziny i przyjaciół ofiary – D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu. Analiza regulacji prawnych w ustawodawstwie państw obcych oraz opinia o wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego przepisów kryminalizujących to zjawisko*, Warszawa 2009, s. 4.

<sup>13</sup> Wyrok SN z 5.01.2001 r. (V KKN 504/00), OSNKW 2001/7–8, poz. 57.

zachowań), zbędne wydaje się implikowanie dodatkowych wymagań ustawowych, iż dręczenie sprawcy ma cechować uporczywość<sup>14</sup>. Takie ujęcie powoduje zawężenie pola penalizacji przepisu do najbardziej uciążliwych zachowań i w konsekwencji może ograniczać ochronę pokrzywdzonego z uwagi na ten wymóg. Ocena nękania pod kątem jego uporczywości opierać się więc musi na analizie konkretnych stanów faktycznych<sup>15</sup>. Odnośnie do drugiego przytoczonego zarzutu można także mieć zastrzeżenia natury interpretacyjnej, gdyż ustawodawca wymaga, aby naruszenie prywatności było „istotne”, czyli charakteryzowało się odpowiednim stopniem intensywności, nie ma natomiast znaczenia to (na co próbował powoływać się obrońca), że skazany nie upowszechniał żadnych informacji, w związku z czym nie naruszył istotnie prywatności pokrzywdzonej. Dla znamienia istotności naruszenia prawa do prywatności nie ma to znaczenia<sup>16</sup>. Jest to obojętne dla bytu przestępstwa uporczywego nękania i nie może rzutować na kwestię wypełnienia jego znamion. Jak słusznie podniósł Sąd Najwyższy w wyroku z 12.01.2016 r.: „O istotności naruszenia prawa do prywatności nie decyduje sama treść materiałów powstała w wyniku nieuprawnionego wkroczenia w sferę prywatności pokrzywdzonego, ale przede wszystkim to, w jaki sposób do naruszenia doszło i ewentualnie jak często dochodziło do tych naruszeń”<sup>17</sup>.

Należy zauważyć, że już sama prywatność jest pojęciem trudnym do zdefiniowania, a tym bardziej ocena jej naruszenia pod kątem „istotności” może stwarzać poważne problemy. Prywatność to termin, który – w najszerszym znaczeniu – określa możliwość jednostki lub grupy osób do utrzymania swych danych oraz osobistych zwyczajów i zachowań nieujawnionych publicznie<sup>18</sup>. W przepisach kodeksu karnego nie pojawiło się dotychczas pojęcie prywatności, natomiast inne akty prawne definiują nie tyle prywatność, co prawo do prywatności<sup>19</sup>.

Zgodnie z poglądem Sądu Apelacyjnego w Krakowie, wyrażonym w wyroku z 28.10.2010 r., istotność wymaga, by naruszenie dóbr pokrzywdzonego „wedle przeciętnych ocen przyjmowanych w społeczeństwie przekraczało próg dozwolonych zachowań i nie jest małej wagi”<sup>20</sup>. Wydaje się, że to właśnie było celem projektodawców, którzy dążyli do wprowadzenia ram dla zakresu ochrony prywatności i sprowadzenia jej do rzeczywiście istotnych przypadków<sup>21</sup>. Można jednak, jak słusznie

<sup>14</sup> Tak M. Mozgawa, w: *System prawa...*, t. 10, J. Warylewski (red.), s. 461; odmiennie: por. J. Kosonoga, w: *Kodeks karny...*, R.A. Stefański (red.), s. 1090 oraz N. Kłaczyńska, w: *Kodeks karny...*, J. Giezek (red.), s. 470.

<sup>15</sup> Z przeprowadzonych badań wynika, że najczęstszą przyczyną odmów wszczęcia postępowania w przypadku omawianego przestępstwa jest właśnie brak znamienia „uporczywości” działania sprawcy. Zob. M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty zjawiska nękania*, „Themis Polska Nova” 2012/2 (3), s. 44.

<sup>16</sup> Zob. K. Nazar, *Glosa do wyroku SN z dnia 12 stycznia 2016r., IV KK 196/15, „Palestra”* 2016/7–8, s. 176 i n.

<sup>17</sup> Wyrok SN z 12.01.2016 r. (IV KK 196/15), LEX nr 1976249.

<sup>18</sup> <https://pl.wikipedia.org/wiki/Prywatno%C5%9B%C4%87>.

<sup>19</sup> Zgodnie z treścią art. 47 Konstytucji RP „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”. Ochrona życia rodzinnego, a szerzej – prywatnego znalazła uznanie w szeregu aktów międzynarodowych. Już Powszechna Deklaracja Praw Człowieka w art. 12 stanowiła, że „Nie wolno wkraczać samowolnie w czyjekolwiek życie prywatne, rodzinne, domowe lub korespondencję ani nastawać na czyjś honor i reputację”. Ochronę taką gwarantuje także art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Człowieka, który brzmi: „1. Nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cieść i dobre imię. 2. Każdy ma prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami” oraz art. 8 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, który statuuje prawo każdego człowieka do własnego życia prywatnego i rodzinnego oraz do tajemnicy korespondencji i do nietykalności mieszkania.

<sup>20</sup> Wyrok SA w Krakowie z 28.10.2010 r. (ACa 908/10), niepubl.

<sup>21</sup> Uzasadnienie do ustawy z 25.02.2011r. o zmianie ustawy Kodeks karny, druk sejmowy nr 3553 Sejmu VI Kadencji.

wskazuje na to M. Mozgawa, zastanowić się, czy zabieg ten był konieczny, bowiem owe nieistotne naruszenia byłyby i tak rozpatrywane przez pryzmat art. 1 § 2 k.k. (znikomy stopień społecznej szkodliwości)<sup>22</sup>. Ponadto, zdaniem tego autora, należy rozważyć, czy wymóg ten jest w ogóle zasadny, skoro już sama prywatność jest dobrem na tyle ważnym, że każde jej naruszenie jest istotne<sup>23</sup>. W doktrynie wskazuje się<sup>24</sup>, na co zwrócił uwagę również Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku, że „(...) nie jest bezpodstawne przekonanie o tym, że znamię «istotności» stanowi *superfluum* ustawowe, co przy poszanowaniu wykładni *per non est* prowadzi do wniosku, że zawężenie zakresu kryminalizacji przez warunek spełnienia tej przesłanki koresponduje z wymogiem co do ustalenia stopnia intensywności zachowania sprawcy”.

W przedmiotowej sprawie w przypadku obu podniesionych w kasacji zarzutów, tj. art. 190a § 1 k.k. i art. 191 § 1 k.k., odniesiono się do określenia „uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia”, wskazując, że brak u skazanego skłonności do agresji przemawia za tym, że u pokrzywdzonej nie mogła powstać uzasadniona obawa, że groźba zostanie spełniona czy też, o czym była mowa wyżej (odnośnie do art. 190a § 1 k.k.), zachowanie skazanego wypełniające znamiona tego przepisu nie mogło wywołać u niej poczucia zagrożenia, a jedynie pewną uciążliwość. Zwraca uwagę bliskość tego sformułowania z formułą użytą w art. 190 § 1 k.k. (groźba karalna) – „jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona”. Wydaje się zatem, że uwagi dotyczące art. 190 § 1 k.k. – *mutatis mutandi* – mogą mieć zastosowanie również na gruncie art. 190a § 1 k.k. oraz art. 191 § 1 k.k. W związku z tym należy przyjąć, że dla bytu przestępstwa wystarczy wykazać, że groźba subiektywnie (w odbiorze zagrożonego) wywołała obawę jej spełnienia i zweryfikować to obiektywnie (przez sąd), czy zagrożony istotnie mógł w danych okolicznościach w ten sposób groźbę odebrać<sup>25</sup>. Groźenie popełnieniem przestępstwa jest karalne tylko wówczas, gdy groźba wzbudza w zagrożonym obawę jej spełnienia i obawa ta jest uzasadniona. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 27.04.1990 r.: „(...) nie jest istotne to w jakim celu sprawca wyraża groźby, ale czy groźby jego istotnie wzbudziły w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będą spełnione”<sup>26</sup>. Uzasadniona obawa spełnienia groźby wchodzi w zakres strony przedmiotowej, mimo że dotyczy (w znacznej części) podmiotowych uczuć pokrzywdzonego. Jest ona pewną syntezą podejścia subiektywnego i obiektywnego. Obawa musi być przez zagrożonego odczuta i równocześnie uzasadniona, tzn. uzasadniona według skali przeciętnych, przyjętych w danym środowisku ocen<sup>27</sup>. Oznacza to, że każdy przeciętny człowiek – o podobnej do ofiary osobowości, cechach psychiki, intelektu, umysłowości i warunkach – wedle wszelkiego prawdopodobieństwa uznałby tę groźbę za realną i wzbudzającą obawę spełnienia<sup>28</sup>. Niebezpieczeństwo realizacji groźby nie musi istnieć obiektywnie. Obiektywna musi być tylko groźba. Groźący może być obiektywnie niebezpieczny, a mimo to zagrożony może nie bać się jego groźby. I odwrotnie – groźący może posiadać nieposzlakowaną opinię, a mimo to wzbudzać

<sup>22</sup> M. Mozgawa (w:) *System prawa...*, t. 10, J. Warylewski (red.), s. 466.

<sup>23</sup> M. Mozgawa (w:) *System prawa...*, t. 10, J. Warylewski (red.), s. 466.

<sup>24</sup> Tak M. Mozgawa (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2015, s. 508.

<sup>25</sup> Zob. Wyrok SA w Krakowie z 4.07.2002 r. (II AKa 163/02), KZS 2002/7–8, poz. 44.

<sup>26</sup> Wyrok SN z 27.04.1990 r. (IV KR 69/90), PS 1993/5, s. 84.

<sup>27</sup> J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 384.

<sup>28</sup> M. Filar (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Warszawa 2008, s. 792.

w zagrożonym obawę. Słusznie zatem w glosowanym postanowieniu Sąd Najwyższy (podobnie sądy niższych instancji) uznał, iż niewykazywanie przez skazanego wobec pokrzywdzonej jakiegokolwiek agresji nie może świadczyć o tym, że nie dopuścił się on przypisanych mu czynów. Zasadnie zauważył, że „dla bytu tego przestępstwa nie ma znaczenia, czy sprawca ma zamiar wykonać swoje groźby”. O subiektywnym odczuciu decydują właściwości osoby zagrożonej i jej stan, do jakiego doprowadziła ją groźba. W analizowanej sprawie obawę pokrzywdzonej przed realizacją groźby można uznać za uzasadnioną, o czym może świadczyć fakt, że gdy tylko widziała skazanego, od razu wzywała Policję. Niewłaściwe, czy wręcz absurdalne jest podnoszenie argumentu, że gdyby czuła się nękana, to logiczne jest (zdaniem obrońcy), że „zgodziłaby się na choć jedno spotkanie, wyjaśniła dlaczego nie chce dłużej żyć w tym związku w nadziei, że po tym skazany zaprzestanie z nią kontaktów”.

Powracając do tezy uzasadnienia glosowanego postanowienia Sądu Najwyższego, należy podkreślić, że słusznie wskazano, że „by zachowanie mogło być uznane za stalking, nękanie przez sprawcę musi być uporczywe”, natomiast nie można zgodzić się z dalszą jego częścią, że ma ono „zatem polegać na nieustannym oraz istotnym naruszeniu prywatności innej osoby”. Nieustanność zachowania się sprawcy nie należy do ustawowych znamion analizowanego przestępstwa. Według *Słownika języka polskiego* „nieustannie” oznacza bez przerwy, ciągle, trwale, ustawicznie<sup>29</sup>, natomiast „nieustanny” to niemający przerw, trwający cały czas, stały, ustawiczny<sup>30</sup>. Biorąc zatem pod uwagę takie rozumienie słowa „nieustannie” i przenosząc je na grunt omawianego przepisu, nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Sądu Najwyższego, gdyż nękanie może np. polegać na utrzymującym się przez dłuższy czas, ale mającym przerwy, zachowaniu się sprawcy. Można wyobrazić sobie taką sytuację, że sprawca wysyła do ofiary niezliczoną liczbę SMS-ów przez kilka dni, a potem przez tydzień lub dłużej milczy i następnie po tym czasie znów zaczyna nękać tę osobę.

Na koniec warto jeszcze zwrócić uwagę na jedną kwestię, która stanowiła zarzut podniesiony w kasacji, a mianowicie zastosowania instytucji ciągu przestępstw w przypadku czynów opisanych w pkt 2 i 3 wyroku Sądu Rejonowego. Sąd Najwyższy w tej sprawie wskazał jedynie, że stanowisko sądu odwoławczego co do niemożności zastosowania art. 12 k.k. jest trafne. Jedynie na marginesie podnieść można wątpliwość, czy w analizowanym stanie faktycznym zasadne było przyjęcie rzeczywistego zbiegu przestępstw polegających na zmuszaniu pokrzywdzonej groźbą zabójstwa do wycofania się z decyzji o zakończeniu związku (art. 191 § 1 k.k.), czy też nie należałoby raczej uznać, że mamy tu do czynienia z rzeczywistym zbiegiem przepisów art. 190a § 1 k.k. i art. 191 § 1 k.k. W doktrynie prawa karnego można spotkać różne stanowiska w tej materii. M. Mozgawa opowiada się za tym, że możliwy jest rzeczywisty niewłaściwy zbieg pomiędzy tymi przepisami<sup>31</sup>. Niektórzy autorzy przyjmują w tym przypadku kumulatywną kwalifikację<sup>32</sup>. Jeszcze inni uważają, że na poziomie abstrakcyjnym nie sposób ostatecznie przesądzić o tym, czy zbieg ten *in concreto* okaże się realny czy pozorny<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> <http://sjp.pwn.pl/doroszewski/nieustannie;5459751.html>.

<sup>30</sup> <http://sjp.pl/nieustanny>.

<sup>31</sup> Zob. M. Mozgawa, w: *System prawa...*, t. 10, J. Warylewski (red.), s. 475.

<sup>32</sup> Zob. J. Kosonoga, w: *Kodeks karny...*, R.A. Stefański (red.), s. 1130.

<sup>33</sup> Tak, M. Królikowski, A. Sakowicz, w: *Kodeks karny...*, t. 1, M. Królikowski (red.), R. Zawlocki (red.), s. 545.

Nie przesądzając jakie rozwiązanie jest właściwe, rozważyć można, czy w analizowanym przypadku przepis art. 190a § 1 k.k. nie może pochłoniąć na zasadzie konsumpcji art. 191 § 1 k.k., gdyż zmuszanie może wejść w skład nękania. Bardzo często jest tak, że poprzez nękanie sprawca chce zmusić pokrzywdzonego do określonego zachowania, np. za pomocą groźby, tak jak było to w tej konkretnej sprawie. A więc można byłoby rozważyć, czy art. 190a § 1 k.k. spełni *in concreto* funkcję tego drugiego (art. 191 § 1 k.k.), w tym sensie, że wystarczy do uwzględnienia społecznej szkodliwości związanej z zaistniałym stanem faktycznym<sup>34</sup>. Oczywiście, przy stosowaniu zasady konsumpcji rzeczą pierwotną jest analiza ustawowych znamion czynu zabronionego i ustalenie, czy realizacja znamion jednego czynu zawiera realizację znamion tego drugiego, a sprawą wtórną jest ocena, czy stopień społecznej szkodliwości czynu ocenianego przez pryzmat przepisu pochłaniającego jest wyższy niż stopień społecznej szkodliwości czynu ocenianego z punktu widzenia przepisu pochłanianego<sup>35</sup>.

Reasumując, należy stwierdzić, że poglądy zawarte w tezie głosowanego postanowienia są co do zasady słuszne. Nie można zgodzić się jedynie ze stwierdzeniem, że nękanie ma polegać na zachowaniu nieustannym, co starano się uzasadnić. Inną kwestią, na którą zwrócono uwagę, było przyjęcie przez sąd realnego zbiegu przestępstw, podczas gdy – jak się wydaje – możliwe było w tym stanie faktycznym rozważenie przyjęcia rzeczywistego zbiegu przepisów.

*Słowa kluczowe:* groźba bezprawna, prawo karne, uporczywe nękanie, stalking, zmuszanie.

### Summary

Katarzyna Nazar – *Commentary on Supreme Court decision of 12 December 2013, case file No. III KK 417/13*

*The subject-matter of the commented judgment is the problem of the offence of stalking. The Supreme Court referred to the statutory features of the identified prohibited act and to the unlawful threat being a method of action of the perpetrator in case of the offence of forcing. As for the first issue, it held that in order for a behaviour to be considered stalking, the perpetrator must be pursuing the person stealthily, thus it has to consist in constant and significant violations of the privacy of another person and causing the victim to have a sense of threat justified by the circumstances. In this regard, the legislator does not require the stalker's behaviour to include an element of aggression. In addition it is legally irrelevant in the context of the perpetrator-related aspects of this offence whether the stalker's act is motivated by the feeling of love or hatred for the victim, the intention to harass the victim, malice or revenge. As for the second issue, in order for the offence defined in Art. 191(1) CC to exist it does not matter whether the perpetrator intends to act on the threats. The decisive factor is the subjective feeling of the threatened person, which has to be assessed in an objectivised manner.*

*The commentator in principle shares the view of the Supreme Court, criticising only the statement that stalking consists in constant pursuit and indicating that in the facts of the case it is possible to consider an actual coincidence of provisions.*

*Keywords:* unlawful threat, criminal law, stealthy pursuit, stalking, forcing.

<sup>34</sup> M. Mozgawa, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2016, s. 401.

<sup>35</sup> A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 128.