

Wykładnia prokonstytucyjna w praktyce. Przykład stalkingu



Krzysztof Szczucki

Doktor nauk prawnych, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, autor publikacji z zakresu prawa karnego, filozofii prawa, bioetyki.

The Practice of Making an Interpretation in a Constitutional Context. The Example of Stalking

When introducing a new type of criminal offence, i.e. making the decision to criminalize something or to modify the present regulations, the lawmaker is obliged to take into account the constitutional context. In consequence, it means that the lawmaker must indicate the values, colliding with themselves, related to the planned regulation. Next, keeping the rule of proportionality in mind, the norm should be made in such a way that corresponds to and fits to the system of values expressed in the Constitution of Poland. The aim of this article is to show the practical aspect of proconstitutional interpretation in Polish criminal law based on the example of a new type of criminal offence that is on the example of stalking.

Wstęp

Badania prowadzone nad zagadnieniem relacji między Konstytucją RP i prawem karnym, a zwłaszcza dotyczące problematyki wykładni prokonstytucyjnej dóbr chronionych w polskim prawie karnym, prowadzą do wniosku wskazującego trzy płaszczyzny stosowania Konstytucji RP w obszarze prawa karnego: wykładnię prokonstytucyjną dóbr chronionych na etapie podejmowania decyzji kryminalizacyjnej, płaszczyznę wprowadzania konstrukcji pełniących funkcję sprawiedliwości korygującej i w końcu wykładnię prokonstytucyjną prowadzoną przez organy stosu-

jące prawo karne¹. Mając na uwadze temat przewodni niniejszego

¹ Na temat wykładni prokonstytucyjnej piszę więcej w: *Wykładnia prokonstytucyjna dóbr chronionych w polskim prawie karnym*, niepublikowana rozprawa doktorska, dostępna w Bibliotece Wydziału Prawa i Administracji UW; *W poszukiwaniu dóbr chronionych w Konstytucji*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 4–5(6–7), s. 46 i n.; *Kryminalizacja w imię dobra wspólnego. Kilka uwag na marginesie książki Marka Piechowiaka „Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego”*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, z. 1, s. 289 i n.; *Dobro wspólne u podstaw decyzji kryminalizacyjnej* (w:) W. Arndt, F. Longchamps de Bérier,

opracowania, należy zwrócić uwagę przede wszystkim na pierwszą spośród wymienionych płaszczyzn.

Ustawodawca, rozważając wprowadzenie do systemu nowego typu czynu zabronionego, a więc podejmujący decyzję kryminalizacyjną, lub też modyfikujący obowiązujący już zakres kryminalizacji, zobowiązany jest do sięgnięcia do kontekstu konstytucyjnego, a w konsekwencji do wskazania dóbr, których kolizja wiąże się bezpośrednio z planowanym rozstrzygnięciem normatywnym. U podstaw takiej decyzji zawsze można zrekonstruować kolidujące dobra, z których jednym będzie wolność człowieka, poddawana ingerencji przez decyzję kryminalizacyjną. Następnie, stosując dyrektywy testu proporcjonalności, a także uwzględniając kryterium materialne w postaci stopnia relacji do zasad naczelnych, jakimi są dobro wspólne i godność człowieka, ustawodawca powinien ustalić, czy planowane rozstrzygnięcie znajduje uzasadnienie w kontekście konstytucyjnym, oraz tak ukształtować brzmienie normy prawnej, aby nie naruszało dyrektyw proporcjonalności². Należy tak sformułować normę, aby najpełniej oddawała system dóbr wypowiedzianych w Konstytucji RP (kontekst konstytucyjny), odzwierciedlający się szczególnie w wyniku testu proporcjonalności.

K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2013, s. 266 i n.

- 2 Więcej na temat zasady proporcjonalności i jej zastosowania w prawie karnym: K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 136 i n. Kluczowym zagadnieniem w omawianiu proporcjonalności są przesłanki: konieczności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto*. Por. K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania* (w:) A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 297 i n.; M. Piechowiak, *Klauzula limitacyjna a nienaruszalność praw i godności*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 2, s. 56–57; tenże, *W sprawie stosowności klauzuli limitacyjnej z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP do art. 38 dotyczącego ochrony życia* (w:) T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Dylematy praw człowieka*, Toruń 2008, s. 82–83; A. Stepkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej*, Warszawa 2010, s. 194. W oparciu o Konstytucję RP można zrekonstruować dwie zasady kierunkowe, pozwalające na rozstrzyganie kolizji między dobrami, tj. godność i dobro wspólne. Por. K. Szczucki, *W poszukiwaniu...*, dz. cyt., s. 56–57; tenże, *Dobro wspólne u podstaw...*, dz. cyt., s. 276–278.

Celem niniejszego opracowania jest ukazanie praktycznego wymiaru wykładni prokonstytucyjnej dóbr chronionych w polskim prawie karnym, na przykładzie stosunkowo nowego typu czynu zabronionego, kryminalizującego stalking.

Zjawisko stalkingu

Model wykładni prokonstytucyjnej dóbr chronionych w polskim prawie karnym, jak zauważono już wyżej, zawiera trzy etapy harmonizowania prawa karnego z kontekstem konstytucyjnym. W tej części rozważań, korzystając z przykładu typu czynu zabronionego opisanego w art. 190a k.k., uwaga zostanie skoncentrowana na problematyce podejmowania decyzji kryminalizacyjnej oraz na – bardzo podobnym w tym zakresie – schemacie stosowania prawa karnego przez sąd. Przykład stalkingu jest dlatego szczególnie ciekawy, ponieważ stanowi stosunkowo nowy typ czynu zabronionego, wciąż mogący budzić pewne trudności w procesie wykładni, a nadto doskonale oddający znaczenie ustawy zasadniczej w procesie konstruowania i interpretowania typów czynów zabronionych³. W pierwszej kolejności należy zwięźle opisać zjawisko stalkingu, tak aby w efekcie zrekonstruować dobra chronione i naruszane przez wprowadzenie czynu zabronionego zakazującego zachowań mieszczących się w zakresie znamion wskazanego tu typu.

W uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, w którym zaproponowano wprowadzenie do kodeksu karnego art. 190a, wskazano, że z badań przeprowadzonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości w 2009 r. wynika, iż ofiarami kryminalizowanego zjawiska mogło być nawet trzy miliony Polaków⁴. Osoby badane wskazywały najczęściej, iż doświadczyły zachowań polegających na: „rozpowszechnianiu plotek i oszczerstw, nawiązywaniu kontaktu za pomocą osób trzecich, groźbach lub szantażu, częstych, głośnych, obscenicznych telefonach, groźbach pod adresem najbliższych, niechcianych li-

3 Art. 190a k.k. dodano ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. nr 72, poz. 381). Ustawa weszła w życie 6 czerwca 2011 r.

4 Druk nr 3553, archiwum Sejmu RP VI kadencji, <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/3553.htm> (dostęp 23 maja 2013 r.) – dalej: druk nr 3553.

stach, e-mailach lub SMS-ach, niechcianym robieniu zdjęć, niszczeniu rzeczy, niechcianym dotyku, upublicznianiu wizerunku ofiary i innych”⁵. Wskazywane zachowania polegające na nękanii i szykanowaniu wywoływały u badanych liczne komplikacje i zabu-

Stalking nie doczekał się powszechnie zaakceptowanej definicji, niemniej za Jolantą Kosińską można określić go jako „postępowanie sprawcy skierowane bezpośrednio do osoby prześladowanej, obejmujące powtarzające się fizyczne lub wirtualne zbliżanie się



„Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

zenia, zmuszając nierzadko do wprowadzenia istotnych zmian w ich życiu i życiu osób im najbliższych: „Ponad połowa miała w związku z takim zdarzeniem problemy natury emocjonalnej lub innej natury psychicznej. Wskazywano najczęściej na przygnębienie, utratę poczucia bezpieczeństwa i strach, a także złość i irytację. Co trzecia ofiara obawiała się wyjścia z domu, co czwarta deklarowała objawy agresji lub rozkojarzenia. Wielu pokrzywdzonych deklarowało symptomy poważnych zaburzeń sfery psychiki (...). U ofiar występowały również dolegliwości fizyczne, które deklarował co czwarty pokrzywdzony, a niespełna połowa respondentów była zmuszona do korzystania z pomocy lekarskiej. Co szósta ofiara zadeklarowała, że w wyniku uporczywego nękania utraciła lub zmieniła pracę, zaś co dziewięć była zmuszona do zmiany miejsca zamieszkania”⁶. Przytłaczająca większość, bo aż 87% badanych, opowiedziało się też za penalizacją uporczywego nękania”.

⁵ Tamże.

⁶ Tamże.

⁷ Więcej na temat wyników badań: A. Siemaszko (red.), B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w Polsce. Rozmiary – formy – skutki. Raport z badania nt. uporczywego nękania*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII, s. 45 i n.

do danej osoby, komunikowanie się wbrew jej woli lub werbalne i pisemne groźby, które u każdej myślącej osoby mogą wywołać strach”⁸. Ustawodawca polski, rozważając możliwość karnoprawnej reakcji na opisywane tu zjawisko, mógł czerpać z doświadczeń innych państw, które wcześniej podjęły taką decyzję, tj. z ustawodawstw poszczególnych stanów USA, Kanady, Australii czy też niektórych państw Unii Europejskiej⁹.

Ustawodawca zdecydował się na skonstruowanie nowego typu czynu zabronionego, składającego się z następujących znamion ustawowej określoności: „Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Nadto tej samej karze podlega, „kto, podszywając się pod inną osobę, wykorzystując jej wizerunek lub inne jej dane osobowe w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej”. W art. 190a § 3 k.k. wprowadzono typ kwalifikowany przez następstwo w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie.

⁸ J. Kosińska, *Prawnokarna problematyka stalkingu*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10, s. 33.

⁹ Druk nr 3553. Por. też J. J. Bąkowski, *Karanie za stalking w świetle praktyki państw obcych*, „Palestra” 2013, nr 1–2, s. 292 i n.

Z punktu widzenia strony przedmiotowej, a więc zakresu zastosowania normy sankcjonującej, zakazującej określonych ingerencji w dobro chronione, zauważyć należy, że ustawodawca nie kryminalizuje pojedynczych zdarzeń, mających charakter jednorazowy¹⁰. Już samo pojęcie nękania zakłada pewną intensywność oraz powtarzalność, uciążliwą dla adresata tych zachowań, uwypukloną przez prawodawcę znamieniem uporczywości.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że typy czynów zabronionych zawarte w art. 190a § 1 i 2 k.k. zostały skonstruowane w celu ochrony różnych dóbr, a więc mają inne przedmioty ochrony. Otóż, w pierwszym z tych typów, dekodowanym przedmiotem ochrony jest wolność od poczucia zagrożenia oraz prywatność, z wyjątkiem sytuacji, gdy na jej naruszenie wyraża zgodę dysponent dobra¹¹. Drugi spośród wskazanych typów, poza wspólnym dobrem chronionym, jakim jest wolność od ingerencji w prywatność, chroni tożsamość danej osoby oraz wolność od wykorzystywania jej wizerunku lub danych osobistych w celu działania za pokrzywdzonego, obciążając go konsekwencjami tego zachowania. Poza tym, za A. Zollem, można także dopatrzeć się w tym rozstrzygnięciu kryminalizacyjnym takich dóbr chronionych jak autonomia człowieka, z której ma wynikać zdolność do odpowiadania tylko za własne rzeczywiste zachowania, oraz własność, będąca raczej ubocznym przedmiotem ochrony¹². Wydaje się uzasadnione rozszerzenie tego katalogu, po wzięciu pod uwagę brzmienia art. 190a § 3 k.k., na dobra tak fundamentalne jak życie i zdrowie człowieka, na które może on się targnąć w wyniku

problemów emocjonalnych wywołanych przez zachowanie sprawcy przestępstwa z § 1 lub 2 art. 190a k.k.¹³

Analiza konstytucyjna

Zidentyfikowanie dóbr chronionych przez ustawodawcę karnego w omawianych tu typach czynów zabronionych pozwala przenieść analizę na poziom konstytucyjny, rozpoczynając od wskazania związku dóbr chronionych w art. 190a k.k. z zasadami wypowiedzianymi w Konstytucji RP, następnie ustalenie zasad, a przez to także i dóbr z nimi kolidujących oraz zweryfikowanie decyzji ustawodawcy w oparciu o test preferencji. Bez wątplenia jedną z zasad, z którą powiązane są dobra chronione przez ustawodawcę w omawianych typach czynów zabronionych, jest zasada zadeklarowana w art. 47 Konstytucji RP: „Každy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”. Można bez większych wątpliwości skonstatować, że art. 47 Konstytucji RP jest źródłem wiedzy o znakomitej większości dóbr chronionych w art. 190a k.k. W zasadzie tej odnajdziemy bowiem dobra w postaci wizerunku i tożsamości, życia prywatnego i rodzinnego, a także dobre imię, które może zostać naruszone w wyniku posługiwania się przez sprawcę tożsamością pokrzywdzonego. Dobra w postaci wolności od nękania i nachalnego zachowania, nierzadko zmuszającego pokrzywdzonego do wprowadzenia istotnych zmian w życiu osobistym, powiązane są z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym wolność człowieka podlega ochronie prawnej. Tym samym każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nie bez znaczenia pozostaje także przepis art. 31 ust. 2 zdanie drugie, zakazujący zmuszania kogokolwiek do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje. W zakresie problematyki uporczywego nękania zauważyć można ściśle związek między zasadą wypowiedzianą w art. 47 Konstytucji RP a zasadą wolności człowieka, widoczny przede wszystkim w kontekście ochrony życia prywatnego, opisywany w literaturze jako „prawo do pozostawienia w spokoju” czy „prawo jednostki do bycia pozostawioną samej sobie”¹⁴.

10 A. Zoll, *Komentarz do art. 190a k.k.* (w:) tegoż (red.) *Kodeks karny. Część szczególna*, Warszawa 2013, s. 606.

11 Tamże, s. 605. Por. też M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu (nękania) i podszywania się (art. 190a k.k.)* (w:) *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012, s. 439. Należy zauważyć, że ustawodawca chroni prywatność przed istotnym naruszeniem, a więc wyłącza kryminalizację nękania wywołującego nieznaczne naruszenie prywatności. Marek Mozgawa wskazuje, jako przykład nieistotnego naruszenia prywatności, przegłądanie śmieci wyrzucanych przez daną osobę, tak aby poznać informacje o kupowanych przez nią produktach żywnościowych (tamże, s. 444).

12 A. Zoll, *Komentarz do art. 190a k.k.*, dz. cyt., s. 606.

13 M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu...*, dz. cyt., s. 449.

14 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 246. Taką interpretację można odnaleźć już

W uzasadnieniu do projektu ustawy wnioskodawca wskazał także inne zasady konstytucyjne, z którymi powiązane są dobra objęte ochroną w art. 190a k.k.¹⁵ Przede wszystkim ma to być art. 40 Konstytucji RP, zgodnie z którym nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje on nadto stosowania kar cielesnych. Zgodnie z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Projektodawca nie wskazał bliżej związku tych zasad z proponowanym rozstrzygnięciem normatywnym. Można jednak wskazać dobra rozumiane jako ochrona czci i godności osobistej, a także nietykalność cielesną, które powiązane są z przywołanymi tu zasadami¹⁶. Powszechnie odczytywana konotacja tych zasad odnoszona do stosunków między państwem i jednostką nie oznacza, że ustrojodawca nie wypowiada tu dóbr aktualnych także w relacjach horyzontalnych¹⁷.

w klasycznym dla problematyki prawa do prywatności artykule *The Right to Privacy* napisanym przez S. Warrena i L. Brandeisa, opublikowanym w „Harvard Law Review” 1890, nr 4, s. 193 i n. Warto zwrócić uwagę na opisane tam ograniczenia prawa do prywatności.

15 Druk nr 3553.

16 Posługując się terminem „godność osobista”, odwołuję się do podziału na „godność osobową” i „godność osobistą”, z których ta pierwsza w pełni oddaje treść art. 30 Konstytucji RP, będąc przyrodzoną i niezbywalną, a więc niezależną od poczucia godności czy też próby odarcia z niej człowieka w konkretnych okolicznościach. Przez godność osobistą rozumiem poczucie własnej wartości czy też poczucie czci. Por. M. Piechowiak, *Filozofia praw człowieka. Prawa człowieka w świetle ich międzynarodowej ochrony*, Lublin 1999, s. 343–351; J. Bucińska, *Godność człowieka jako podstawowa wartość porządku prawnego*, „Prawo-Administracja-Kościół” 2001, z. 2/3, s. 32–33.

17 Taką interpretację proponuje B. Banaszak: „Zakazy sformułowane w art. 40 skierowane są do funkcjonariuszy państwowych i innych osób urzędowych. Nakładają one jednak także na władze publiczne obowiązek zapobiegania naruszeniu wolności od tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karania oraz kar cielesnych przez wszelkie inne podmioty na terenie RP. Chodzi tu przede wszystkim o odpowiednie regulacje ustawowe (zwłaszcza z zakresu prawa karnego) oraz działalność władz wykonawczych i podległych im organów (np. w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie), a także działalność sądownictwa” (tenże, *Konstytucja...*, dz. cyt., s. 221).

Dobrami chronionymi w omawianych typach czynów zabronionych, a przede wszystkim w art. 190a § 3 k.k. są także bez wątpienia życie i zdrowie poszkodowanego. Są one powiązane przede wszystkim z art. 38 („Rzeczpospolita Polska zapewni każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”) i art. 68 ust. 1 Konstytucji RP („Każdy ma prawo do ochrony zdrowia”). Wyliczenie zasad konstytucyjnych i powiązanych z nimi dóbr mających znaczenie dla oceny art. 190a k.k. byłoby dalece niepełne bez przywołania dobra szczególnego, jakim jest godność, zadeklarowana w art. 30 Konstytucji RP¹⁸. Należy ją tu wskazać nie tylko ze względu na jej związek z wymienionymi wyżej dobrami, różniący się jedynie natężeniem relacji w zależności od dobra, ale także ze względu na jej samodzielny charakter, świadczący o podmiotowości człowieka oraz jej ścisły związek z ochroną jego życia. Podejmowanie zachowań rozumianych na gruncie polskiego prawa karnego jako stalking może prowadzić do uprzedmiotowienia człowieka, traktowanego wtedy jako przedmiot nękania i szykan sprawcy, ograniczając znacznie korzystanie z autonomii przysługującej mu w sferze prywatnej jego życia, a więc przede wszystkim rozumnego, ukierunkowanego na dobro postępowania, charakterystycznego dla każdego człowieka¹⁹.

Ustawodawca, przystępując do rozpatrywania projektu kryminalizacyjnego, powinien nie tylko zidentyfikować dobra, ale także ich aspekty poddawane ochronie – w kontekście wymogu zbadania społecznej szkodliwości *in abstracto*. Nie każdy rodzaj interakcji z dobrem ma przecież charakter społecznie szkodliwego, nieadekwatnego społecznie, naruszającego dobra w zakresie wymagającym reakcji karnopraw-

18 M. Królikowski, *Opinia Komisji Kodyfikacyjnej dotycząca zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu oraz konstrukcji ewentualnego typu czynu zabronionego*, <http://bip.ms.gov.pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/> (dostęp 23 maja 2013 r.); M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190 a k.k.* (w:) M. Królikowski, R. Zawlocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I*, Komentarz do artykułów 117–221, Warszawa 2013, s. 539.

19 Por. D.P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic of Germany*, Durham–London 1997, s. 312.

nej. W przypadku problematyki stalkingu zadanie jest o tyle ułatwione, że analiza dotyczy obowiązującego już typu czynu zabronionego, a więc ustawodawca spośród możliwych sposobów interakcji z wymienionymi wyżej dobrami wykreślił te, które charakteryzują

nie wymaga uzasadnienia odwołującego się do testu proporcjonalności, już bowiem ustrojodawca w art. 31 ust. 2 wskazał, że ze swojej wolności nie można czynić instrumentu naruszającego wolność i prawa innych, a więc również ingerującego nazbyt w wymienione



Ustawodawca, przystępując do rozpatrywania projektu kryminalizacyjnego, powinien nie tylko zidentyfikować dobra, ale także ich aspekty poddawane ochronie – w kontekście wymogu zbadania społecznej szkodliwości *in abstracto*.

się społeczną szkodliwością²⁰. Pozostaje zatem tylko wskazać za ustawodawcę te aspekty i ocenić je z punktu widzenia testu proporcjonalności.

Przed przejściem do analizy poszczególnych przesłanek testu proporcjonalności konieczne jest dla prawidłowości jego przebiegu, szczególnie w aspekcie zasady proporcjonalności w ścisłym znaczeniu tego słowa, ustalenie dóbr kolidujących z dobrami wymienionymi wyżej. Analiza wskazuje na to, że w przypadku stalkingu jedynym dobrem, aczkolwiek o dużym ciężarze gatunkowym, wchodzącym w kolizję jest wolność, mająca konstytucyjne umocowanie w art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. Jej naruszenie może mieć miejsce na dwóch płaszczyznach. Jako pierwszą, wyrażoną także w art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, można wskazać tę bardziej oczywistą, tj. zagrożenie karą pozbawienia wolności w sytuacji zrealizowania znamion typu czynu zabronionego. Druga aktualizuje się poprzez ograniczenie swobody postępowania uniemożliwiający podejmowanie zachowań opisanych w tych znamionach. Jak się wydaje, ograniczenie drugiego spośród wskazanych tu aspektów wolności

wyżej dobra. Wolności i prawa innych składają się na przestrzeń ściśle związaną z godnością człowieka, w ramach której na znaczeniu zyskuje jego autonomia²¹. Nie możemy zatem powiedzieć, że ograniczając czyjąś wolność w sposób uniemożliwiający tej osobie naruszanie wolności i praw innych osób, dopuszczamy się ingerencji w jej dobro, wymagające usprawiedliwienia wynikającego z pozytywnego rozstrzygnięcia badania proporcjonalności między dobrami. Z drugiej zaś strony nie oznacza to, że przeprowadzenie tego testu w ogóle nie jest konieczne, ponieważ bez niego nie jest możliwe wprowadzenie sankcji karnej, a tym bardziej sankcji pozbawienia wolności. Usprawiedliwienie naruszenia płaszczyzny wolności wskazanej jako pierwszej wymaga zatem przeprowadzenia testu proporcjonalności.

Test proporcjonalności składa się z trzech dyrektyw: proporcjonalności w ścisłym znaczeniu tego słowa, przydatności i konieczności. W pierwszej kolejności wypada ocenić konflikt dóbr z perspektywy proporcjonalności *sensu stricto*, aby następnie móc ocenić przydatność i konieczność rozstrzygnięcia normatywnego dla ochrony dóbr preferowanych w konsekwencji rozstrzygnięcia zidentyfikowanej wcześniej kolizji. W przypadku przedstawionego wyżej konfliktu

20 Nie można wykluczyć celowości podjęcia próby zakwestionowania ujęcia przyjętego przez ustawodawcę, niemniej wymagałoby to opracowania w szerszym zakresie poświęconego tej tematyce, być może nawet monograficznego.

21 B. Banaszak, *Konstytucja...*, dz. cyt., s. 176.

dóbr, tj. po jednej stronie składającego się z wizerunku i tożsamości, życia rodzinnego i prywatnego, dobrego imienia, wolności od nękania i nachalnego zachowania, wolności od poniżającego traktowania czy w końcu godności człowieka, jego życia oraz zdrowia, zaś z drugiej strony z wolności człowieka, przy założeniu, że konflikt rozstrzygany jest w kontekście społecznie szkodliwych *in abstracto* aspektów naruszenia tych dóbr, tj. opisanych za pomocą znamion art. 190a k.k., trudno zająć inne stanowisko niż preferujące ochronę dóbr kosztem wolności sprawcy. Jest to tym bardziej uzasadnione, że decyzja w takim kształcie pozwala na pozbawienie wolności dopiero w sytuacji umyślnego i uporczywego nękania innej osoby, a więc świadomego i długotrwałego naruszania jej dóbr, co bez wątpienia jest naganne już na etapie dostępności moralnej.

Ocena relacji hierarchicznych między dobrami uzależniona jest od ich związku z zasadami godności i dobra wspólnego, a przede wszystkim od zakresu treściowego realizacji tych zasad kierunkowych przez dobra wchodzące w kolizję. Godność człowieka nie może bez wątpienia usprawiedliwiać naruszania godności drugiego człowieka, jego wolności i innych – dóbr tak silnie z godnością związanych jak życie i zdrowie, a także prywatność²². Podobnie trudno jest mówić o zapewnianiu dobra wspólnego, rozumianego jako zespół warunków pozwalających jednostkom, rodzinom i zreszce zmierzać do swojej doskonałości, jeżeli zakłócają się podstawowe dobra, co uniemożliwia prawidłowe funkcjonowanie nie tylko jednostki będącej bezpośrednim odbiorcą oddziaływań, ale także jej najbliższych. Jak wskazał projektodawca, „[d]okonyując oceny relacji zach-

owań 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 porzywdzonego wynikający z wolności od zastraszenia, prawa do prywatności i decydowania o swoim życiu, jak również – w przypadkach skrajnych – wolność od niehumanitarnego traktowania”²³.

Rozstrzygnięcie proporcjonalności *sensu stricto* nie jest jeszcze wystarczające dla spełnienia warunków testu proporcjonalności, statuującego subsydiarny charakter prawa karnego. W następnej kolejności należy zbadać, czy dyrektywy przydatności i konieczności są realizowane przez omawiany typ czynu zabronionego. Zapotrzebowanie na nowy typ ma swoje źródło w ustaleniu, z którego wynika, iż nierzadko zachowania sprawcy uznawane za nękanie, mimo istotnej dolegliwości dla ich adresata, nie mogły być zakwalifikowane jako inne przestępstwa lub wykroczenia, gdyż nie realizowały wszystkich ich znamion²⁴. Nie budziło wątpliwości, że niektóre działania sprawców były nad wyraz uciążliwe, jak np. nieustanne wysyłanie listów na adres ofiary, pisanie SMS-ów, dzwonienie, wystawianie pod domem lub zakładem pracy ofiary²⁵. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że najbardziej zbliżonymi, w węższym lub szerszym zakresie, do przestępstwa uregulowanego w art. 190a k.k. są typy czynów opisane w art. 107 k.w., art. 207 k.k., art. 190 k.k., art. 191 k.k., art. 193 k.k., art. 202 § 3 k.k., art. 212 k.k., art. 216 k.k., art. 217 k.k., art. 267 k.k., art. 278 k.k. (odpowiednio art. 119 k.w.), art. 288 k.k. (odpowiednio art. 124 k.w., art. 126 k.w.), art. 127 § 1 k.w., a także, choć rzadziej, art. 140 k.w. oraz art. 51 k.w.²⁶ Żadne jednak z tych wykroczeń i przestępstw

22 Szczegółowo tych relacji dotyczy rozdział na temat godności i dobra wspólnego jako kryteriów rozstrzygania kolizji dóbr. Manifestem na rzecz powiązania godności i życia jest książka E. Pickera *Godność człowieka...*, dz. cyt., s. 12–15. Zakwestionowanie życia człowieka jest jednocześnie zanegowaniem jego podmiotowości jako nośnika godności człowieka. Por. też L. Bosek, *Gwarancje godności...*, dz. cyt., s. 169–170. Na związek godności człowieka z jego prywatnością wskazywał Trybunał Konstytucyjny: wyrok TK z dnia 24 czerwca 1997 r., K 21/96; wyrok TK z dnia 20 czerwca 2005 r., K 4/04; wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., K 32/04; wyrok TK z dnia 9 lipca 2009 r., SK 48/05. Por. też M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190 a k.k.*, dz. cyt., s. 539–540.

23 Druk nr 3553..

24 M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu...*, dz. cyt., s. 433.

25 Tamże, s. 433.

26 Tamże, s. 434. Por. też M. Mozgawa, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk sejmowy nr 3553)*, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3553> (dostęp 23 maja 2013 r.);

nie wypełnia w pełni zbioru desygnatów kompleksowego zjawiska, jakim jest stalking²⁷.

Za M. Mozgawą wyliczyć można wykroczenia najbardziej zbliżone do zakresu art. 190a k.k., aby w konsekwencji wskazać na różnicę mogącą uzasadniać podjęcie decyzji kryminalizacyjnej²⁸. Pierwszym z nich jest art. 107 k.w., zgodnie z którym „[k]to w celu dokuczenia innej osobie złośliwie wprowadza ją w błąd lub w inny sposób złośliwie niepokoi, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny do 1500 złotych albo karze nagany”. Wykroczenie to od strony podmiotowej charakteryzuje się zamiarem kierunkowym, sprawca bowiem musi działać „w celu dokuczenia innej osobie”²⁹. Jeżeli dokuczenie ma miejsce, lecz motywowane jest innym celem, np. próbą zwrócenia na siebie uwagi czy okazania uczuć, przypisanie odpowiedzialności za popełnienie tego wykroczenia nie będzie możliwe³⁰. Nadto wskazuje się, że niezależnie od kwestii wypełnienia wszystkich znamion wykroczenia z art. 107 k.w., wątpliwości może budzić niska – z uwagi na wykroczeniowy charakter – sankcja³¹. Podobnie jedynie pozornie wystarczający dla ochrony ww. dóbr mógłby być typ czynu zabronionego opisany w art. 207 k.k., który sankcjonuje znęcanie się fizyczne lub psychiczne 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. Już samo ograniczenie kręgu osób, które mogą stać się poszkodowanymi w wyniku realizacji znamion art. 207 k.k., wskazuje na dysfunkcjonalność lub też tylko ograniczoną operatywność tego typu czynu zabronionego w kontekście zjawiska stalkingu³².

Nękający (*stalker*) mógł nie popełnić żadnego z wliczonych wyżej przestępstw lub wykroczeń, w niektórych przypadkach świadomie wybierając zachowania wolne od kryminalizacji, jednak powodując wciąż skutek opisany w art. 190a § 1 k.k. lub działając jak wskazano w art. 190a § 2 k.k.³³ W literaturze zauważono, że wcześniej, przed wejściem w życie decyzji kryminalizacyjnej ustawodawcy, policja odmawiała reakcji we wczesnym stadium działania sprawcy, czekając aż jego zachowanie przerodzi się przynajmniej w jedno z wykroczeń lub przestępstw³⁴. Nie bez znaczenia dla oceny omawianego tu unormowania, przede wszystkim przez pryzmat przydatności i konieczności, pozostaje wnioskowy tryb ścigania przestępstw z art. 190a § 1 i 2 k.k., podczas gdy ściganie z urzędu zastrzeżone zostało dla typu kwalifikowanego przez poważne następstwo w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie.

Wśród zalet kryminalizacji zjawiska stalkingu należy wskazać przede wszystkim ochronę dóbr niezwykle ważnych dla społeczeństwa i każdego obywatela. Państwo decyduje się na ochronę przestrzeni prywatnej jednostki przed ingerencją, z którą nie może ona poradzić sobie samodzielnie. Jak się wydaje, biorąc pod uwagę wcześniej przywołane argumenty, nieskuteczne dla ochrony dóbr jest pozostawienie całego ciężaru reakcji w prawie cywilnym, które z uwagi na swój raczej kompensacyjny niż ochronny charakter może nie spełniać oczekiwań. Nadto jednostka, ponieważ to ona odgrywa główną rolę w postępowaniu cywilnym, może nie dysponować dostatecznymi instrumen-

A. Sakowicz, *Opinia prawna o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 3553)*, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3553> (dostęp 23 maja 2013 r.). Zwrócono na to uwagę również w uzasadnieniu do projektu ustawy (druk nr 3553), [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/o/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/\\$file/3553.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/o/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/$file/3553.pdf) (dostęp 23 maja 2013 r.).

27 A. Sakowicz, *Opinia...*, dz. cyt., s. 4.

28 M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu...*, dz. cyt., s. 434–435.

29 Wyrok SN z dnia 22 czerwca 1995 r., III KRN 44/95, „Prokuratura i Prawo” (dodatek „Orzecznictwo”) 1995, nr 11–12, poz. 24. Por. też M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu...*, dz. cyt., s. 435.

30 D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie potrzeba jest penalizacja przesładowania?*, „Archiwum Kryminologii” 2009, t. XXXI, s. 177–178.

31 J. Kędzierski, *Stalking w polskim prawie karnym – de lege lata i de lege ferenda*, „Palestra” 2010, nr 1–2, s. 70; A. Sakowicz, *Opinia...*, dz. cyt., s. 6. Na wystarczający charakter sankcji wskazuje natomiast D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości...*, dz. cyt., s. 196.

32 J. Kosińska, *Prawnokarna problematyka...*, dz. cyt., s. 36; M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu...*, dz. cyt., s. 435–436; A. Sakowicz, *Opinia...*, dz. cyt., s. 5. Więcej na temat charakteru art. 207 k.k. w kontekście stalkingu D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości...*, dz. cyt., s. 199–200.

33 M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu...*, dz. cyt., s. 436–437.

34 D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości...*, dz. cyt., s. 198.

tami zebrania materiału dowodowego, koniecznego do udowodnienia spowodowania szkody lub krzywdy przez sprawcę³⁵. Wreszcie pozostawienie inicjatywy po stronie prawa cywilnego wciąż nie pozwalałoby na uaktywnienie się służb w obliczu zawiadomienia o zachowaniu spełniającym cechy przypisywane stalkingowi³⁶. W kontekście tego aspektu podnosi się, że już samo wezwanie na przesłuchanie może być dla

trwają spory w nauce w zakresie zdefiniowania stalkingu. W końcu podnoszono niechęć ofiar do zawiadomiania organów ścigania oraz trudności w zebraniu materiału dowodowego przez te służby³⁹.

W badaniu przydatności, tj. dyrektywy wyboru takich środków działania, które pozwolą ustawodawcy na realizację zamierzonego celu, pomocny jest dwupoziomowy test. Po pierwsze, należy podjąć próbę



Wśród zalet kryminalizacji zjawiska stalkingu należy wskazać przede wszystkim ochronę dóbr niezwykle ważnych dla społeczeństwa i każdego obywatela.

sprawcy dostatecznym ostrzeżeniem, powstrzymującym go od kontynuowania zachowania wypełniającego znamiona z art. 190a k.k.³⁷

Jeszcze przed nowelizacją kodeksu karnego podnoszono także wątpliwości związane z wprowadzeniem do ustawy karnej nowego typu czynu zabronionego. Głównym argumentem zalecającym wstrzemięźliwość w podejmowaniu tej decyzji była represyjność prawa karnego, być może niepotrzebnie wprzęgnięta w proces reagowania na zjawisko stalkingu³⁸. Inne wątpliwości wywoływała sama konstrukcja ustawowej określoności czynu zabronionego, w sytuacji, kiedy wciąż

wskazania skutków regulacji, a następnie próbę odniesienia ich do dóbr wypowiedzianych w konstytucji – w celu sprawdzenia zakresu ich ochrony przez nowe rozstrzygnięcie normatywne. Dyrektywa konieczności wymaga, aby spośród dostępnych środków reakcji wybrać możliwie najłagodniejszy, ale jednocześnie realizujący przyjęty cel ochrony dobra. Badana tutaj regulacja art. 190a k.k. jest reakcją na zauważoną istotną potrzebę ochrony najważniejszych dóbr jednostki, mających duże znaczenie społeczne, przed ingerencją mogącą powodować daleko idące skutki, nieobjętą dotychczas regulacją karnoprawną. Przywołane wyżej wyniki badań Ministerstwa Sprawiedliwości pozwalają sądzić, że inne instrumenty, ulokowane w innych gałęziach prawa, nie są dostatecznie skuteczne w odpięciu zachowań wypełniających znamiona stalkingu, a przynajmniej nie w pełnym zakresie. Podobnie dotychczas obowiązujące przepisy karne obejmują swoim zakresem tylko wybrane aspekty tego zjawiska. Ponadto ustawodawca zauważył, że również co do zasady legalne zachowania mogą, podejmowane w odpowiednim natężeniu i szczególnych okolicznościach, naruszyć dobra człowieka w stopniu prowadzącym nawet do targnięcia się przez niego na własne życie, a więc znacznie przekraczającym reguły ostrożności

35 W literaturze wskazuje się jednak, że w pewnym zakresie postępowanie cywilne może również okazać się pomocne, por. tamże, s. 206.

36 Przed nowelizacją prawa karnego tak opisywano stosunek policji do zgłoszeń ofiar stalkingu: „Najgorsza sytuacja, z którą dziś w Polsce spotykają się ofiary stalkingu szukające pomocy policji, to rady funkcjonariuszy, by umówić się z prześladowcą na kawę i stwierdzenie, że bez eskalacji działań stalkera przyjmujących postać innych kryminalizowanych zachowań policja jest bezradna” – D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości...*, dz. cyt., s. 202.

37 Tamże, s. 203. Autorka proponuje wprowadzenie szczególnego instrumentu pozwalającego policji ograniczyć pierwszą interwencję do ostrzeżenia.

38 Tamże, s. 203.

39 Tamże, s. 203–204.

w postępowaniu z tymi dobrami. Omawiana decyzja kryminalizacyjna wydaje się być przydatna do ochrony ww. dóbr. Nie bez znaczenia pozostaje również to, że ograniczenie dobra sprawcy w postaci jego wolności jest niewielkie, bowiem zabrania mu się nękania upor-

nalizację ogranicza także materialny charakter typu czynu zabronionego, wymagający wystąpienia skutku w postaci wzbudzenia poczucia zagrożenia – do tego uzasadnionego okolicznościami – lub spowodowania istotnego naruszenia prywatności adresata zachowań



Legalne zachowania mogą, podejmowane w odpowiednim natężeniu i szczególnych okolicznościach, naruszyć dobra człowieka w stopniu prowadzącym nawet do targnięcia się przez niego na własne życie, a więc znacznie przekraczającym reguły ostrożności w postępowaniu z tymi dobrami.

czywego czy też wykorzystywania wizerunku i danych osobowych innej osoby, co oznacza, że w tym zakresie dookreśla się niejako ograniczenie wolności przewidziane już przez samą Konstytucję RP, a także leżące w samej istocie dobra, jakim jest wolność, a więc wskazuje się granicę w postaci wolności drugiego człowieka. Ocena przydatności tej regulacji w praktyce życia społecznego oraz funkcjonowania organów ścigania wymaga dłuższej perspektywy obowiązywania tego typu czynu zabronionego w systemie.

Ustawodawca, czerpiąc, jak się wydaje, z dyrektywy konieczności, obudował typ znamionami ograniczającymi jego zasięg do typów w założeniu społecznie szkodliwych, na tyle niebezpiecznych, iż zdecydował się na sankcjonowanie naruszenia dóbr instrumentami karnymi. Jednym z tych ograniczeń jest znamię „uporczywego nękania”, mające podkreślić także odpowiedni podmiotowy stosunek sprawcy, przejawiający się w jego nagannym nastawieniu⁴⁰. Krymi-

sprawcy. W art. 190a § 2 k.k. również zawężono zakres kryminalizacji, konstruując stronę podmiotową w oparciu o zamiar kierunkowy, ujęty w znamionach jako cel wyrządzenia szkody majątkowej lub osobistej. Ustawodawca wykorzystuje zatem instrumenty karnoprawne do ochrony dóbr jednostki przed najbardziej niebezpiecznymi ingerencjami. Co więcej, ściganie przestępstw z art. 190a § 1 i 2 uzależnione jest od wniosku pokrzywdzonego. Z punktu widzenia konieczności zastanawiać może jedynie sankcja, ograniczona do kary pozbawienia wolności. Wydaje się, że należałoby rozważyć możliwość poszerzenia

znamię uporczywości interpretowane jest, jak się wydaje, przez M. Mozgawę, który wskazuje na zbędność dookreślenia „nękania” przez użycie znamienia „uporczywie”. Jak wskazuje, już z samej definicji nękania wynika, że ma to być szereg zachowań. Należy wziąć także pod uwagę, zdaniem tego autora, stanowisko judykatury w definiowaniu „uporczywości”, interpretowanej jako antynomia jednorazowego zachowania sprawcy. Autor wskazuje nadto, że przez użycie znamienia uporczywości ograniczony został zakres ochrony pokrzywdzonego. Por. M. Mozgawa, *Przebieg stalkingu...*, dz. cyt., s. 441; wyrok SN z dnia 5 stycznia 2001 r., V KKN 504/00, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 57.

40 A. Sakowicz, M. Królikowski, *Komentarz do art. 190a k.k.*..., dz. cyt., s. 541. Por. też wyrok SN z dnia 26 lutego 1996 r., II KRn 200/95, „Prokuratura i Prawo” (dodatek „Orzecznictwo”) 1996, nr 10, poz. 8. Inaczej, wyłącznie przedmiotowo

tego katalogu o kary wolnościowe, pozwalające sądowi adekwatniej reagować na zachowanie sprawcy w konkretnym stanie faktycznym, bez konieczności odwoływania się do ogólnych instrumentów łagodzenia kary, w tym do art. 58 § 3 k.k.

Podsumowanie

Przedstawione wyżej rozważania, ukazujące rolę kontekstu konstytucyjnego w procesie stanowienia prawa, można odnieść odpowiednio do procesu stosowania normy karnoprawnej w konkretnym stanie faktycznym. Sąd, badając stan faktyczny, szczególnie gdy poweźmie wątpliwości dotyczące interpretacji znamion, faktu naruszenia dobra, czy też społecznej szkodliwości *in concreto*, powinien odwołać się do kontekstu konstytucyjnego, ustalając treść normy sankcjonowanej w oparciu o dobra w niej wypowiedziane,

chronione w danym typie czynu zabronionego. Pozwala to na ustalenie, czy dobra te zostały naruszone, jaka jest waga tej ingerencji oraz jej relacja do dóbr sprawcy. Przeprowadzona analiza pozwoli nie tylko ustalić przekroczenie normy sankcjonowanej, ale także podjąć prawidłowe rozstrzygnięcia w odniesieniu do pozostałych płaszczyzn przestępności czynu, w tym jego karygodności. Proponowany model rozumowania znajdzie także zastosowanie na etapie wymiaru kary, pozwalając lepiej ustalić wagę naruszonych dóbr w konkretnych okolicznościach.

Artykuł napisany w oparciu o rozprawę doktorską pt. *Wykładnia prokonstytucyjna dóbr chronionych w polskim prawie karnym*, obronioną na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego