

OPINIA DOTYCZĄCA ZASADNOŚCI KRYMINALIZACJA TZW. *STALKINGU* ORAZ KONSTRUKCJI EWENTUALNEGO TYPU CZYNU ZABRONIONEGO

1.

Zjawisko określane mianem *stalkingu* obejmuje zachowania sprawcy nakierowane na niepożądaną ingerencję w prywatność i naruszenie poczucia bezpieczeństwa ofiary, noszące znamiona przemocy emocjonalnej. W opisie kryminologicznym zjawiska akcentuje się z jednej strony różnorodne motywy działania sprawcy. Zwraca się uwagę, że mogą one mieć postać złego zamiaru i działania w celu wyrządzenia krzywdy ofierze, ale również że mogą one wynikać z zaburzonej lub wręcz prawnie indyferentnych intencji. Z drugiej strony opisuje się dość szeroki i niejednorodny katalog czynności sprawczych. Można je do pewnego stopnia pogrupować w postaci zachowań stanowiących naruszenie przestrzeni prywatności, korzystanie ze środków przekazu i kontaktu, w tym wykorzystanie nowoczesnych technik informatycznych i telekomunikacyjnych, jak też popełnianie w uporczywy sposób drobnych przestępstw. Działania te mogą być podejmowane względem ofiary, jej rodziny lub bliskich. Niekiedy mogą być punktem wyjścia do bardziej poważnych zachowań przestępnych względem pokrzywdzonego.

Dyskusyjna jest kwestia powtarzalności lub uporczywości tych zachowań jako koniecznego czynnika definiującego *stalking*, choć przyznać należy, że w większości przypadków to właśnie powtarzalność zachowań będzie źródłem udręki pokrzywdzonego. Uwypukla się w końcu określony skutek w postaci zastraszenia ofiary, zmiany zwyczajów pod wpływem zachowania się sprawcy, odczuwania lęku lub istotnego dyskomfortu, utrudniającego lub uniemożliwiającego życie według swobodnie określanego planu sprawcy.

Warto przy tym zaznaczyć, że często znaczenie omawianego zjawiska jest podkreślane ze względu na to, że wobec charakterystyki ofiar, zaliczane jest do grupy zachowań przemocowych ze względu na płeć. Ta feministyczna interpretacja istoty zachowania stanowiącego *stalking* odpowiada tendencji wyboru ofiary, niemniej nie może przesłonić faktu, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny znaczenia i sensu *stalkingu* jest godność człowieka, wolność od zastraszenia i prawo do prywatności, stanowiące emanację podstawowej kondycji i potrzeb pokrzywdzonego.

W analizie porównawczej dostrzega się generalną tendencję wprowadzania kryminalizacji omawianego zjawiska przestępnego. Należy podkreślić, że najpewniej ze względu na dostrzegalną konieczność znacznego potencjału aplikacyjnego nowego typu przestępstwa *stalkingu* w większości przypadków przyjmuje się otwarte zespoły znamion, przewidując dopełnienie katalogu czynności sprawczych określeniem „inny podobny sposób” lub „zachowanie podobne”. Druga tendencja polega na budowaniu typów o znamionach zbiorowych, gdzie poszczególne określenia czynności sprawczych dokonywane przez znamiona czasownikowe są liczne i bliskie znaczeniowo, a nawet niekiedy na siebie nachodzą. W obu przypadkach trzeba uznać, że sposób zapewnienia określoności typu czynu zabronionego nie jest w pełni zadowalający. Wydaje się jednak, że w przypadku prób kryminalizacji *stalkingu* jest to cecha do pewnego stopnia nieusuwalna. Istota dostępności zakazu wobec obywateli sprowadza się bowiem do zapewnienia możliwości dotarcia do

sensu normy sankcjonowanej przez racjonalnie działający podmiot o — co do zasady — ogólnej kompetencji. Ze względu na pewną płynność katalogu zachowań kwalifikowanych jako działania *stalkingowe*, jak również dynamiczny rozwój środków za pomocą których można realizować czynności sprawcze, należy wyważyć między maksymalną precyzją zakazu a zdatnością przepisu do poddania go zrozumiałemu procesowi rekonstrukcji normatywnej.

2.

Prawidłowa struktura decyzji kryminalizacyjnej zawiera analizę prawidłowości wprowadzenia karalności, ukształtowania typu i możliwości wykładni zorientowanej na konstytucję, jak też surowość represji karnej. Analiza ta wymaga (zob. zwłaszcza TK w wyroku z 30 października 2006 roku, P 10/06):

- określenia przez pryzmat norm konstytucyjnych dóbr prawnych, które uzasadniają ingerencję prawnokarną w wolność jednostki;
- ustalenia wzorców kontroli zgodności z konstytucją przepisów prawa karnego, jak również oceny rodzaju wypowiedzi konstytucyjnej i wynikającego z niej stopnia związania ustawodawcy wypowiedzią ustrojodawcy (np. normą programową, normą gwarancyjną lub zakazem konstytucyjnym); w końcu – oceny relacji, w jakiej te wzorce pozostają względem siebie;
- uwzględnienia kolizji wartości konstytucyjnych i preferowanego przez ustrojodawcę sposobu jej rozwiązania (decyzja interpretacyjna odniesiona do norm konstytucji) dla oceny decyzji kryminalizacyjnej i wykładni znamion konkretnego typu przestępstwa;
- oceny zasadności systemu represji karnej.

W orzecznictwie ETPC wskazuje się przy tym, że treść zakazów karnopravných powinna być wyznaczona przez słuszne zrównoważenie (*fair balance*) ogólnego interesu publicznego i interesów jednostkowych, dokonane na podstawie czytelnego wyboru priorytetów wobec istniejących możliwości działania państwa (zob. *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, App. 48787/99, wyrok z 8 lipca 2004 roku; por. *A. Mowbray, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004). W odniesieniu do szczegółowej aplikacji konkretnego prawa człowieka można wskazać na dwuwymiarowość pozytywnego obowiązku państwa (zob. *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Oxford 2006, s. 243). Mianowicie:

- 1) w pierwszej kolejności należy zagwarantować poszanowanie istoty danego prawa (co oznacza więcej niż tylko powstrzymanie się od jego naruszenia przez działanie władzy publicznej);
- 2) w drugiej zaś kolejności rodzi się obowiązek państwa do ochrony jednostki przed ingerencją w jej kompleks uprawnień pochodzący od innych osób.

W tej perspektywie należy odczytać stwierdzenia ETPC, który niejednokrotnie podnosił, że w skład zespołu obowiązków pozytywnych państwa wynikających z istoty danego prawa człowieka wchodzi zapewnienie jednoznacznego odnośnie do treści zakazu, a jednocześnie efektywnego ustawodawstwa karnego. Dotyczy to w szczególności w przypadkach najpoważniejszych deprawacji godności człowieka lub wartości fundamentalnych, naruszających m.in. zakaz tortur, nieludzkiego traktowania, niewolnictwa lub innego rodzaju naruszenia praw człowieka w przypadku, gdy pokrzywdzonym, ze względu na cechy osobowościowe, wiek lub konkretną sytuację, była osoba szczególnie wrażliwa na krzywdę (zob. zwłaszcza *X and Y v. the Netherlands*, wyrok z 26 marca 1985 roku; *MC v. Bulgaria*, App. 39272/98, wyrok z 4 grudnia 2003 roku; *Siliadin v. France*, App. 73316/01, wyrok z 26 lipca 2005 roku). W przypadku pewnej grupy kategorii czynów, które można opisać jako jaskrawe przypadki naruszenia godności człowieka w doktrynie i orzecznictwie praw człowieka przyjmuje się zaostrzone standardy i bardziej wyrazistą stanowczość w stwierdzeniu i publicznym potępieniu przypadków pogwałcenia wartości fundamentalnych dla społeczeństw demokratycznych (zob. zwł. *Selmouni v. France*, App. 25803/94, wyrok z 28 lipca 1999 roku, pkt. 101; *Ch. McCrudden*, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, „*European Journal of International Law*, 4/2008, s. 655–724).

Ocena zasadności kryminalizacji *stalkingu* powinna zatem odnieść się przede wszystkim do katalogu dóbr chronionych, ustalić porównawczy poziom ochrony podobnych postaci naruszania tych samych lub istotnie zbieżnych wartości konstytucyjnych, jak również uwzględnić przestrzeń dla wykładni w zgodzie z konstytucją. Dodatkowo, trzeba uwzględnić tradycję kodyfikacji i metodę w zapisie czynu zabronionego, w tym odpowiednią syntetyczność opisu czynności sprawczej. Należy także rozważyć wykorzystanie różnych poziomów ochrony represyjnej, w tym wykroczeniowej i karnej, jak również zasygnalizować potrzebę powiązania ewentualnej kryminalizacji *stalkingu* ze środkami gwarantującymi bezpieczeństwo pokrzywdzonego i możliwość dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych. W końcu, trzeba wyważyć możliwości efektywnego egzekwowania zakazu ze względu na dostępny sposób opisu czynu zabronionego i trudności dowodowe z potrzebą deklaratywnego potępienia szkodliwego zachowania przez prawo karne.

3.

Kluczowe zagadnienie sprowadza się do tego, czy zachowanie o charakterze *stalkingu* stanowi naruszenie istotnych interesów (dóbr konstytucyjnych). Należy przy tym ustalić, czy działania te mają taki wymiar, że będzie można je uznać za istotne z perspektywy dóbr wspólnych, które uzasadnią przełamanie zasady subsydiarności ograniczenia wolności człowieka i pozwolą na posługiwanie się reakcją represyjną wobec sprawców. Istotne w tej analizie jest odnalezienie punktu odniesienia, tzn. ustalenie, czy zjawiska *stalkingu* są w jakiś sposób – choćby częściowo – rozpoznane w systemie prawnym, jak również, czy istnieją podobne do nich zakazy, które pozwolą na zarysowanie konkluzji co do typowych rozstrzygnięć ustawodawcy w zakresie podobnego ciężarem i charakterystyką czynu naruszenia dóbr jednostki.

Podstawowa regulacja, która *de lege lata* może być odniesiona do zachowań *stalkingu* przewiduje odpowiedzialność wykroczeniową. Kodeks wykroczeń w art. 107 typizuje czyn złośliwego niepokojenia: „Kto w celu dokuczenia innej osobie złośliwie wprowadza ją w błąd lub w inny sposób złośliwie niepokoi, podlega karze ograniczenia wolności,

grzywny 1.500 złotych albo karze nagany". Tymczasem Kodeks karny przewiduje przestępstwo znęcania się, mówiąc w art. 207: „Kto znęca się fizycznie lub psychicznie nad osobą najbliższą lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy albo nad małoletnim lub osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5". Typ kwalifikowany połączony jest ze stosowaniem szczególnego okrucieństwa i przewiduje możliwość wymierzenia kary pozbawienia wolności od roku do lat 10. Druga kwalifikacja związana jest z następstwem czynu określonego w § 1 lub 2 w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie, i prowadzi do zagrożenia karą pozbawienia wolności od lat 2 do 12. Jeżeli odwołujemy się do przestępstwa znęcania się, to również w sytuacji, kiedy nie ustał stosunek zależności od sprawcy, ofiara jest małoletnia lub nieporadna istnieje możliwość objęcia części zachowań *stalkingu* kryminalizacją z tego przepisu. W literaturze podkreśla się słusznie, że w przypadku przestępstwa z art. 207 KK mamy o czynienia z przestępstwem o co najmniej podwójnym przedmiocie ochrony: o ile głównym przedmiotem ochrony w tym typie jest rodzina, jej prawidłowe funkcjonowanie lub instytucja opieki, to drugim przedmiotem ochrony – w zależności od tego, jaką formę i natężenie przybrało – będzie życie i zdrowie, nietykalność cielesna, wolność i cześć (godność) człowieka. Trzeba również zauważyć, że część zachowań składających się na *stalking* może być objęta zakresem przestępstwa zmuszania (art. 191 KK). Oczywiście chodzi tylko o takie zachowania, które zawierają użycie groźby bezprawnej, prowadząc ofiarę do określonego działania, zaniechania lub znoszenia.

Warto w końcu zwrócić uwagę na istniejące w systemie kar i środków karnych możliwości orzekania zakazów powstrzymywania od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, jak również od kontaktów z pokrzywdzonym lub innymi osobami. Mogą one odgrywać istotną rolę w kształtowaniu represji prawnokarnej względem *stalkerów*.

Dokonując oceny relacji zachowań określanych mianem *stalkingu* w odniesieniu do wzorców konstytucyjnych i porównując jego ciężkość z istniejącymi typami należy wskazać na to, że przez analizowane czynności sprawcze uszczerbku może doznać bezpośrednio godność człowieka, rozumiana jako przestrzeń podmiotowego traktowania człowieka, wynikająca z przyrodzonych i niezbywalnych jego właściwości, w dalszej kolejności dobrostan pokrzywdzonego wynikający z wolności od zastraszenia, prawa do prywatności i decydowania o swoim życiu, jak również – w przypadkach skrajnych – wolność od nieludzkiego traktowania. Są to podstawowe wartości związane ze statusem jednostki, które konstytucja rozwija w art. 30, 31 ust. 1 i 2, 40 i 41 ust. 1 Konstytucji RP. Warto zwrócić też uwagę na to, że w przypadku pewnych form *stalkingu* mogą wchodzić w grę te same powody, dla których ustrojodawca w art. 39 Konstytucji RP wprowadził zakaz poddawania drugiego człowieka eksperymentowi bez jego zgody. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że w zachowania typu *stalkingu* dostrzec można istotny potencjał podporządkowania i poniżenia człowieka, zniszczenia jego dobrego imienia lub pozycji, wynikający z coraz większych możliwości, jakie dają nowoczesne formy komunikacji i zmieniający się sposób uczestnictwa jednostki w życiu społecznym. Pozwala to uznać, że zachowania te, jakkolwiek obiektywnie nie mogą się równać ze znęcaniem o charakterze psychicznym lub fizycznym, cechuje podobna zdolność do wywołania cierpienia moralnego u pokrzywdzonego.

W konsekwencji, należy opowiedzieć się kierunkowo za dopuszczalnością objęcia analizowanych zachowań zakazem karnym. W dalszej części należy zatem rozważyć

problem sposobu kryminalizacji i jej wpływu na dekodowanie treści typu przestępstwa znęcania się (art. 207 KK), groźby karalnej i bezprawnej (art. 190 i 191KK) .

4.

W analizie prawnoporównawczej dotyczącej kryminalizacji *stalkingu* można zwrócić uwagę na wprowadzenie takiej regulacji karnej przez reprezentatywne systemy karnej i zasadniczą akceptację doktryny tego nowego typu czynu zabronionego. Niemniej można wskazać na kilka metod typizacji tego przestępstwa:

a) model kazuistycznej specyfikacji czynności sprawczej

Metodę tę cechuje opis wybranych form składających się na *stalking*, najczęściej dokonany przez wprowadzenie katalogu zamkniętego. Zamieszcza się w nim m.in.: szukanie kontaktu lub bliskości fizycznej z pokrzywdzonym, kontaktowanie się z nim za pomocą środków komunikacyjnych lub przez osobę trzecią, zamawianie towarów i usług na rzecz pokrzywdzonego korzystając z jego danych osobowych, nakłanianie innych osób do kontaktów z pokrzywdzonym przez korzystanie z jego danych osobowych (np. wprowadzenie jego profilu w domenę środowisk homoseksualnych), stosowanie groźby bezprawnej względem pokrzywdzonego lub osób jej bliskich. Niekiedy, przy otwarciu katalogu czynności sprawczych, ustawodawstwa posługują się dopełnieniem: przeszkadzanie pokrzywdzonemu w inny sposób lub podjęcie się porównywalnego zachowania i naruszania wolności osobistej lub prywatności pokrzywdzonego. Zaletą tej metody jest relatywnie większa precyzja zakazu i jego dostępność dla obywateli, wadą mniejsza zdolność do reakcji karnoprawnej na dynamicznie rozwijające się metody nękania pokrzywdzonego, przede wszystkim ze względu na środki informatyczne.

Irlandia

Artykuł 10 Non-Fatal Offences Against the Person Act 1997

(1) Any person who, without lawful authority or reasonable excuse, by any means including by use of the telephone, harasses another by persistently following, watching, pestering, besetting or

communicating with him or her, shall be guilty of an offence.

(2) For the purposes of this section a person harasses another where—

(a) he or she, by his or her acts intentionally or recklessly, seriously interferes with the other's peace and privacy or causes alarm, distress or harm to the other, and

(b) his or her acts are such that a reasonable person would realise that the acts would seriously interfere with the other's peace and privacy or cause alarm, distress or harm to the other.

(3) Where a person is guilty of an offence under subsection (1), the court may, in addition to or as an alternative to any other penalty, order that the person shall not, for such period as the court may specify,

Artykuł 10 Non-Fatal Offences Against the Person Act 1997

(1) Kto, bez odpowiedniego uprawnienia lub usprawiedliwionej przyczyny, z wykorzystaniem jakichkolwiek środków, w tym z użyciem telefonu, nęka inną osobę śledząc ją, obserwując, niepokojąc, napastując lub kontaktując się z nią, popełnia przestępstwo.

(2) Dla celów niniejszego rozdziału, nękanie ma miejsce kiedy -

(a) sprawca umyślnie lub nieumyślnie poważnie zakłóca spokój, prywatność drugiej osoby lub wywołuje strach, stres lub powoduje krzywdę, i

(b) zachowanie to, zgodnie ze standardem rozsądnego człowieka, może być uznane za zakłócające spokój, prywatność drugiej osoby lub wywołujące strach, stres lub powodujące krzywdę.

(3) Osobie winnej popełnienia przestępstwa wskazanego w par. 1 sąd może orzec, oprócz lub w zastępstwie ustawowo przewidzianej kary, zakaz kontaktowania się za pomocą wszelkich środków lub zbliżania się na określonej

communicate by any means with the other person or that the person shall not approach within such distance as the court shall specify of the place of residence or employment of the other person.

(4) A person who fails to comply with the terms of an order under *subsection (3)* shall be guilty of an offence.

(5) If on the evidence the court is not satisfied that the person should be convicted of an offence under *subsection (1)*, the court may nevertheless make an order under *subsection (3)* upon an application to it in that behalf if, having regard to the evidence, the court is satisfied that it is in the interests of justice so to do.

odległość do miejsca zatrudnienia lub zamieszkania innej osoby w okresie wskazanym przez sąd.

(4) Osobę naruszającą warunki wymienione w par. 3 popełnia przestępstwo.

(5) Jeżeli zebrane dowody nie pozwalają na skazanie za przestępstwo określone w par. 1, sąd może niezależnie od tego orzec nakaz określony w par. 3 na wniosek, jeżeli, zgodnie ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, przemawia za tym interes wymiaru sprawiedliwości

b) model celu działania sprawca i uporczywości zachowań

W tej metodzie istota czynu zabronionego zostaje osadzona w zamiarze kierunkowym sprawcy lub zamiarze sprawcy dookreślonym przez szczególną motywację. Najczęściej konieczne staje się powiązanie z tym również uporczywości zachowania sprawcy, gdyż tylko przez tę cechę możliwe jest zdekodowanie zamiaru sprawcy i koniecznych okoliczności modalnych czynu. Używa się zatem konstrukcji podobnych do polskiego przestępstwa zmuszania, a więc kryminalizuje się postaci umyślnego naruszenia prywatności innej osoby w zamiarze zmuszenia jej do określonego działania, zaniechania lub znoszenia, czy też do wywołania u ofiary uczucia strachu. Przy formalnym ujęciu czynu zabronionego konieczne staje się wprowadzanie okoliczności wskazujących na uporczywość lub powtarzalność zachowania sprawcy. Zaletą tej metody jest bliskość polskiej tradycji kodeksowej, gdy idzie o konstrukcje przestępstw przeciwko wolności, wadą jest natomiast przesunięcie kryminalizacji na wielokrotność zachowań, która zakłada konieczność dłuższego poddania pokrzywdzonego oddziaływaniu sprawcy.

Belgia

Artykuł 442bis kodeksu karnego

Quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée, sera puni d'une peine d'emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de cinquante [euros] à trois cents [euros], ou de l'une de ces peines seulement. Le délit prévu par le présent article ne pourra être poursuivi que sur la plainte de la personne qui se prétend harcelée.

Artykuł 442bis kodeksu karnego

Kto nęka inną osobę, gdy wie lub powinien wiedzieć, że swoim zachowaniem doprowadzi do poważnego naruszenia jej spokoju, podlega karze pozbawienia wolności od 15 dni do 2 lat oraz karze grzywny w wysokości od 50 do 300 euro lub jednej z tych kar. Ściganie następuje jedynie na wniosek pokrzywdzonego.

c) model skutkowy (zsubiektywizowany lub zobiektywizowany)

W końcu, trzecia zasadnicza metoda opiera się na bezprawiu skutkowym, tzw. opisanu czynności sprawczej właściwej dla działań *stalkingowych* w powiązaniu z wystąpieniem skutku w postaci trwałego stanu niepokoju, obawy o bezpieczeństwo swoje lub innych osób, czy też zmiany zwyczajów. Dla zobiektywizowania tej formy typizacji postuluje się raczej używanie dookreślenia „uzasadnionego” skutku w powyżej opisanych postaciach, a to z tego powodu, że – jak powszechnie wiadomo – zdolność reagowania na bodźce psychiczne jest różna stąd określenie granicy kryminalizacji powinno być powiązane z pewną wypadkową uwarunkowań emocjonalnych człowieka. Z pewnością zaletą tej metody jest największa zgodność typu czynu zabronionego z chronionymi dobrami w sytuacji, w której katalog zachowań określanych mianem *stalkingu* nie jest precyzyjnie ustalony.

Niemcy

§ 238 StGB

(1) Wer einem Menschen unbefugt nachstellt, indem er beharrlich

1. seine räumliche Nähe aufsucht,
2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ihm herzustellen versucht,
3. unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt oder Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen,
4. ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahe stehenden Person bedroht oder
5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahe stehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahe stehenden Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

(4) In den Fällen des Absatzes 1 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

Artykuł 238 kodeksu karnego

(1) Kto nęka inną osobę poprzez:

- 1) poszukiwanie jej bliskości,
- 2) podejmowanie prób nawiązania z nią kontaktu za pośrednictwem urządzeń telekomunikacyjnych, innych środków komunikacji lub za pośrednictwem osoby trzeciej,
- 3) wykorzystanie jej danych osobowych do zamówienia dla niej towarów i usług lub w celu nakłonienia osoby trzeciej do nawiązania z nią kontaktu,
- 4) groźenie jej lub bliskiej jej osobie utratą życia, zdrowia lub pozbawieniem wolności, lub
- 5) zachowanie podobne i w ten sposób poważnie narusza jej spokój, podlega karze do 3 lat pozbawienia wolności lub karze grzywny.

(2) Kara pozbawienia wolności wynosi od 3 miesięcy do 5 lat, gdy sprawca stawia pokrzywdzonego, jego krewnego lub inną bliską mu osobę w sytuacji zagrożenia życia lub poważnego uszczerbku na zdrowiu.

(3) Jeżeli sprawca powoduje śmierć pokrzywdzonego, jej krewnego lub innej bliskiej mu osoby, podlega karze pozbawienia wolności od roku do 10 lat.

(4) Ściganie przestępstwa określonego w paragrafie 1 następuje na wniosek pokrzywdzonego, chyba że właściwy organ śledczy uzna, że sprawa ma istotne znaczenie społeczne.

Dania

Artykuł 265 kodeksu karnego

Den, der krænker nogens fred ved trods forud af politiet given advarsel at trænge ind på ham, forfølge ham med skriftlige henvendelser eller på anden lignende måde forulempe ham, straffes med bøde eller fængsel indtil 2 år. En af politiet meddelt advarsel har gyldighed for 5 år.

Artykuł 265 kodeksu karnego

Kto wbrew zakazowi wydanemu przez policję narusza spokój innej osoby nachodząc ją, naruszając tajemnicę korespondencji lub w inny podobny sposób, podlega karze grzywny lub karze do 2 lat pozbawienia wolności. Zakaz wydany przez policję obowiązuje przez 5 lat.

5.

Istotne znaczenie przy wyborze modelu kryminalizacji, w tym skorzystania z reżimu odpowiedzialności wykroczeniowej i karnej, ma problematyka procesowa, dotycząca kwestii zdolności organów ścigania do pozyskiwania dowodów.

Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (dalej: kpsw) w wąskim zakresie reguluje problematyką dowodów i procedury ich przeprowadzania. Dział V kpsw normuje problematykę wniosku dowodowego (rozdział 6) – w zasadzie odwołując się do regulacji kodeksu postępowania karnego (dalej: kpk) oraz procedurę przeprowadzania poszczególnych dowodów oraz przeszukania (rozdział 7). Zakres dowodów możliwych do przeprowadzenia jest – ze względu na materię prawa wykroczeń - istotnie węższy niż w przypadku postępowania karnego. Otóż, w kpsw można wskazać następujące środki dowodowe:

- 1) zeznania świadka,
- 2) opinia biegłego,
- 3) oględziny i eksperyment.

W celu znalezienia i zatrzymania przedmiotów podlegających oględzinom lub mogących stanowić dowód rzeczowy, kpsw przewiduje możliwość dokonania przeszukania pomieszczeń i innych miejsc, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że przedmioty te lub dowody tam się znajdują.

Kpsw nie przewiduje jednak środków dowodowych odpowiadających specyfice *stalkingu*. Biorąc pod uwagę, że jednym z często wskazywanych elementów opisu typu czynu zabronionego *stalkingu* jest nawiązywanie kontaktu z ofiarą wykorzystaniem urządzeń telekomunikacyjnych, należy wskazać w szczególności rozdział 26 kpk regulujący kontrolę i utrwalanie rozmów. Zgodnie z art. 237 par. 1, po wszczęciu postępowania sąd na wniosek prokuratora może zarządzić kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. W art. 237 par. 3 wskazano enumeratywny katalog przestępstw, w przypadku których można zastosować kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych. W celu objęcia *stalkingu* możliwością zastosowania omawianych tu środków dowodowych, należałoby rozszerzyć ten katalog.

W świetle zagadnienia *stalkingu* istotna wydaje się także możliwość przeszukania i zatrzymania rzeczy. Otóż, kpsw przewiduje taką możliwość, wskazując, że w celu znalezienia i zatrzymania przedmiotów podlegających oględzinom lub mogących stanowić

dowód rzeczowych, Policja, a w toku czynności wyjaśniających również inne organy je prowadzące, mogą dokonać przeszukania pomieszczeń i innych miejsc, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że przedmioty te lub dowody tam się znajdują (art. 44 par. 1 kpsw). Zgodnie z art. 44 par. 5 kpsw, przy przeprowadzeniu przeszukania i zatrzymania przedmiotów stosuje się odpowiednio przepisy art. 217, 221-234 i 236 kpk. W postępowaniu w sprawach o wykroczenia nie stosuje się natomiast art. 218 i 218a kpk, które mają, jak się wydaje, istotne znaczenie dla problematyki *stalkingu*. Zgodnie bowiem z art. 218 kpk, urzędy, instytucje i podmioty prowadzące działalność w dziedzinie poczty lub działalność telekomunikacyjną, urzędy celne oraz instytucje i przedsiębiorstwa transportowe obowiązane są wydać sądowi lub prokuratorowi, na żądanie zawarte w postanowieniu, korespondencję i przesyłki oraz dane, o których mowa w art. 180c i 180d ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, jeżeli mają znaczenie dla toczącego się postępowania. Na podstawie zaś art. 218a, urzędy, instytucje i podmioty prowadzące działalność telekomunikacyjną obowiązane są niezwłocznie zabezpieczyć, na żądanie sądu lub prokuratora zawarte w postanowieniu, na czas określony, nieprzekraczający jednak 90 dni, dane informatyczne przechowywane w urządzeniach zawierających te dane na nośniku lub w systemie informatycznym.

Należy rozważyć wprowadzenie możliwości stosowania art. 218 i 218a k.p.k. w postępowaniu wykroczeniowym. Tym bardziej, że uzyskiwanie bilingów mogłoby być pomocne nie tylko przy sprawach o wykroczenia z art. 107 kw, ale także, np. w sprawach z art. 66 kw (wywołanie fałszywego alarmu). Warto dodać, że w piśmiennictwie od dawna krytykuje się niemożność uzyskania bilingów w sprawach wykroczeniowych (por. A. Skowron, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia*, Gdańsk 2006, s. 199; podobnie A. Kiełtyka (w:) A. Kiełtyka, J. Paśkiewicz, M. Rogalski, A. Ważny, *Komentarz do art. 44 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia*, Warszawa 2009, wersja LEX), a praktycy skarżą się na związane z tym utrudnienia. Warto przy tym wskazać, że w postępowaniu wykroczeniowym dopuszczalne jest przeszukanie, które co najmniej w równym, o ile nie większym stopniu ingeruje w sferę prywatności obwinionego.

Odrębnej decyzji wymaga kwestia przewidzenia możliwości stosowania podsłuchu w postępowaniach dotyczących typu czynu zabronionego obejmującego zachowania *stalkingu*. Rozstrzygnięcie to jest pochodną oceny ciężaru wprowadzanego ewentualnie typu, bowiem katalog z art. 237 § 3 k.p.k. obejmuje jedynie najpoważniejsze przestępstwa.

6.

Proponowana konstrukcja kryminalizacji zakłada następujące rozwiązania:

- a) Wykorzystanie modelu skutkowego zobiektywizowanego przy zgeneralizowanym opisie czynności sprawczej, zakładającej posłużenie się syntetyczną metodą opisu typu czynu zabronionego. Użycie słowa „nęka” dostatecznie odda sens zachowań określanych mianem *stalkingu*, a jednocześnie pozostawia orzecznictwu wypracowania szczegółowej treści zakazu;
- b) Konieczne jest dookreślenie strony podmiotowej sprawcy, co zawęzi zakres kryminalizacji w odniesieniu do skutku naruszającego dobra pokrzywdzonego. Taką rolę należy powierzyć dodatkowemu znamieniu uporczywości zachowania sprawcy. Należy podkreślić, że słowo to nie zmienia elementów obiektywnych czynności sprawczej (samo pojęcie „nakłaniania” zawiera bowiem już wymóg powtarzalności),

ale tworzy obowiązek udowodnienia dodatkowej przesłanki podmiotowej, polegającej na pewnego rodzaju uporze sprawcy w działaniu na szkodę pokrzywdzonego (np. mającym miejsce po zakomunikowaniu przez pokrzywdzonego sprzeciwu odnoszącego się do naruszania jego prywatności).

- c) Należy założyć, że sprawca swoim zachowaniem może powodować strach u osoby nękaney lub osoby jej najbliższej, która nie jest bezpośrednim przedmiotem zachowań *stalkingowych*. To założenie powinna oddawać konstrukcja typu czynu zabronionego rozszerzająca pojęcie pokrzywdzonego na obie kategorie.
- d) Należy rozważyć użycie alternatywnego sposobu opisu czynności sprawczej obejmującego również zjawisko kradzieży tożsamości pokrzywdzonego, którego kryminalizacja powinna mieć miejsce na przedpolu skutku. Wskazane jest użycie znamienia mówiącego o „złośliwości” działania sprawcy, co ograniczy zasięg kryminalizacji do zamachów przeciwko osobie. Proponowane pojęcie „danych osobowych”, będących przedmiotem wykorzystania, jest szerokie i obejmuje m.in. wizerunek, o którym mowa w art. 191a KK.
- e) Prawidłowym miejscem umieszczenia zakazu karnego jest rozdział XXIII: Przesłanki przestępstwa przeciwko wolności przez wprowadzenie nowego typu w art. 190a;
- f) Konstrukcja przestępstwa powinna zakładać model ścigania na wniosek;
- g) Opowiadam się za wprowadzeniem typu kwalifikowanego związanego z targnięciem się pokrzywdzonego na własne życie;
- h) Poziom sankcji typu podstawowego powinien odpowiadać zagrożeniu z art. 190 KK (kara grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat trzech). W przypadku postulowanych typów kwalifikowanych sankcją być wyznaczone z uwzględnieniem art. 207 § 2 i 3 KK.

W konsekwencji, typ przestępstwa mógłby uzyskać następującą formę:

Art. 190a. § 1. Kto przez uporczywe nękanie innej osoby doprowadza ją lub osobę jej najbliższą do uzasadnionego odczuwania strachu lub narusza jej prywatność,

podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

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

§ 3. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 lub 2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca

Podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

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

Opracował:

Michał Królikowski, członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego

(z wykorzystaniem uwag zgłoszonych podczas spotkania Komisji 19 czerwca i 6 lipca 2010 roku oraz uwag pisemnych dr Małgorzaty Wąsek-Wiaderek)