

OPINIA W SPRAWIE ZASADNOŚCI KRYMINALIZACJI MOBBINGU

1. Przedmiot badania

Do Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego skierowano prośbę Ministra Sprawiedliwości o dokonanie oceny stanu prawnego pod kątem zbadania, czy istnieje potrzeba kryminalizacji mobbingu. Prośba ta wynikła z wystąpienia pani Elżbiety Radziszewskiej – Sekretarza Stanu Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania do Ministra Sprawiedliwości w referowanej sprawie. Jednocześnie Minister Sprawiedliwości zwrócił się do Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości o udzielenie informacji, czy badanie problematyki mobbingu stanowiło przedmiot dotychczasowych prac Instytutu; przy czym do czasu sporządzenia opinii Komisja wyników takich badań ani informacji o ich podjęciu nie otrzymała.

2. Struktura decyzji kryminalizacyjnej

Opisany powyżej stan rzeczy, w szczególności brak badań kryminologicznych, istotnie ogranicza możliwości przygotowania opinii przez Komisję Kodyfikacyjną. Przesłanki testu kryminalizacji Komisja zarysowała w Opinii dotyczącej zasadności kryminalizacji tzw. *stalkingu* oraz konstrukcji ewentualnego typu czynu zabronionego. Uznano wówczas, że prawidłowa struktura decyzji kryminalizacyjnej zawiera analizę prawidłowości wprowadzenia karalności, ukształtowania typu i możliwości wykładni zorientowanej na konstytucję, jak również określenie surowości i rodzaju sankcji. Analiza ta wymaga w szczególności:

- a) określenia przez pryzmat norm konstytucyjnych dóbr prawnych, które uzasadniają ingerencję karnoprawną w wolność jednostki;
- b) 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, gwarancyjną lub zakazem konstytucyjnym), w końcu – oceny relacji, w jakiej te wzorce pozostają względem

siebie;

- c) 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;
- d) oceny zasadności systemu represji karnej.

Zwraca się również uwagę na zasadę, że treść zakazów karnoprawnych powinna być wyznaczona przez słuszne zrównoważenie ogólnego interesu publicznego i interesów jednostkowych, dokonane na podstawie czytelnego wyboru priorytetów wobec istniejących możliwości działania państwa. Dodatkowo decyzję kryminalizacyjną należy odnieść do dwuwymiarowości pozytywnego obowiązku państwa związanego z konstrukcją praw podstawowych jednostki. Polega ona na tym, że w pierwszej kolejności należy zagwarantować poszanowanie istoty danego prawa, co bynajmniej nie sprowadza się jedynie do braku ingerencji w nią przez organy władzy publicznej ale promocję określonego systemu prawnego, w którym następuje jego umocnienie i egzekucja. Niekiedy to z tego właśnie obowiązku będzie wyprowadzana konieczność kryminalizacji, jednoznacznej i efektywnej. W drugiej zaś na państwie spoczywa obowiązek ochrony jednostki przed ingerencją w kompleks jej uprawnień, pochodzącą od osób trzecich.

Zasada proporcjonalności (stosunkowości) przewidziana w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, rozumiana jako granica prawa karania, winna być – także w przedmiotowym przypadku – dla celów prawidłowej analizy odniesiona odrębnie do konieczności zastosowania (określonego rodzaju) sankcji karnej, jak i do podstawy kryminalizacji.

Zasada konieczności sankcji karnej nakazuje, aby spośród środków skutecznych wybierać środki najmniej uciążliwe dla jednostki. Akt prawotwórczy jest niezgodny z Konstytucją, jeśli te same efekty można osiągnąć przy pomocy środków mniej uciążliwych. Analiza zgodności z Konstytucją danego rozwiązania ustawowego wymaga w związku z tym rozważenia, możliwych środków alternatywnych (porównywalnych przynajmniej we wzajemnej relacji między różnymi sposobami reakcji prawnokarnej) i określenia ich skuteczności. Zasada konieczności nakazuje ustalenie sankcji karnych na najniższym poziomie, przy którym można osiągnąć cele kary w zakresie prewencyjnym, jak również, przez dopełnienie innych aspektów zasady proporcjonalności, na poziomie odpowiadającym treści czynu (winy i szkody), do którego odnosi się daną sankcję karną. W literaturze potwierdzenie znajduje stanowisko, że konstytucyjna zasada

proporcjonalności nakazuje traktować jako *ultima ratio* nie tylko karę pozbawienia wolności, ale wszelkie inne rodzaje kar i środków penalnych, w tym środka karnego w postaci orzeczenia zakazu przedmiotów prowadzenia pojazdów.

Zasada proporcjonalności i jej uszczegółowienie w postaci zasady konieczności w zakresie zasad kryminalizacji oznacza nakaz określenia zachowań karalnych w możliwie najwęższy sposób. W polskiej literaturze nie rozwinięto szczegółowego testu dla weryfikacji konieczności regulacji prawnokarnych w odniesieniu do wolności konstytucyjnych. Propozycja metody takiej weryfikacji *ultima ratio* prawa karnego i kryminalizacji musi określić możliwe relacje proporcjonalności, jakie zachodzą między charakterem praw i wolności obywatelskich a możliwym celem ich ograniczenia (interesem publicznym), wskazanym przez art. 31 ust. 3 Konstytucji. Chodzi mianowicie o rozstrzygnięcie, jak rodzaj i treść praw i wolności obywatelskich ogranicza charakter interesu publicznego, który mógłby zasadnie przemawiać na rzecz ich ograniczenia. Innymi słowy, czy w zależności od wspomnianego rodzaju i treści praw przedmiotem badania proporcjonalności (i oceny spełnienia warunków wyznaczanych przez tę zasadę) po stronie interesu publicznego jest każdy powód o charakterze ogólnym (wówczas o proporcjonalności decyduje efektywność w realizacji interesu publicznego), czy też powód o szczególnej wadze (wówczas o proporcjonalności decyduje zarówno efektywność w realizacji interesu publicznego, jak i jego kwalifikowany charakter). W każdym z dwóch przypadków, dodatkowym punktem granicznym jest wyraźny wymóg art. 31 ust. 3 Konstytucji, by wprowadzane ograniczenie nie naruszało istoty wolności i praw.

Możliwość rozróżnienia praw i wolności konstytucyjnych na podstawie ich treści, które miałyby charakter hierarchizujący, nie budzi wątpliwości Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku z 10 listopada 1998 roku Trybunał podkreślił, że „istnieją materie, w których konstytucja wyznacza ustawodawcy znacznie ciaśniejsze ramy jego politycznej swobody regulowania ustawowego. [...] Odnosi się to w pierwszym rzędzie do normowania «klasycznych» (osobistych i politycznych) praw człowieka i obywatela”. W innym miejscu uzupełnił tę wypowiedź wskazując, że pozostałe prawa i wolności „mogą podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym”. Prawa „klasyczne”, o którym mówi Trybunał, w doktrynie praw człowieka nazywano prawami człowieka pierwszej generacji, zaliczając do nich prawa i wolności osobiste oraz polityczne, w szczególności prawo do życia, nietykalność osobista, prawo oporu przeciwko bezprawnej przemocy, nienaruszalność mieszkania, tajemnica korespondencji, prawo do przemieszczania się i wyboru miejsca zamieszkania; czynne i

bierne prawo wyborcze, wolność wyrażania opinii, wolność wyznania, wolność zrzeszania się, wolność zgromadzeń i wieców. W doktrynie akceptuje się założenie, że kryteria oceny ustawodawczych regulacji wkraczających w sferę wolności i praw gwarantowanych konstytucyjnie, w tym również odniesienie zasady proporcjonalności (stosunkowości) do charakteru interesu publicznego, może się różnić ze względu na rodzaj i treść ograniczanych praw i wolności. W związku tym można przyjąć, że w odniesieniu do praw podstawowych (fundamentalnych), ograniczenie ich wykonywania przez objęcie danego zachowania zakazem karnym jest możliwe jedynie wówczas, gdy przemawia na rzecz takiego rozwiązania *istotny* interes publiczny. W tym wypadku konstytucyjna zasada proporcjonalności oznacza badanie proporcji między prawem-wolnością a ograniczeniem wynikającym z zakazu karnego przede wszystkim przez przywołanie istotności interesu publicznego (dobra chronionego) wskazującego na konieczność ograniczenia wolności i praw obywatelskich. W ramach tego wąskiego katalogu praw i wolności wykazanie samej skuteczności kryminalizacji, a więc realnej zmiany zachowań obywateli, i uznanie jej za pożądaną nie wyczerpuje przesłanek zasady proporcjonalności. W odniesieniu do pozostałych praw i wolności obywateli nie jest konieczne zachowanie tak ścisłego rygoru oceny dopuszczalności powodów kryminalizacji – wystarczające jest wykazanie, że objęcie zakazem karnym danego zachowania pozostaje w ścisłym merytorycznym związku z interesem publicznym (dobrem chronionym), który zamierza się za pośrednictwem takiej decyzji realizować. Przykładem pierwszej z omawianych sytuacji może być wprowadzenie zakazu swobodnego przekraczania granicy państwowej, które jest zgodne z zasadą proporcjonalności dopiero wówczas, gdy w porównaniu do możliwych alternatywnych rozwiązań ustawowych jest najbardziej skuteczne w zmianie zachowań prowadzących do zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, przy czym nie ma wątpliwości, że zagrożenie jest na tyle poważne, że dochodzi do kwalifikacji interesu publicznego, która pozwala na ograniczenie jednego z podstawowych praw osobistych, jakim jest wolność poruszania się. Przykładem drugiej sytuacji jest decyzja o zaostrzonym traktowaniu sprawców wypadków drogowych prowadzących pojazd w stanie nietrzeźwości, która pozostaje w zgodzie z zasadą proporcjonalności już w sytuacji, gdy można wykazać, że w porównaniu do możliwych alternatywnych rozwiązań ustawowych jest ono najbardziej skuteczne w zmianie zachowań, koniecznej dla zagwarantowania interesu publicznego w postaci bezpieczeństwa w komunikacji. Oczywiście, w obu przypadkach dodatkowym punktem ocennym jest stwierdzenie, czy ograniczenie nie narusza istoty wolności i praw.

Tak opisane pozytywne przesłanki kryminalizacji mogą być ujmowane negatywnie – brak przekroczenia punktu granicznego wyznaczonego przez zasadę proporcjonalności przesądza na rzecz decyzji o odstąpieniu od objęcia danego zachowania zakazem karnym. Co więcej, ze

względu na normatywny kontekst demokratyczno-liberalny, aspekt negatywny zasady *ultima ratio* prawa karnego wydaje się punktem wyjścia dla oceny zgodności z Konstytucją (i wyrażoną w niej zasadą proporcjonalności) wprowadzenia lub istnienia zakazu karnego w określonej treści.

Ocena zasadności kryminalizacji mobbingu powinna 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 zapisu czynu zabronionego, w tym odpowiednią syntetyczność opisu czynności sprawczej. Należy także rozważyć wykorzystanie różnych poziomów ochrony represyjnej, w tym wykroczeniowej i karnej, jak również powiązanie systemu odpowiedzialności represyjnej z odszkodowawczą i innymi formami skłaniającymi środowisko ofiary mobbingu do działań prewencyjnych i naprawczych.

3. Identyfikacja zjawiska

Zjawisko mobbingu zostało opisane po raz pierwszy w raporcie z badań przeprowadzonych przez Heinza Leymanna i Anneli Gustafssona w latach 1982-1983 w Szwecji, opublikowanym przez *The National Board of Occupational Safety and Health* w 1984 roku. Pojęciem mobbingu autorzy ci określili rodzaj psychospołecznych relacji międzyludzkich w miejscu pracy, charakteryzujących ni – najogólniej rzecz ujmując – wrogim nękaniami pracownika przez innych pracowników lub przełożonych. Zjawisko to samo w sobie nie jest nowe, natomiast spojrzenie na konflikt w miejscu pracy od strony zdrowia fizycznego i psychicznego jednostki, jej godności i praw pracowniczych stworzyło nową perspektywę badawczą, która pozwoliła wyodrębnić zjawisko mobbingu. Mobbing w miejscu pracy lub w związku z pracą jest definiowany w ogólności jako wrogie i nieetyczne, systematycznie powtarzające się zachowanie skierowane wobec innej osoby, którego skutkiem jest psychiczna, psychosomatyczna lub społeczna deprawacja człowieka. Skutki mobbingu są istotne: ze względu na trwałość zachowania względem ofiary i reakcyjny dynamizm zdolności do bycia skrzywdzonym osoby pokrzywdzone są ze względu na poniesione szkody psychiczne na długi czas lub nawet trwale usunięte z rynku pracy. (Szerzej zob. L. Lewandowska, M. Nawrocki, Skutki mobbingu i dyskryminacji – dla pracowników, pracodawców, społeczeństwa, *Monitor Prawa Pracy* 2010, nr 10, s 520 i n.; W. Cieślak, J. Stelina, Mobbing (prześladowanie) – próba definicji i wybrane zagadnienia prawne, *Palestra* 2003, nr 9-10, s. 72 i n.).

W Polsce nie przeprowadzono jak dotąd całościowych badań kryminologicznych dotyczących występowania i charakterystyki zjawiska mobbingu. Nieliczne dane pochodzą z badań CBOS, badań Zakładu Psychologii Praw Instytutu Medycyny Pracy (IMP) z lat 2002 i 2004, Pomorskiego Instytutu Demokratycznego z 2002 roku oraz z badań zleconych przez Demokratyczną Unię Kobiet we Wrocławiu i Dolnośląskie Forum Stowarzyszeń i Środowisk Kobiety z 2003 roku. W skali Europejskiej zjawisko mobbingu jest badane regularnie przez *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*. Badania te nie posługiwały się jednolitą metodologią ani nawet zbieżną definicją mobbingu. Zasadniczo jednak w badaniach o ogólnym charakterze, niesprofilowanym do określonej grupy zawodowej, i przy wąskim ujęciu definicji mobbingu zakładającej uporczywość i długotrwałość, wskazuje się na 4-5% populacji, które w swojej ocenie były w przeszłości ofiarami mobbingu. Wskazuje się na częstszą wiktymizację kobiet oraz na częstsze występowanie zjawiska w dużych zakładach pracy (powyżej 250 osób). (Zob. odpowiednio: Szykany w miejscu pracy, komunikat CBOS nr 2731 z 26 czerwca 2002 roku, D. Merez, A. Mościcka, M. Drabek, *Mobbing w środowisku pracy. Charakterystyka zjawiska, jego konsekwencje, aspekty prawne i sposoby przeciwdziałania*, Instytut Medycyny Pracy, Łódź 2005; *The Fourth European Working Conditions Survey*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2006; J. Marciniak, *Przeciwdziałanie mobbingowi w miejscu pracy*, Warszawa 2008).

4. Uwagi komparatystyczne

Analiza porównawcza regulacji dotyczących mobbingu nie pozwala na wyciągnięcie wielu szczegółowych wniosków. Kilka z nich można jednak z pewnością uwypuklić. Przede wszystkim można dostrzec dwie zasadnicze metody w ujęciu regulacji prawnych; co ważne, wszystkich a nie tylko karnych. Pierwsza metoda, właściwa dla kręgu anglosaskiego, wynika z paradygmatu dyskryminacyjnego. W tej perspektywie powodem regulacji przeciwko mobbingowi jest naruszenie reguł równościowych i zasad słuszności w organizacji podziału obowiązku i środowiska pracy. Druga metoda, właściwa dla większości państw europejskich, jest przedłużeniem paradygmatu godnościowego. W tej perspektywie akcentuje się pozycję ofiary, jej wartość i konieczność zagwarantowania warunków rozpoznania i poszanowania tej godności (G.S. Friedman, J.Q. Whitman, *The European Transformation of Harassment Law: Discrimination*

versus Dignity, Yale Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 37).

Należy podkreślić, że większość regulacji nie ma charakteru karnego. Z jednej strony są one bardzo szczegółowe, zarówno w zakresie opisu czynności sprawczej oraz metod postępowania w przypadku poczucia wiktyimizacji u danej osoby oraz z już wykrytymi przypadkami mobbingu. Z drugiej strony regulacje te zasadniczo zatrzymują się w momencie wprowadzenia bezprawności zachowania mobbera oraz stworzenia systemu odszkodowawczego, naprawczego i prewencyjnego. W nielicznych krajach wprowadzona jest dodatkowo możliwość odpowiedzialności karnej, przy czym poziom represji jest minimalny. Dla przykładu, w Belgii jest to kara pozbawienia wolności od ośmiu dni do jednego miesiąca i kara grzywny od 26 do 500 euro. Karze tej może być poddany sprawca mobbingu, który nie zaprzestał bezprawnego zachowania po wezwaniu ich do tego przez sąd. Osoby, które utrudniały wykonywanie nadzoru antymobbingowego, wprowadzonego przez regulacje prawne, mogą ponieść odpowiedzialność karną w wysokości kary pozbawienia wolności od ośmiu dni do trzech miesięcy i kary grzywny od 50 do 1000 euro. (Regulacje Szwecji, Francji i Belgii omawia M. Chakowski, w: Regulacje prawne mobbingu w Szwecji, Francji i Belgii, Monitor Prawa Pracy, 2005, nr 9, s. 248 i n.; w zakresie innych, wybranych krajów europejskich oraz w USA zob. B. Kłós, Skala zjawiska mobbingu w Polsce. Regulacje prawne dotyczące mobbingu w prawie Unii Europejskiej i w wybranych krajach UE oraz w USA, opinia Biura Analiz Sejmowych nr BAS-WASiG-678, niepublikowana).

5. Analiza regulacji prawnej w Polsce

Analiza regulacji mobbingu powinna sięgnąć, jako zasad ustrojowych, art. 30 Konstytucji RP, który ustanawia paradygmat poszanowania i ochrony przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka. Towarzyszy mu zasada równości praw kobiety i mężczyzny w życiu społecznym i gospodarczym, wypowiedziana przez art. 33 ust. 1, dookreślona w ust. 2 przywołanego przepisu przez równo prawo do zatrudnienia i awansów, do jednakowego wynagradzania za pracę jednakowej wartości, do zajmowania stanowisk i pełnienia funkcji, uzyskiwania godności publicznych i odznaczeń. W końcu konstytucyjna gwarancja z art. 66 ust. 1, że każdy ma prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. W tym ostatnim przypadku pojęcie konstytucyjne

należy odczytywać przez pryzmat ustawy wykonawczej (zob. zdanie drugie przywołanego przepisu). Należy podkreślić, że art. 33 Konstytucji RP tworzy wzorzec oceny postępowania nie tylko wobec organów władzy publicznej, ale również względem podmiotów niepublicznych (tak wyraźnie wyr. TK z 13 kwietnia 2000, K. 15/99, poz. 137).

Zwraca uwagę również pewna różnica w konstrukcji odnośnych standardów ochrony, a mianowicie art. 33 Konstytucji wprowadza zasadę równości, zaś art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka zakaz dyskryminacji, przy czym posługuje się on większym katalogiem przesłanek zakazanej dyskryminacji, niż tylko płeć. Różnica między takimi sformułowaniami polega na tym, że pierwsza regulacja w istocie mówi o nakazie równego traktowania podmiotów podobnych, zaś druga o zakazie dyskryminacji ze względu na określone kryteria. Odmienności te nie są dostatecznie konsekwentnie uwzględniane w orzecznictwie i literaturze, co powoduje mieszaniem się argumentacji wywodzonej z obu wzorców. (Zob. L. Garlicki, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wydawnictwo Sejmowe, uw. do art. 33; A. Wróbel, w: L. Garlicki (red.), *Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2010, uw. do art. 14). W tym jednak duchu należy zaakcentować wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, w myśl których dopuszczał on – co prawda przed wejściem w życie obowiązującej Konstytucji – tzw. uprzywilejowanie wyrównujące, a więc zróżnicowanie na rzecz kobiety, które będzie zapewniać kobiecie faktyczną równość w zatrudnieniu, jako uzasadnione wartościami konstytucyjnymi takimi jak ogólna zasada sprawiedliwości społecznej i szczególna zasada równouprawnienia (zob. wyr. z 29 września 1997 roku, K 17/97).

W systemie prawa unijnego kryteria harmonizujące są bardziej szczegółowe i w większym stopniu nawiązujące do paradygmatu dyskryminującego. Do podstawowych aktów prawnych z tego zakresu przedmiotowego należy zaliczyć dyrektywę 2006/54/WE z 5 lipca 2006 roku w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy oraz dyrektywy 2000/78/WE oraz 2000/43/WE.

Analizując krajowy porządek regulacji ustawowej należy rozpocząć od kluczowego w tym zakresie art. 94³ Kodeksu pracy. Przewiduje on jednoznaczny obowiązek pracodawcy przeciwdziałania mobbingowi i wprowadza sankcje w postaci możliwości dochodzenia zadośćuczynienia za doznaną krzywdę lub odszkodowania. Mobbing jest w nim ujęty jako działania lub zachowania dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi,

polegające na uporczywym i długotrwałym nękaniu lub zastraszaniu pracownika, wywołujące u niego zaniżoną ocenę przydatności zawodowej, powodujące lub mające na celu powodować poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników. W orzecznictwie uznaje się mobbing za kwalifikowany delikt prawa pracy, a sankcje za jego stosowanie traktuje się jako zdarzenia prawa pracy, choć orzekane z uwzględnieniem judykatury z zakresu zadośćuczynienia za doznaną krzywdę (art. 445 par. 1 i art. 448 k.c.) oraz kompensaty szkody wywołanej rozstrojem zdrowia (art. 444 par. 1 k.c.) (wyr. SN z 29 marca 2007 roku, II PK 228/06). Co więcej, istotę bezprawności zaniechania pracodawcy w przeciwdziałaniu mobbingowi osadza się również w art. 11¹ k.p., który nakłada na pracodawcę obowiązek szanowania godności i innych dóbr osobistych pracownika (wyr. SA w Katowicach z 15 grudnia 2006 roku, III Apa 170/05; wyr. SA w Poznaniu z 28 lutego 2008 roku, III APa 2/08). Tę dość ogólną definicję mobbingu dookreśliło orzecznictwo wskazując na:

- a) konieczność dowodu wykraczającego poza subiektywne odczucia osoby mobbingowanej (wyr. SN z 7 maja 2009 roku, III PK 2/09; wyr. SN z 4 listopada 2008 roku, II PK 88/08),
- b) brak konieczności dowodu zamiaru kierunkowego ani wystąpienia skutku (ibidem),
- c) możliwość odpowiedzialności za nieumyślne zachowanie odpowiadające cechom definicji kodeksowej (wyr. SN z 16 marca 2010 roku, I PK 203/09),
- d) brak możliwości zgeneralizowania cech długotrwałości nękania lub zastraszania w rozumieniu definicji kodeksowej i konieczność rozpatrywania *a casu ad casum* (wyr. SN z 17 stycznia 2007 roku, I PK 176/06).

Dodatkowy obowiązek pracodawcy wprowadza art. 94 pkt 2b, zgodnie z którym pracodawca jest zobowiązany przeciwdziałać dyskryminacji w zatrudnieniu, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także ze względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Powyższe regulacje należy odnieść do rozdziału IIa Kodeksu pracy, zatytułowanego równe traktowanie w zatrudnieniu. W nim znalazły się m.in.: zasada niedyskryminacji w zatrudnieniu, pojęcie dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej, molestowania i molestowania seksualnego. Ustawa z 3 grudnia 2010 roku o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (DzU nr 254, poz. 1700) wprowadziła do systemu prawnego równoległe definicje tych pojęć, zmieniając jednak w Kodeksie pracy

wyłączając jedynie w nowelizowanym art. 18^{3b} par. 4 z zakresu nierównego traktowania niektóre ograniczenia w zatrudnieniu w przypadku placówek prowadzonych przez kościoły, związki wyznaniowe i organizacje, których działanie opiera się na założeniach religijnych, światopoglądowych lub etycznych. W konsekwencji, należy uznać, że zdecydowana większość zachowań, które potocznie ujmuje się jako mobbing jest bezprawne w świetle Kodeksu pracy i Ustawy o wdrożeniu..., zaś w odniesieniu do definicji mobbingu w ścisłym ujęciu Kodeks pracy przewiduje sankcje odszkodowawcze i kompensacyjne.

Odnosząc się do kwestii karalności zachowań kwalifikowanych jako mobbing należy zwrócić uwagę na przepisy rozdziału XXVII Kodeksu karnego: Przepięstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową. Podstawowy typ z art. 218 par. 1 k.k. zakłada odpowiedzialność osoby, która wykonując czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń, złośliwie lub uporczywie narusza prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego. Przepis ten kreuje blankietowy i dopełniający typ czynu zabronionego, który wprowadza karalność szczególnych postaci działania bezprawnego w świetle prawa pracy. Pojęcie praw pracownika należy przy tym traktować szeroko, obejmując nim wiązkę uprawnień wynikających wprost z umowy o pracę, jak i z zespołu norm kodeksowych mających zastosowanie do stosunku pracy zawiązanego na podstawie umownej (podobnie W. Wróbel, [w:] A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, Kraków 2007, uw. do art. 218, przy czym autor ten rozciąga ochronę z tego przepisu również na sytuację osób pozostających w ramach stosunku cywilnoprawnego, którego treść bliska jest stosunkowi pracy). Należy również uznać, że tam, gdzie Kodeks pracy mówi o obowiązkach pracodawcy względem pracownika, odpowiednio kreuje prawa pracownika do tego, by pracodawca wypełnił swoją powinność w tym zakresie.

Należy wskazać na kilka momentów, w których regulacja prawa pracy i karna nie są w pełni zbieżne lub dookreślić zakres blankietu z art. 218 par. 1 k.k. Przede wszystkim wyłączone z zakresu ochrony karnoprawnej będą osoby pozostające w stosunku służbowym w formacjach zmilitaryzowanych, takich jak wojsko, Policja, Straż Graniczna itp., ze względu na to, że według kryteriów prawa pracy nie są one traktowane jako osoby pozostające w stosunku pracy. Kolejne zagadnienie wiąże się z tym, że odesłanie z przepisu karnego nie obejmuje uprawnień wynikających ze zbiorowego prawa pracy. W przypadku znamienia „złośliwości” wynikające z niego zawężenie strony podmiotowej powoduje, że poza zakresem kryminalizacji będzie wynikało dyskryminacja odpryskowa, tj. wynikająca z faworyzowania innej osoby.

Co do zasady należy jednak uznać, że w odniesieniu do mobbingu według definicji z art. 94³ k.p. w art. 218 par. 1 k.k. przewidziano odpowiedzialność karną pracodawcy lub osoby, która w imieniu pracodawcy wykonuje czynności w sprawach zakresu prawa pracy lub ubezpieczeń społecznych. To samo dotyczy wskazanych powyżej zakazów dyskryminacji, molestowania i molestowania seksualnego, a więc wówczas, gdy zamach jest skierowany bezpośrednio na godność i integralność psychofizyczną ofiary (art. 18³a par 5 pkt 2 i par 6 k.p.). Podobne stanowisko prezentują M. Bosak, A. Danilewicz, *Odpowiedzialność cywilna i karna za mobbing*, Prokuratura i Prawo 2010, z. 4, s. 101 i n. Pole kryminalizacji jest co prawda węższe niż zakres bezprawności zachowań mobbera wypowiedzianej w innych niż karna gałęziach prawa. Nie powinno to co do zasady dziwić, ze względu na uznaną i poddaną powyżej analizie zasadę

6. Ocena ewentualnej decyzji kryminalizacyjnej

Wobec konkluzji, że obowiązująca regulacja przewiduje w art. 218 par. 1 k.k. karalność mobbingu w przypadku, gdy jego sprawcą jest pracodawca lub osoba, która w imieniu pracodawcy wykonuje czynności w sprawach zakresu prawa pracy lub ubezpieczeń społecznych, należy ustalić, czego miałyby dotyczyć ewentualna decyzja kryminalizacyjna. Mogłaby objąć następujące sytuacje:

- a) konieczność zwiększenia zakresu kryminalizacji ze względu na typowość realizowania zachowań sprawczych przez inny podmiot niż ten, o którym mowa wyżej;
- b) konieczność zwiększenia zakresu kryminalizacji ze względu na zbyt wąski zakres definicji mobbingu w stosunku do zakresu wiktyimizacji w związku z deprawacją dobrostanu ofiary w wyniku działań o podobnym do mobbingu (według obecnej definicji) charakterze i ciężarze;
- c) potrzeba przeniesienia zakazu w inne miejsce w systemie rodzajowych dóbr chronionych i wyakcentowania bezpośrednio naruszanego indywidualnego dobra chronionego;
- d) potrzeba zmiany systemu sankcji karnych lub modyfikacji typu czynu zabronionego.

Wszystkie te sytuacje należy rozpatrzyć przy tym w kontekście wskazanych w niniejszej opinii warunków składających się na strukturę argumentacji decyzji kryminalizacyjnej. Jej podstawą jest jednak posiadanie wiedzy o zjawisku, jakie ma być przedmiotem regulacji, czy – jak w tym

przypadku – jej modyfikacji.

Wobec wspomnianego na początku opinii braku szczegółowych danych z badań kryminologicznych, w szczególności wiktyimizacyjnych, nie jest możliwe ustosunkowanie się w jakimkolwiek zakresie do kwestii w pkt. a) i b), zaś analiza dwóch pozostałych może być jedynie ograniczona i przeprowadzona na poziomie normatywnym jedynie na podstawie wzajemnych relacji znamion typów czynów zabronionych. W istocie zagadnienie sprowadza się do wątpliwości, czy zasadne byłoby uzupełnienie rozdziału XXIII: Przestępstwa przeciwko wolności o typ czynu zabronionego przenoszącego w definicję mobbingu i w ten sposób bezpośrednio zaakcentowanie wolności jednostki od poniżającego traktowania jako dobra chronionego oraz potencjalne rozszerzenie kategorii podmiotu czynu zabronionego.

Konieczna jest uwaga o tym, że niektóre postaci mobbingu mogą może być również podstawą odpowiedzialności karnej za inne typy czynów zabronionych, w szczególności: znęcanie się w odniesieniu do osoby pozostającej w stosunku zależności względem sprawcy (art. 207 k.k.), doprowadzenie do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonywania takiej czynności przez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia pokrzywdzonego (art. 199 par. 1 k.k.), ograniczenie człowieka w przysługujących mu prawach ze względu na jego przynależność wyznaniową lub bezwyznaniowość (art. 194 k.k.), zniesławienie (art. 212 par 1 k.k.), stosowanie groźby bezprawnej w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia (art. 191 k.k.). W tych przypadkach rozszerzona jest kategoria podmiotu realizującego znamiona. W większości przypadków wielość ocen karnoprawnych w zakresie, gdy podmiotem sprawczym będzie pracodawca lub osoba wykonująca w jego imieniu czynności z zakresu prawa pracy może wystąpić miejsce pozorny zbieg przepisów, który ze względu na hierarchię dóbr chronionych i rodzaj swego rodzaju kwalifikacji należałoby najpewniej przesądzić na rzecz art. 191, 194, 199 par. 1 i 207 k.k. Bezpośrednia kryminalizacja mobbingu mogłaby być w praktyce traktowana jako *lex specialis* wobec wspomnianych regulacji i wbrew domniemanym intencjom autorów pytania do Komisji Kodyfikacyjnej – skutkować obniżeniem poziomu ochrony karnoprawnej ofiar szczególnie drastycznym przypadkom mobbingu. Nie przesądzając ostatecznie, w przypadku art. 212 par. 1 i 218 k.k. należy raczej rozważyć konstrukcję realnego zbiegu przepisów i w tym zakresie bezpośrednia kryminalizacja mobbingu nie wprowadzałaby istotnej zmiany.

Umieszczenie bezpośredniej kryminalizacji mobbingu w rozdziale XXIII wymagałoby

dostosowania sankcji do zakazu z art. 190 k.k., a więc zagrożenia identycznego z sankcjami przewidzianymi w art. 218 par. 1 k.k. Trudno jest natomiast ustosunkować się do zamierzenia o zmianie odpowiedzialności karnej za mobbing z przestępstwa indywidualnego na przestępstwo powszechne wobec braku dostępności wiedzy o strukturze typowego sprawstwa.

Wobec powyższego Komisja Kodyfikacyjna zajmuje stanowisko przeciwko bezpośredniej kryminalizacji zachowań mobbingu w rozdziale XXIII k.k., dopowiadając zastrzeżenie, że stanowisko to może ulec zmianie w przypadku otrzymania szczegółowych danych kryminologicznych.

Opracował:

dr Michał Królikowski

członek KKPK