

Penalizacja zjawisk stalkingu, cyberstalkingu i mowy nienawiści – próba oceny przyjętych rozwiązań prawnych na płaszczyźnie prawnokarnej

Streszczenie

We współczesnym świecie stalking, cyberstalking oraz mowa nienawiści uważane są za zachowania stanowiące poważne naruszenie praw człowieka, w tym prawa do wolności, prywatności i godności osobistej. Zwłaszcza przestępstwa będące skutkiem nienawiści (*hate crimes*) są poważnym problemem dla rozwoju społeczeństwa. Otoczenie społeczne nie może tolerować zachowań nacechowanych dręczeniem ofiar, ich prześladowaniem w internecie lub świecie realnym, a także być obojętne na propagowanie nienawiści rasowej, etnicznej, wyznaniowej i ogólne szerzenie nietolerancji wobec drugiego człowieka podważającej ideę demokracji, bezpieczeństwa i pluralizmu. Także organy ścigania nie mogą pozostawać bierne w odniesieniu do takich czynów zabronionych, jak: przemoc i groźba bezprawna motywowane uprzedzeniami (art. 119 K.k.), stalking (art. 190 a K.k.), propagowanie faszyzmu i totalitaryzmu (art. 256 K.k.), rasizm (art. 257 k.k.), obraza uczuć religijnych (art. 196 K.k.), zniesławienie (art. 212 K.k.) oraz zniewaga (art. 216 K.k.), choć wiele zależy od postawy samych osób pokrzywdzonych. W artykule przedstawiono problematykę stalkingu i cyberstalkingu oraz przestępstw wynikających z mowy nienawiści i dokonano próby oceny przyjętych regulacji prawnych penalizujących te zachowania.

Słowa kluczowe : przestępczość, stalking, cyberstalking, mowa nienawiści, hejt, nękanie, ksenofobia, kodeks karny, czyn zabroniony, odpowiedzialność karna, penalizacja

Wstęp

W Polsce prawnokarne regulacje stalkingu i cyberstalkingu pojawiły się dopiero w 2011 roku¹, tymczasem na świecie zjawisko to znane jest co najmniej od lat osiemdziesiątych. Polski ustawodawca do 2011 roku nie obejmował stalkingu

¹ Nowelizacja Kodeksu karnego dokonana przez ustawę z dnia 25 lutego 2011 r. (Dz.U. nr 72, poz. 38).

kryminalizacją łączną, uznając, że tego rodzaju zachowania wypełniają znamiona innych czynów zabronionych, takich jak: znęcanie, groźby karalne czy zmuszanie do określonego zachowania. W kraju ofiarami stalkerów byli znani ludzie showbiznesu, chociażby córka premiera i znana blogerka Kasia Tusk, a także piosenkarki: Ewa Farna, Doda – Dorota Rabczewska, aktorki: Dominika Ostalowska, Małgorzata Foremniak, Małgorzata Kożuchowska, modelka Izabela Miko, miss Polski Agnieszka Kotlarczyk. Obecnie coraz częściej pokrzywdzonymi stają się także zwykli obywatele. Dla przykładu warszawska stomatolog Angelika Krupska przez ponad rok była prześladowana przez pacjenta, który natrętnie wyznawał jej miłość, groził jej znajomym i przyjaciółom, usiłował wtargnąć do mieszkania i uszkodził samochód dentystki/kobiety. Niezwykle istotnym elementem przeciwdziałania stalkingowi jest świadomość prawa ofiar i pomoc dla pokrzywdzonych ze strony organów ścigania oraz innych instytucji². Autor artykułu, z uwagi na wykonywany zawód prawniczy (radca prawny), osobiście spotkał się z kilkoma przypadkami pewnych niepożądanych zachowań zaliczanych do stalkingu, jednak nie zawsze ofiary decydowały się na zawiadomienie organów ścigania, często bowiem rezygnowały w obawie przed reakcją środowiska w miejscu pracy i rodziny. Stalking zwykle obejmuje szeroki zakres zachowań tradycyjnych, jak chociażby niechciane telefony, permanentne wysyłanie SMS-ów³, e-maili czy też zachowania agresywne w postaci śledzenia, obserwowania, nagabywania. Może on polegać na składaniu niechcianych propozycji z wykorzystaniem klasycznych środków komunikacji, jak i nowoczesnych – za pomocą sieci przesyłowych do transmisji danych. Prześladowanie z wykorzystaniem elektronicznych systemów przetwarzania informacji określane jest w literaturze jako cyberstalking⁴.

W odniesieniu do mowy nienawiści na wstępie warto odnotować, iż zjawisko to z reguły polega na używaniu wypowiedzi w celu propagowania, usprawiedliwiania czy wręcz gloryfikowania nienawiści rasowej, ksenofobii, antysemityzmu oraz szerzenia innych form nietolerancji podważające demokrację, bezpieczeństwo czy pluralizm. Z popularnym hejtem (*ang. hate speech*) mamy do czynienia w mediach, Internecie, w przestrzeni publicznej (np. graffiti), a także w naszym bezpośrednim otoczeniu – zarówno w miejscach publicznych (kino, koncert, środki transportu), jak i w naszym najbliższym sąsiedztwie, a nie rzadko w rodzinie. W Polsce najczęściej hejtowane są takie grupy społeczne,

² http://www.pomocpokrzywdzonym.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=71:stalking&catid=123:stalking&Itemid=123 [dostęp: 14.02.2017].

³ <http://wyborcza.pl/7,87648,20688697,stalking-w-wydaniu-kobiecy-slala-wykladowcy-kilka-tysiecy.html> [dostęp: 14.02.2017].

⁴ M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, Warszawa 2013, s. 275.

jak⁵: mniejszości nieheteronormatywne (środowiska LGBT), mniejszość romska (romofobia), mniejszość żydowska (antysemityzm), muzułmanie (islamofobia), mniejszość rosyjska (rusofobia), mniejszość ukraińska, a także osoby czarnoskóre (mniejszość afrykańska), a nawet dotknięte dysfunkcjami (zespół Aspergera, Downa) lub innymi wadami fizycznymi (np. karłowatość). Oczywiście mowa nienawiści ma swoje źródła, a na jej kształtowanie wpływ mają różne czynniki, w tym stereotypy, uprzedzenia, jak również kulturowe czy nawet historyczne uwarunkowania danego regionu (np. rusofobia na terenach wschodnich kraju). Jest to zatem złożone zjawisko psychologiczne, socjologiczne i kulturowe, a nawet behawioralne, obejmujące stan wewnętrzny człowieka. Media, Internet w sposób świadomy lub nieświadomy przekazują informacje lub wyobrażenia o różnych faktach, które kształtują jednowymiarowo obraz jakiegoś zjawiska w ludzkich umysłach. Powstają stereotypy i schematy myślowe dotyczące analizowanych zjawisk społecznych, politycznych, które najczęściej zapadają w pamięć. Istnieje przekonanie, iż stereotypów nie można się do końca pozbyć, gdyż wiedza, która z nich wypływa, porządkuje i upraszcza nasze otoczenie oraz pozwala w nim szybciej i sprawniej funkcjonować. Nierzadko zasłyszana negatywna opinia, wzbudzona w nas nieuzasadniona obawa czy podsycana niechęć do członków jakiejś grupy społecznej przyjmują postać stereotypu i utrwalają nasze uprzedzenia. O ile jednak stereotyp obejmuje także informacje pozytywne (np. członkowie określonej grupy społecznej są pracowici), o tyle w uprzedzeniach zawarte są wyłącznie przekazy negatywne (np. członkowie określonej grupy społecznej są leniwi i bezproduktywni). Stereotypy i uprzedzenia nasilają się w szczególności gdy w społeczeństwie występują takie zjawiska, jak: strach przed innymi kulturami (np. Muzułmanie, Cyganie romscy), brak wiedzy o grupach społecznych i politycznych (np. narodowcy, lewacy), poczucie zagrożenia bezpieczeństwa i walka o pozycję społeczną (np. uchodźcy z Syrii, imigranci ekonomiczni z Afryki, Bliskiego Wschodu), rywalizacja społeczna o wpływy i zasoby czy narastająca frustracja zasilana poczuciem krzywdy (np. tzw. frankowicze). W Polsce hejt ciągle przybiera na sile w ostatnich latach, a jego początki związane są z okresem transformacji ustrojowej w 1989 roku. Po II wojnie światowej Polska stała się krajem niemal jednolitym etnicznie, politycznie i kulturowo, co nie oznacza, iż w epoce realnego socjalizmu nie mieliśmy do czynienia z tym zjawiskiem. Antykatolickie treści prasy socjalistycznej w okresie komunizmu dorównywały

⁵ <http://uprzeDz.U.przedzenia.org/czym-mowa-nienawisci/> [dostęp 14.02.2017r.]; por. także: M. Bilewicz, M. Marchlewska, W. Soral, M. Winiewski, *Mowa nienawiści raport z badań sondażowych*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2014, http://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20dotacyjne/Obywatele%20dla%20Demokracji/Mowa_Nienawisci_raport.pdf [dostęp: 14.02.2017].

w swej zniesławiającej wymowie antysemityzmowi głoszonemu powszechnie przez niemieckich narodowych socjalistów. Dopiero jednak przemiany w Polsce z początku lat dziewięćdziesiątych zaowocowały większą aktywnością mniejszości etnicznych i grup regionalnych, które otwarcie zaczęły mówić o swojej odmienności kulturowej i pozycji w społeczeństwie. Warto dodać, iż w polskiej polityce od początku zmian ustrojowych pojawiały się wypowiedzi uznawane za przejaw uprzedzeń⁶. Homofobiczna mowa nienawiści została wprowadzona na salony polityczne w związku z uprzedzeniami do homoseksualistów (geje, lesbijki, biseksualiści) i dyskursem społecznym dotyczącym legalizacji związków partnerskich, a także otwartym manifestowaniem przez mniejszości seksualne swoich preferencji i poglądów (parady równości), które często spotykały się z otwartym sprzeciwem grup narodowo-radykalnych wspieranych przez polityków partii prawicowych. Obecnie mowa nienawiści stanowi przykry, lecz dość wyrazisty element polskiej codzienności – zwłaszcza w stosunku do osób o odmiennej niż heteroseksualna orientacji (LGBT). Mowa nienawiści generuje cały katalog przestępstw z nienawiści (*ang. hate crime*). Karalność mowy nienawiści ma zarówno swoich zwolenników, jak i przeciwników. Zwłaszcza ci drudzy bardzo często odwołują się np. do rozwiązań stosowanych w prawie USA, gdzie nadrzędną wartością jest wolność słowa. W przekonaniu krytyków penalizacja mowy nienawiści może przyczynić się do zwiększenia niepopularnych i nieprawomyślnych poglądów i nie leży w interesie liberalnej demokracji, której ideały powinny konkurować z innymi poglądami i wizjami społecznymi. Penalizacja mowy nienawiści może stanowić pierwszy krok do zniszczenia idei wolności wyrażania poglądów jako jednej z najcenniejszych zdobyczy cywilizacji świata zachodniego. W dyskusji europejskiej dominuje jednak zdecydowanie inny przekaz niż w USA, a zagrożenia związane z eliminacją z życia publicznego mowy nienawiści schodzą na plan dalszy. Znacznie większe znaczenie ma ocena, iż mowa nienawiści jest przejawem nadużycia wolności słowa i przez to w Europie nie może korzystać z konstytucyjnej ochrony wolności słowa⁷. Zdaniem zwolenników penalizacji mowy nienawiści brak sankcji za posługiwanie się uprzedzeniami może utorać drogę ideologią totalitarnym głoszącym szowinistyczne i ksenofobiczne treści.

⁶ Por. G. Czarnecki, [red.], *Raport o homofobicznej mowie nienawiści w Polsce*, Warszawa 2009, s. 9-10; http://www.kph.org.pl/publikacje/homofobiczna_mowa_nienawisci.pdf [dostęp: 14.02.2017].

⁷ A. Dziadzio, *Wolność słowa a mowa nienawiści – dawniej i dziś*, „Forum Prawnicze” 2015, s. 5; <http://www.forumprawnicze.eu/attachments/article/144/Dziadzio.pdf> [dostęp: 14.02.2017].

1. Penalizacja zjawiska stalkingu i cyberstalkingu w prawie karnym

Stalking powszechnie uchodzi za działanie niepożądane – w przeciwieństwie do admiracji (podziwu, uwielbienia). Zaliczany jest do przemocy emocjonalnej, podobnie jak mobbing. W języku polskim brak jest odpowiednika tego słowa, stąd powszechnie używa się terminu angielskiego, przy czym sam czasownik *to stalk* w tłumaczeniu na polski informuje jedynie o czynności – zachowaniu „zdecydowanym, dumnym lub pełnym złości kroczeniu długimi krokami”⁸. Z kolei autorzy słownika angielsko-polskiego tłumaczą czasownik *to stalk* jako ‘tropienie, podchodzenie, prześladowanie’, a stalker jako „prześladowca”⁹.

W języku polskim najbardziej zbliżone odpowiedniki tego terminu wyznaczają pewien zakres znaczeniowy działania, co podkreślają czasowniki formy werbalne, jak: osaczać, otaczać ze wszystkich stron, nękać, dręczyć, niepokoić, dokuczać, stąd niekiedy przyjmuje się, że termin ten pochodzi z języka łowieckiego i oznacza między innymi podchodzenie zwierzyny, czatowanie na nią lub zasadzanie się, co wydaje się trafne z uwagi na zachowania sprawców wobec ofiar. W amerykańskim słowniku prawniczym stalking definiuje się jako proces śledzenia kogoś ukradkiem lub jako przestępstwo polegające na śledzeniu lub krążeniu w pobliżu jakiejś osoby, zazwyczaj ukradkiem, w celu zdenerwowania lub nękania tej osoby, tudzież popełnienia kolejnego przestępstwa¹⁰.

W polskim prawie karnym stalking jako przestępstwo pojawił się wraz z wprowadzeniem zmian do Kodeksu karnego ustawą z dnia 25 lutego 2011 roku o zmianie ustawy Kodeks karny (Dz.U., nr 72, poz. 381). Przedmiotowa regulacja dodała do Kodeksu karnego nowy art. 190 a, zawierający prawną definicję stalkingu, i tym samym istotnie zmodyfikowała dotychczasowy katalog przepisów regulujących przestępstwa przeciwko wolności, do których zaliczany jest stalking. Zgodnie z art. 190a § 1 K.k., „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 trzech. Tej samej karze podlega, kto, podszywając się pod inną osobę, wykorzystuje jej wizerunek lub inne jej dane osobowe w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej (§ 2 art. 190a K.k.). Zgodnie z § 3 art. 190a K.k., jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 lub 2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego (§ 4 art. 190 a K.k.)”.

⁸ *Longman Dictionary of Contemporary English*, Third Edition Longman Group Ltd, 1995, s. 1395.

⁹ *Wielki słownik polsko-angielski*, Oxford University Press 2002, s. 1138.

¹⁰ *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn 2000, s. 1135.

Przed wejściem w życie nowych przepisów, tj. przed 6 czerwca 2011 roku, do zachowań noszących znamiona stalkingu można było stosować przepisy:

- a) art. 107 K.w. (złośliwe niepokojenie),
- b) art. 207 K.k. (znęcanie się),
- c) art. 190 K.k. (groźba karalna),
- d) art. 191 K.k. (zmuszanie),
- e) art. 193 K.k. (naruszenie miru domowego),
- f) art. 202 § 3 K.k. (rozpowszechnianie tzw. twardej pornografii),
- g) art. 216 K.k. (znieważenie lub zniesławienie),
- h) art. 217 K.k. (naruszenie nietykalności cielesnej),
- i) art. 267 K.k. (naruszenie tajemnicy korespondencji).

Najbardziej zbliżonym typem zachowania w stosunku do obecnego stalkingu jest czyn z art. 107 Kodeksu wykroczeń. Zgodnie z nim, „kto w celu dokuczenia innej osobie złośliwie wprowadza ją w błąd lub w inny sposób złośliwie niepokoi, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny do 1500 zł albo karze nagany”. Przedmiotem ochrony tego wykroczenia jest spokój człowieka (osoby fizycznej) i jego równowaga psychiczna (spokój, wolność od przykrości, rozdrażniania, zdenerwowania). Dla bytu wykroczenia konieczna jest umyślność w postaci zamiaru bezpośredniego. Główną rolę w tym wykroczeniu odgrywiają znamiona strony podmiotowej. Po pierwsze zachowanie sprawcy musi być podjęte w celu dokuczenia innej osobie, co wyraźnie wiąże się z przeżyciami psychicznymi sprawcy. Po drugie niepokojenie innej osoby lub wprowadzenie jej w błąd musi być złośliwe, co charakteryzują intencje w zachowaniu się sprawcy. Strona przedmiotowa tego czynu polega na złośliwym wprowadzeniu w błąd lub innym złośliwym niepokojeniu w celu dokuczenia innej osobie. Znamię złośliwości oznacza szczególne nastawienie sprawcy przejawiające się w chęci dokuczenia, zrobienia przykrości, wyprowadzenia z równowagi. Złośliwe niepokojenie w rozumieniu art. 107 K.w. to wzbudzanie niepokojów, obawy, lęku, polegające na zakłóceniu spokoju lub innych zachowaniach wyprowadzających pokrzywdzonego z równowagi psychicznej (np. wysyłanie przykrych listów, głuche telefony, pukanie do drzwi i uciekanie). Dyskusyjna jest kwestia popełnienia tego wykroczenia z zaniechania. Niektórzy z teoretyków prawa karnego nie dopuszczają możliwości niepokojenia przez zaniechanie¹¹. Z kolei inni wskazują na istnienie takiej postaci wykroczenia np. poprzez celowe niesprzątanie klatki w odniesieniu do określonego piętra

¹¹ Por. T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń*, Warszawa 2012, s. 175; B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń*, Warszawa 2008, s. 405.

budynku, na którym mieszka pokrzywdzony, lub zaniechanie ściszenia muzyki po nastaniu spoczynku nocnego i ciszy nocnej w stosunku do sąsiada¹². Zawarte w tym przepisie sformułowanie „w celu dokuczenia” oznacza, że to wykroczenie można popełnić wyłącznie umyślnie w zamiarze bezpośrednim kierunkowym. Biorąc pod uwagę te spostrzeżenia, należy uznać, że art. 107 K.w. może mieć zastosowanie jedynie do niewielkiej grupy zachowań sprawcy nękania, jednakże nie będzie miał on zastosowania w znaczącej części innych przypadków z uwagi na stronę podmiotową tego wykroczenia (*dolus directus coloratus*). O ile zatem można rozważać zastosowanie art. 107 K.w. przy zachowaniach sprawcy prześladowającego swoją ofiarę z powodu zemsty, niechęci czy nienawiści, to nie będzie takiej możliwości w przypadku gdy sprawca motywowany był innym przeżyciem intelektualnym, np. głębokim (nawet patologicznym i nieodwzajemnionym) uczuciem do ofiary, co jest dosyć powszechne w przypadku zachowań stalkerów¹³. W przypadku stalkingu działania sprawcy nie muszą być podyktowane złośliwością czy chęcią dokuczenia pokrzywdzonemu, jak w przypadku normy z art. 107 K.w. Niekiedy bowiem sprawca działa w wyniku motywacji zasługującej na pozytywną ocenę (miłość), a jednak jego zachowania budzą trwogę i przerażenie u ofiary. Do chwili wprowadzenia regulacji z art. 190 a K.k. wymienione przepisy Kodeksu karnego i Kodeksu wykroczeń teoretycznie mogły stanowić podstawę prawną do wszczęcia postępowania przeciwko stalkerom, jednakże nadal istniały zachowania, które będąc uciążliwymi i niewłaściwymi, nie podlegały kryminalizacji ze względu na brak regulacji (np. stałe oczekiwanie przed domem ofiary, kręcenie się w pobliżu miejsca zamieszkania lub pracy, wysyłanie niechcianej korespondencji), a stanowiły znaczną uciążliwość dla pokrzywdzonych, godząc w ich życiowy spokój. Nie można jednak wykluczyć, że w pewnych sytuacjach ten sam czyn wypełni znamiona obydwu tych przepisów, jednak taki zbieg przepisów zgodnie z zasadą *lex consumens derogat legi consumptae* będzie miał charakter pozorny (pomijalny) prowadzący do stosowania wyłącznie normy z art. 190a K.k. Jeszcze przed regulacją z 2011 roku pewne negatywnie społeczne zachowania były określane mianem stalkingu, jednak nie istniało w prawie jednolite ujęcie prawnej problematyki tzw. „nękania”. Penalizacja stalkingu wydawała się zatem potrzebna i ze wszech miar uzasadniona dla ochrony społeczeństwa przed nowymi patologiami, przede wszystkim ze względu na ograniczenia możliwości ścigania zachowań nienoszących znamion czynów zabronionych, naruszających w sposób oczywisty dobra prawnie chronione. Wskazane powyżej regulacje dawały możliwość odrębnego ścigania,

¹² *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2015, s. 733.

¹³ Opinia z dn. 23 grudnia 2010 roku dr hab. prof. zw. Marka Mozgawy w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny (druk sejmowy nr 3553) dla Biura Analiz Sejmowych, s. 4.

o ile dane zachowanie sprawcy zostało rozłożone w czasie na konkretne czyny wypełniające znamiona poszczególnych przestępstw, jednakże często organy ścigania negatywnie interpretowały zarówno pojedyncze zachowania sprawcy, jak i sumę poszczególnych zachowań przestępczych, jak również wadliwie kwalifikowały zachowania sprawcy, nie uznając ich za znamiona czynów zabronionych.

Umieszczenie regulacji z art. 190a K.k. nie mogło zatem znaleźć się w innym rozdziale niż w Rozdziale XXIII Kodeksu karnego, dotyczącym przestępstw przeciwko wolności. Wszystkie przestępstwa zamieszczone w tym rozdziale chronią wolność osobistą człowieka. Paragraf 1 art. 190a K.k. penalizuje zachowanie polegające na uporczywym nękanii innej osoby lub osoby jej najbliższej, które wzbudza w niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność. Ponadto ustawodawca pod pojęciem stalkingu objął w § 2 art. 190 K.k. penalizacją częste zachowania polegające na podszywaniu się pod inne osoby (np. fałszywe profile), wykorzystywanie ich wizerunku (np. w celach komercyjnych, handlowych) czy danych osobowych w celu wyrządzenia szkód majątkowych lub osobistych. W typie kwalifikowanym tego występku (art. 190a § 3 K.k.), jeżeli następstwem powyższych zachowań sprawcy jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, Kodeks karny przewiduje surowszą sankcję w postaci kary pozbawienia wolności w wymiarze od roku do 10 lat. Wypada podkreślić, że przestępstwo stalkingu jest przestępstwem wnioskowym, a zatem jego ściganie uzależnione jest od złożenia przez pokrzywdzonego stosownego wniosku o ściganie i ukaranie sprawcy – z wyjątkiem sytuacji, kiedy wynikiem wskazanych działań było targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie. Decydujące znaczenie ma zatem wola pokrzywdzonego, który w sposób subiektywny dokonuje oceny zachowań sprawcy i ich wpływu na indywidualne bezpieczeństwo. W odniesieniu do czynności sprawczej mamy do czynienia z uporczywym nękaniami wywoływaniem przez sprawcę poczucia zagrożenia u pokrzywdzonego bądź u najbliższej jej osoby. W polskiej ustawie karnej dodatkowo mowa jest o „istotnym naruszeniu prywatności” ofiary jako skutku, który musi wystąpić w wyniku uporczywego nękania, by można było dane zachowanie sprawcy uznać za stalking. Trudno, niestety, zdefiniować „prywatność”. Wydawałoby się słusznym określenie jej jako elementu wolności człowieka przejawiającego się w swobodnym i nieprzymuszonym decydowaniu o własnych czynach, w prawie do ochrony swojego najbliższego środowiska od ingerencji osób trzecich i działań niepożądanych. Prywatność to także prawo do własnego wizerunku, do dysponowania nim wedle własnych decyzji i przekonań, co ważne – bez naruszenia sfery praw osób trzecich. Wydawałoby się więc, że jako element wolności każde naruszenie

prywatności można nazwać istotnym. Ogólnym przedmiotem ochrony art. 190a § 1 K.k. jest wolność od zagrożeń (np. strachu, nagabywania, niepożądanych zachowań), indywidualnym przedmiotem ochrony jest zaś prawo do zachowania prywatności. Zasadniczym zachowaniem wyrażającym czynność sprawczą tego przestępstwa jest uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej, przez co należy rozumieć wielokrotne, powtarzające się prześladowanie, wyrażające się w podejmowaniu różnych naprzykrzających się czynności, których celem jest udręczenie, utrapienie, dokuczenie lub niepokojenie pokrzywdzonego albo jego osoby najbliższej. W znaczeniu słownikowym nękanie to ustawiczne dręczenie, niepokojenie, trapienie (czymś) kogoś¹⁴. Oczywiście jest to znamię nieostre i może wzbudzać wątpliwości interpretacyjne. Nie wszystkie zachowania powodują bowiem przykrość dla sprawcy, krzywdę lub dyskomfort psychiczny, a tylko takie mogą realizować to znamię czynu zabronionego (np. przesyłanie kwiatów kobietom, prezentów). Pojęcie osoby najbliższej zostało zdefiniowane w art. 115 § 11 K.k., przy czym w teorii dyskutuje się, czy partner życiowy jest osobą najbliższą w rozumieniu tego przepisu, jeżeli nie zamieszkuje faktycznie z drugą osobą. Negatywny stosunek sprawcy do pokrzywdzonego wzmocniony jest dodatkowo właściwością jego zachowania zawierającą się w uporczywości nękania. Uporczywość nie ma charakteru jednolitego, zazwyczaj jest rozumiana dwójako: jako zachowanie sprawcy i jego negatywne nastawienie psychiczne do czynu¹⁵. Choć znamię uporczywości zawiera się w nękanii i niekiedy zwrot „uporczywie nękać” może zostać uznany za swoisty pleonazm językowy, to jednak taka redakcja przepisu z jednej strony pozwala na jednoznaczną ocenę strony podmiotowej przestępstwa, a z drugiej wskazuje na wielokrotność zachowań sprawcy¹⁶. Orzecznictwo wskazuje, że „pojęcie uporczywości zawiera zarówno wielokrotność uchylania się od wykonania powinności, jak i świadomość możliwości niweczenia osiągnięcia stanu założonego przez prawo”¹⁷. W literaturze dostrzega się także, że znamię uporczywości wymaga od sprawcy na tyle negatywnego nastawienia, że nie jest możliwe dopuszczenie się tego przestępstwa przy braku chęci (chcenie), a jedynie przez przewidywanie możliwości jego popełnienia i godzenie się

¹⁴ <https://sjp.pwn.pl/slowniki/nękać.html> [dostęp 14.02.2017r.].

¹⁵ Zob także: M. Staręga, *Stalking jako nowy czyn zabroniony w polskim kodeksie karnym. Aspekt prawny oraz znaczenie społeczne*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach” 2012, nr 94, s. 194.

¹⁶ Odmienne uważa M. Mozgawa, który w toku konsultacji w procesie legislacyjnym był przeciwnikiem dodania znamienia „uporczywie”. Jego zdaniem, już z samego określenia „nękać” wynika, że ma to być szereg zachowań i nie ma potrzeby implikować dodatkowych wymagań ustawowych, które będą tylko utrudniały stosowanie tego przepisu w praktyce. Zob. cyt. opinia z dn. 23 grudnia 2010 roku dr hab. prof. zw. Marka Mozgawy, s. 6.

¹⁷ Por. postanowienie SA w Krakowie z dnia 13 grudnia 2000 roku, II AKZ 289/2000, KZS 2000, nr 12, poz. 28.

na realizację znamion typu czynu zabronionego przez sprawcę¹⁸. Przyjęcie takiej koncepcji prowadziłoby jednak do zawężenia ochrony pokrzywdzonego tylko do przypadków działania sprawcy w zamiarze ewentualnym przy braku „chcenia”, co raczej nie było zamiarem ustawodawcy. Ustawodawca kryminalizuje zatem tylko takie zachowania odpowiadające nękananiu, które mają charakter długotrwały. W orzecznictwie wskazuje się na dwa elementy uporczywości w zachowaniu się sprawcy – z jednej strony jego szczególne nastawienie psychiczne, wyrażające się w nieustępliwości nękania, tj. trwaniu w swego rodzaju uporze, mimo próśb i upomnień pochodzących od pokrzywdzonego lub innych osób o zaprzestanie przedmiotowych zachowań, z drugiej natomiast strony – dłuższy upływ czasu, przez który sprawca je podejmuje¹⁹. Nękanie może przybrać postać zarówno działania, jak i zaniechania. Czyn z art. 190a § 1 K.k. jest przestępstwem materialnym – skutkowym. Skutkiem zachowania się sprawcy musi być wytworzenie u pokrzywdzonego uzasadnionego poczucia zagrożenia lub poczucia istotnego naruszenia jego prywatności²⁰. Ustawodawca nie wymaga przy tym, aby zachowanie stalkera niosło ze sobą agresję. Nadto prawnie irrelevantne jest w kontekście strony podmiotowej tego przestępstwa, czy czyn sprawcy powodowany jest żywionym do pokrzywdzonego uczuciem miłości, nienawiści, chęcią dokuczenia mu, złośliwością czy chęcią zemsty²¹. W pojęciu nękania mieści się powtarzalność zachowań sprawcy, a zatem do wypełnienia tego znamienia co do zasady nie wystarczy jednorazowe zachowanie sprawcy. Jest to więc z zasady przestępstwo wieloczynowe. Należy także wskazać, iż czyn z art. 190a § 1 K.k. ma charakter umyślny, przy czym część znamion musi być objęta zamiarem bezpośrednim (uporczywe nękanie pokrzywdzonego), część jednak może być objęta bądź zamiarem bezpośrednim, bądź ewentualnym (wzbudzenie u pokrzywdzonego poczucia zagrożenia lub istotnego naruszenia jego prywatności)²².

W teorii M. Latanzii wskazuje na pewne cechy zachowania, które mogą stanowić o stalkingu:

- zachowanie musi być zamierzone oraz wywoływać lęk, strach;
- zachowanie musi występować co najmniej przez 30 dni;
- musi wystąpić minimum 10 czynów w przeciągu 30 dni;

¹⁸ A. Golonka, *Uporczywe nękanie jako nowy typ czynu zabronionego*, „Prokuratura i Prawo” 2012, z. 1, s. 88.

¹⁹ Por. np. wyrok SN z dnia 28 listopada 1995 roku, III KRN 137/95, „Prokuratura i Prawo”, nr 6, poz. 11; wyrok SN z dnia 27 lutego 1996 roku, II KRN 200/95, „Prokuratura i Prawo”, nr 10, poz. 8.

²⁰ Por. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2014 roku, II AKa 18/14, „LEX”, nr 1439334, KZS 2014/7-8/98.

²¹ Zob. także: M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny* (Dz.U. z 2011 r., nr 72, poz. 381), publ. LEX/el., 2011, nr 111327.

²² Por. wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 4 marca 2013 roku, IV Ka 1795/12, LEX nr 1714996.

- działanie sprawcy musi wywoływać negatywne skutki psychiczno-relacyjne, tj. niepokój, zaburzenia snu, konieczność zmiany numeru telefonu, miejsca pracy lub zamieszkania;
- sprawcy angażują w proceder znajomych, rodzinę czy kolegów z pracy²³.

Wskazane wyliczenie z punktu widzenia kwalifikacji zachowań i określania ich pewnych parametrów może wydawać się zbyt daleko idące, zwłaszcza jeśli weźmiemy pod uwagę ramy czasowe, w których musiałby działać sprawca, oraz liczbę czynów, których miałby się w tym czasie dopuścić. Z art. 190a K.k. jasno wynika, że zachowanie sprawcy nie może być jednorazowe, tylko powtarzalne, nie ma jednak wskazania, jak często i na przestrzeni jakiego okresu powinny następować określone czynności noszące cechy nękania. Odpowiedzialności karnej będzie podlegać zarówno sprawca, który wysyła do ofiary kilka SMS-ów dziennie, jak i ten, który nęka ofiarę, wysyłając do różnych instytucji jedno niezasadne pismo miesięcznie w celu zastraszenia. W każdej sytuacji, w której występuje podejrzenie zachowań niepożądanych, powinno dochodzić do indywidualnej oceny okoliczności i konkretnego zachowania. Polska regulacja dotycząca stalkingu jest w zasadzie zrozumiała, aczkolwiek już konkretne rozstrzygnięcia mogą się różnić chociażby ze względu na występujący w przedmiotowej normie czynnik subiektywny, jakim jest „wzbudzenie poczucia zagrożenia”. Nie każdy bowiem w ten sam sposób odczuwa te same zachowania jako zagrażające czy wywołujące lęk. Pomimo indywidualnej oceny każdego przypadku należy jednak w najwyższym możliwym stopniu obiektywizować owe okoliczności, tak by nie doprowadzać od kuriozalnych rozstrzygnięć. Nadal jednak w praktyce stosowania tego przepisu pojawiają się trudności interpretacyjne po stronie organów ścigania. Autorowi artykułu znany jest przypadek bagatelizowania przez organy ścigania zachowania sprawcy – męża, który w toku postępowania o rozwiązanie małżeństwa, zamieszkując osobno niemalże codziennie, pod pozorem różnych czynności, odwiedzał pokrzywdzoną – żonę w jej miejscu zamieszkania (nieruchomości stanowiącej majątek wspólny), utrwalając przy tym obraz i dźwięk przy wyraźnej dezaprobach takiego zachowania. Z kolei innej sprawie sprawca – była żona, systematycznie (co miesiąc), złośliwie kierowała przeciwko pokrzywdzonemu - byłemu mężowi różnorodne zawiadomienia o przestępstwach, wykroczeniach i deliktach dyscyplinarnych do odpowiednich władz i organów ochrony prawa w celu zdyskredytowania i wywołania utraty zaufania w stosunku do niego. Niestety,

²³ *Psicologia del dis agio*, red. M. Lattanzi, Roma 2005, s. 73-89; *Stalking – między przemocą a uzależnieniem*, red. nauk. W. Woźniak, M. Lattanzi, Kutno 2010, s. 141.

organy ścigania często nie wykazują się w takich, nierzadko niestandardowych sprawach, motywacją w działaniu w tym ujawnianiu, utrwalaniu i zabezpieczeniu dowodów sprawstwa, choć w dużej mierze ich nastawienie uzależnione bywa od niejednoznacznej postawy pokrzywdzonego. Należy przy tym pamiętać, iż katalog przykładów negatywnych zachowań sprawcy jest otwarty. Typowych przykładów zachowań stalkera jest wiele. Według D. Woźniakowskiej-Fajst, stalking najczęściej wyraża się w następujących zachowaniach²⁴:

- wydzwanianie o każdej porze dnia i nocy, głuche telefony;
- kręcenie się w okolicy miejsca zamieszkania lub zatrudnienia ofiary;
- nawiązywanie kontaktów przez osoby trzecie, natrętne wypytywanie o ofiarę w jej otoczeniu;
- wystawanie pod drzwiami domu/pracy – aktualnego miejsca pobytu ofiary;
- wysyłanie listów, e-maili, prezentów, sms-ów;
- składanie w czyimś imieniu zamówień pocztowych;
- milczące wystawanie;
- pozostawianie niechcianych wiadomości pod drzwiami / na poczcie głosowej;
- inwigilacja, kontrolowanie ofiary;
- podglądanie ofiary z ukrycia;
- rozsyłanie fałszywych informacji o ofercie;
- włamania do komputera/mieszkania/samochodu ofiary;
- kradzież przedmiotów należących do ofiary;
- nękanie rodziny i przyjaciół ofiary;
- napaść i pobicie przyjaciół rodziny i ofiary.

Warto dodać, że wobec sprawcy przestępstwa z art. 190a § 1 K.k. może zostać orzeczony na podstawie art. 41a § 1 K.k. środek karny w postaci obowiązku powstrzymywania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami, zakazu zbliżania do określonych osób, zakazu opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu lub nakazu okresowego opuszczania lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. W toku postępowania przygotowawczego organ procesowy w związku z zastosowaniem wobec podejrzanego oddania od dozór policji zawsze powinien rozważyć zastosowanie wobec podejrzanego współlistniejącego środka zapobiegawczego w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzonym lub zbliżania się na wskazaną odległość, zakazu przebywania w określonych miejscach,

²⁴ D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne...*, op. cit., s. 4 i n.

a także innych ograniczeniach swobody podejrzanego niezbędnych do wykonywania dozoru (art. 275 § 2 K.p.k.). Zakaz kontaktowania się z określonymi osobami oznacza ma charakter bezpośredni i obejmuje, m.in. zakaz korespondowania, telefonowania, komunikowania się za pośrednictwem Internetu (poczta elektroniczna, komunikatory, portale społecznościowe, etc.), natomiast nie będzie nim objęty zakaz kontaktowania się za pośrednictwem innych osób. Organ procesowy powinien tak ukształtować zakaz, aby sprawca nie miał wątpliwości co do jego zakresu. Z kolei orzekając zakaz zbliżania się do określonych osób, sąd (prokurator) wskazuje odległość od osób chronionych, którą skazany (podejrzany) obowiązany jest zachować. Odległość ta powinna być określona w odpowiednich jednostkach miary, np. w metrach. Niedopuszczalne jest określenie odległości za pomocą kryteriów ocennych i subiektywnych²⁵. Nie ma znaczenia, czy osoba, w stosunku do której obowiązuje sprawcę zakaz przebywa w danym miejscu sporadycznie czy też regularnie (miejsce pracy, miejsce zamieszkania, miejsce wypoczynku). Orzekając nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, sąd (prokurator) określa termin jego wykonania (art. 41a § 5 K.k. w zw z art. 275a § 1 K.p.k.). Naruszenie zakazu kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób czy okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym sądowego lub innego stanowi występki z art. 244 K.k. zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3.

W obliczu rozwoju nowoczesnych technologii nie należy ograniczać się do uznania tylko tradycyjnych form i narzędzi popełniania stalkingu, ich katalog nie jest bowiem zamknięty. Wraz z rozwojem narzędzi komunikacji Internet stał się naturalną przestrzenią do uskuteczniania przez stalkerów swoich działań. P. Afab wskazuje, że „cybernękanie to sytuacja, gdy ktoś kogoś dręczy i śledzi w sieci albo używa Internetu jako środka do sprowokowania prześladowań lub konfrontacji w realnym świecie. Wyróżnia się trzy formy cybernękania:

- 1) napastowanie, które odbywa się tylko w sieci;
- 2) nękanie zachodzące głównie w sieci, ale wychodzące również poza sieć lub mające jakieś komponenty w realnym świecie;
- 3) dręczenie i nękanie w realnym świecie, które ma także jakieś komponenty w sieci”²⁶.

Polskie prawo karne nie wskazuje cyberstalkingu jako odrębnego przestępstwa. Nie oznacza to jednak, że nie ma możliwości jego penalizacji. Wydaje

²⁵ Por. wyrok SA w Katowicach z dnia 26 czerwca 2015 r., II Aka 203/15.

²⁶ P. Afab, *Internet a dzieci. Uzależnienia i inne niebezpieczeństwa*, Warszawa 2003, s. 140-141.

się wręcz, że ustawodawcy przyświecała zupełnie przeciwna idea. Ponieważ internet daje większe możliwości stosowania niedozwolonych zachowań, wraz z jego rozwojem pojawiają się nowe metody nękania, co sprawia, że pod pojęciem stalkingu mieści się również cyberstalking. Termin cyberstalking rozumiany jest jako neologizm określający zjawisko używania mediów elektronicznych, w tym zróżnicowanych technologii informacyjnych, do nękania ofiary przez cyberstalkera. Zdarza się, że stalking przekształca się w cyberstalking i odwrotnie. W ujęciu potocznym zachowanie cyberstalkera zwykle kojarzone jest z nękaniami poprzez wysyłanie za pomocą komunikatorów niechcianych wiadomości e-mail, wiadomości tekstowych sms, jak również umieszczanie na forach internetowych złośliwych, szykanujących komentarzy. Cyberstalking jest również zbliżony do cybermobbingu jako szczególna forma nienawiści internetowej, w tym może obejmować dość powszechne obecnie zachowania, jak: trolling i hejting. Trolling (trollowanie) to antyspołeczne zachowanie, charakterystyczne dla internetowych forów dyskusyjnych, czatów, grup dyskusyjnych, kiedy w sposób celowy sprawca zmierza do wywołania kłótni, wpływając na innych użytkowników poprzez ich ośmieszanie lub obrażanie, wysyłanie nieprawdziwych przekazów i czynienie negatywnych zabiegów erystycznych. Za trollowanie uważa się także wysyłanie użytkownikowi niechcianych gier lub filmów zawierających wyskakujące tzw. screamery (straszydła). Z kolei hejting, podobnie jak cyberbulling, stanowi bardzo negatywne zjawisko polegające na rozsiewaniu agresji i nienawiści w sieci. Hejterzy zwykle obrażają innych bez powodu, negują ich twórczość czy też wypowiedzi za pomocą agresywnych komentarzy. Zjawisko to jest bardzo niebezpieczne, nie sprzyja bowiem rozwojowi kultury osobistej oraz poszanowaniu cudzej godności w sieci (netykieta²⁷). Cyberbulling to złożone zjawisko związane z anonimową cyberprzemocą, w której sprawca intencjonalnie używa przemocy słownej w postaci np. cyberstalkingu, poniżania, molestowania, wykluczania, sextingu²⁸, oczerniania, plotkowania etc., wyrządzając ofierze szkodę emocjonalną.

2. Penalizacja zjawiska mowy nienawiści w prawie karnym

Z historycznego punktu widzenia mowa nienawiści zagościła w Europie w okresie II wojny światowej (Holocaust). W utworzonych po wojnie systemach ochrony praw człowieka – w systemie uniwersalnym (ONZ) i systemie europejskim (Rady

²⁷ <https://pl.wikipedia.org/wiki/Netykieta> [dostęp 14.02.2017].

²⁸ Sexting (ang.) – termin określający prowokacyjne wysyłaniu tekstów lub obrazów o podłożu seksualnym. Zob. np.: <https://pl.wikipedia.org/wiki/Sexting> [dostęp 14.02.2017].

Europy), znalazły się już prawne regulacje zakazujące głoszenia nienawistnych wypowiedzi, choć nie pojawił się w nich sam termin mowa nienawiści. W wybranych traktatach uwzględniono również formułę „zakazu nadużycia praw”. Oznacza to, że choć dany traktat (konwencja) zawiera np. prawo do wolności wypowiedzi czy zrzeszania się, to osoba szerząca rasistowskie hasła bądź starająca się założyć partię neonazistowską nie może powoływać się na prawa przyznane w takim dokumencie prawa międzynarodowego, albowiem jej działania czy też konkretne wypowiedzi są sprzeczne z ideami, na których opiera się cała koncepcja ochrony praw człowieka²⁹. W 1992 roku Rada Europy zwróciła większą uwagę na rasistowskie i ksenofobiczne treści promowane na rynku gier komputerowych. Jak wskazano we wstępie, definicja zjawiska pojawiła się dopiero w 1997 roku w Rekomendacji R (97)/20 Komitetu Ministrów Rady Europy. Obecnie większość instytucji, które zajmują się monitorowaniem zjawiska, organizacje pozarządowe, eksperci oraz Europejski Trybunał Praw Człowieka, odwołuje się właśnie do tej definicji. Warto przypomnieć, iż według niej mową nienawiści są wypowiedzi, które szerzą, propagują i usprawiedliwiają nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm oraz inne formy nietolerancji podważające bezpieczeństwo demokratyczne, spójność kulturową i pluralizm. Problematykę mowy nienawiści poruszano także w innych dokumentach, jak chociażby: Rekomendacja 1805/2007 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy dotycząca bluźnierstwa, obelg religijnych i wypowiedzi szerzących nienawiść do ludzi w oparciu o ich religię; Studium Komisji Weneckiej 406/2006 odnośnie bluźnierstwa, obelg religijnych i podżegania do nienawiści religijnej; Rekomendacje Ogólnej Polityki Nr 7 Komisji Europejskiej przeciwko rasizmowi i Nietolerancji (ECRI) w ustawodawstwie krajowym w celu zwalczania rasizmu i dyskryminacji rasowej. W 2000 roku w Rada Europy zwracała uwagę na rozwój mowy nienawiści w internecie, a także na jej związki z rozwojem mediów społecznościowych. Wśród polityków i prawników źródłem wiedzy o mowie nienawiści jest podręcznik A. Webera³⁰, który stanowi przewodnik po kryteriach przyjmowanych przez ETPCz w licznych wyrokach dotyczących oceny przypadków sądowych tego negatywnego zjawiska. W 2003 roku w protokole dodatkowym Konwencji o cyberprzestępczości nie pojawia się, niestety, informacja o mowie nienawiści, wspomniane są za to „groźby i zniewagi o podłożu rasistowskim i ksenofobicznym”³¹. Podobnych informacji nie znajdziemy także w samej Konwencji o cyberprzestępczości

²⁹ <http://siectolerancji.pl/jak-reagowac/prawo-miedzynarodowe> [dostęp 14.02.2017].

³⁰ A. Weber, *Manual on hate speech*, [w:] *Council of Europe Publications*, 2009, ISBN 978-92-871-6614-2.

³¹ <http://www.mowanienawisci.info/post/rekomendacja-nr-6-zwalczanie-rozprzestrzeniania-tresci-rasistowskich-ksenofobicznych-i-antysemitkich-w-internecie/>, ibidem, [dostęp 14.02.2017].

z 23 listopada 2001 roku. Z kolei w Decyzji ramowej Rady 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 roku w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnych³² określono, iż pewne zachowania, jak :

- publiczne nawoływanie do przemocy lub nienawiści skierowanej przeciwko grupie osób, którą definiuje się według rasy, koloru skóry, pochodzenia, wyznawanej religii lub światopoglądu albo przynależności narodowej lub etnicznej, lub przeciwko członkowi takiej grupy;
- powyższe czyny, gdy są dokonywane poprzez publiczne rozpowszechnianie lub rozprowadzanie tekstów, obrazów lub innych materiałów;
- publiczne aprobowanie, negowanie lub rażąco pomniejszanie zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości oraz zbrodni wojennych w rozumieniu art. 6, 7 i 8 statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego oraz zbrodni określonych w art. 6 Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, jeśli czyny takie mogą podburzać do przemocy lub wzbudzać nienawiść skierowaną przeciwko takiej grupie lub jej członkowi, stanowią przestępstwa kryminalne i podlegają sankcjom karnym.

Penalizacja mowy nienawiści służy ochronie przyrodzonej godności człowieka oraz wynikających z niej praw i wolności, stanowiąc jednocześnie realizację obowiązku państwa polskiego, wynikającego z art. 20 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167), zgodnie z którym „popieranie w jakikolwiek sposób nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej, stanowiące podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu, powinno być ustawowo zakazane”³³. W polskim systemie prawa karnego zasadniczą rolę penalizującą mowę nienawiści odgrywa występki zakazujący propagowania faszyzmu i totalitaryzmu z art. 256 K.k., który w § 1 stanowi, iż każdy, kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 oraz występki z art. 257 K.k., który penalizuje rasizm. W doktrynie uznaje się, że przedmiot ochrony z art. 256 k.k. obejmuje „prawidłowe funkcjonowanie państwa w sposób demokratyczny, w ramach tegoż

³² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=URISERV:133178> [dostęp 14 luty 2017].

³³ Por. wyrok TK z dnia 25.02.2014 r., sygn. akt SK 65/12, file:///C:/Users/Kancelaria/Downloads/D20140268TK.pdf [dostęp 14.02.2017].

ustroju i zapewniający obywatelom tego państwa i innym osobom zamieszkałym na jego terytorium ochronę ich praw³⁴.

Z kolei zgodnie z art. 257 K.k. karze pozbawienia wolności do lat 3 podlega każdy, kto publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególną osobę z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby. Pewne wątpliwości interpretacyjne pojawiły się w związku z czynnością sprawczą „nawoływania do nienawiści”, która wymaga oddziaływania przez sprawcę na psychikę innych osób. W postanowieniu z 5 lutego 2007 r., sygn. akt IV KK 406/06 (OSNwSK nr 1/2007, poz. 367) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że „nawoływanie do nienawiści z powodów wymienionych w art. 256 k.k. – w tym na tle różnic narodowościowych – sprowadza się do tego typu wypowiedzi, które wzbudzają uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób lub całych grup społecznych czy wyznaniowych bądź też z uwagi na formę wypowiedzi podtrzymują i nasilają takie negatywne nastawienia i podkreślają tym samym uprzywilejowanie, wyższość określonego narodu, grupy etnicznej, rasy lub wyznania”. Z kolei w innym postanowieniu z 1 września 2011 r., sygn. akt V KK 98/11 (OSNwSK nr 1/2011, poz. 154), Sąd Najwyższy uznał, że „[...] czynność sprawcza «nawoływania do nienawiści» wiąże się z chęcią wzbudzenia u osób trzecich najsilniejszej negatywnej emocji (zbliżonej do «wrogości») do określonej narodowości, grupy etnicznej czy rasy. Nie chodzi tu w żadnym razie o wywoływanie uczuć dezaprobaty, antypatii, uprzedzenia, niechęci. Zdaniem sądu wypowiedzi typu «aby walczyć z Żydami trzeba ich podpatrywać i walczyć ich własną bronią», «Polsce potrzebny jest Lepper, żeby zrobić porządek z Żydami, podobnie jak w Rosji uczynił to Putin», «mówimy Żydom precz» nie można utożsamiać z nawoływaniem czy też nakłanianiem do nienawiści na tle różnic wyznaniowych”. Jak podkreślił sąd „(...) wypowiedzi te mogą być wprawdzie w odczuciu społecznym wysoce nieakceptowalne, jednakże formułowane one były w określonych kontekstach, w ramach których prowadzone były dyskusje na forach internetowych, o których to dyskusjach przecież wiadomo, że ich uczestnicy reprezentują różny poziom, na porządku dziennym zdarzają się forumowicze wypowiadający się w sposób obraźliwy wobec innych uczestników dyskusji, używający niecenzuralnego słownictwa, wulgaryzmów, wprost wyzywający innych uczestników dyskusji”. Przykłady linii orzecniczej Sądu Najwyższego wskazują, iż każdorazowo w sprawach o czyny z art. 256 K.k. sądy powszechne powinny dążyć, do wyjaśnienia, czy określona wypowiedź stanowi

³⁴ Z, Ćwiąkalski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 1379.

w istocie „nawoływanie do nienawiści”, którego nie da się pogodzić z wolnością słowa. Kwalifikacja przez prokuratorów i sądy określonych zachowań jako przestępstw nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość musi być dokonywana z uwzględnieniem wolności słowa chronionej przez Konstytucję oraz umowy międzynarodowe, którymi związana jest Polska: Powszechną Deklarację Praw Człowieka, Konwencję oraz Pakt.

W przypadku znieważenia stanowiącego znamię strony przedmiotowej z art. 257 K.k. zachowanie sprawcy polega na okazaniu pogardy, która znacznie głębiej wyraża ujemny stosunek do wartości, jaką reprezentuje sobą człowiek, niż lekceważenie. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 kwietnia 2015, sygn. akt II AKa 26/15, w odniesieniu znamion strony przedmiotowej wskazał, iż „sprawca znieważając grupę lub osoby musi zarówno mieć świadomość określonych cech pokrzywdzonego (rasy, narodowości, wyznania czy bezwyznaniowości), jak i chcieć naruszenia jego godności właśnie i przede wszystkim z ich powodu. Istota powyższego czynu nie polega zdaniem sądu na samym znieważeniu, ale okazaniu osobom przeciwstawianym sobie przez sprawcę, charakteryzowanym jako „inne”, ich niższości i zanegowaniu ich prawa do równego traktowania. Racją penalizacji jest tu zwalczanie celowej, intencjonalnej wrogości o podłożu rasistowskim, nacjonalistycznym lub religijnym. Wszak obojętność woli zamiaru ewentualnego musiałaby oznaczać także obojętność dla różnic wymienionych w dyspozycji komentowanego przepisu”³⁵. Na gruncie rozpoznawanej sprawy sąd doszedł do wniosku, iż wyrażenie przez sprawcę, nawet w sposób niecenzuralny, opinii na temat osób mordujących i torturujących innych, bezpośrednio po obejrzeniu materiału filmowego na ten temat, stanowi o bezpośrednim zamiarze ich znieważenia, a nie jest po prostu impulsywną reakcją na obejrzone treści i ma za zadanie napiętnowanie tych ludzi nie z uwagi na ich wyznanie, a czyny, których się dopuszczają. Zdaniem sądu, „nie można zresztą, traktować na równi znieważenia kogoś ze względu na płeć, narodowość, rasę czy wyznanie, z negatywnym, a nawet obraźliwym określeniem osoby, która dopuszcza się czynów nie tylko moralnie nagannych, ale również penalizowanych przez większość cywilizowanych krajów, przy czym z całą stanowczością należy powtórzyć, iż ocena ta dotyczyła terrorystów wyznania islamskiego, a nie całej populacji muzułmanów, stanowiła bowiem reakcję na film przedstawiający ich zachowania”³⁶.

³⁵ Por. *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. W. Giezek, Lex 2014 r.

³⁶ http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/SN/15450000001006_II_AKa_000026_2015_Uz_2015-04-20_001 [dostęp 14.02.2017].

Oprócz wskazanych przepisów Kodeksu karnego do prawnokarnej oceny zdarzeń mających związek z mową nienawiści, organy ścigania stosują również kwalifikacje prawną innych czynów zabronionych, jak: przemoc i groźba bezprawna z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej wyznaniowej lub z powodu bezwyznaniowości ofiary (art. 119 K.k.) obraza uczuć religijnych (art. 196 K.k.), zniesławienie (art. 212 K.k.) oraz zniewaga (art. 216 K.k.). Warto także dodać, iż przez publiczne wyrażanie nienawiści wobec określonej osoby ze względu na jej przynależność narodową, etniczną, rasową czy religijną mogą zostać naruszone dobra osobiste takiej osoby.

Dobrami osobistymi są w szczególności: zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa lub artystyczna. Oczywiście dobrami osobistymi będą również takie wartości, jak życie rodzinne, życie prywatne, kult pamięci osoby zmarłej oraz poczucie przynależności do określonej grupy. Dobra osobiste to wartości, które cenione są przez ogół społeczeństwa i są tak istotne, że podlegają szczególnej ochronie prawnej. Poszkodowany w przypadku zagrożenia lub naruszenia dobra osobistego może skorzystać z ochrony cywilnoprawnej wskazanej w art. 24 Kodeksu cywilnego.

W przypadku obrazy uczuć religijnych w orzecznictwie szeroko przyjmuje się, iż przedmiotem ochrony jest wynikające z wolności sumienia i wyznania – prawo do ochrony uczuć religijnych³⁷. Obraza uczuć religijnych musi być jednak oceniana obiektywnie, tzn. dotyczyć takich zachowań, które powszechnie są odbierane za znieważające, z uwzględnieniem określonych przekonań panujących w kręgu kulturowym, z którego wywodzi się pokrzywdzony, a nie może być oceniana wyłącznie subiektywnie przez członków danej wspólnoty religijnej. Czynność sprawcza art. 196 K.k. polega na obrażaniu uczuć religijnych innych osób przez publiczne znieważenie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. Warto podnieść, iż doktrynie zrodziła się dyskusja dotycząca ochrony nie tylko przedmiotów czci religijnej o charakterze materialnym, lecz również o przedmiotu czci o charakterze niematerialnym, tzn. podmiotu kultu. J. Wojciechowski i M. Filar opowiedzieli się za stanowiskiem opierającym się na wykładni językowej i historycznej, że przedmiot czci religijnej, o którym mowa w 196 k.k., ogranicza się wyłącznie do rzeczy materialnych i nie obejmuje podmiotu czy podmiotów takiego kultu³⁸, jednak większość przedstawicieli doktryny opowiada się za sta-

³⁷ Por. uchwała Sądu Najwyższego z 29.10.2012r., I KZP 12/12, OSP 2013, Nr 2, poz.19.

³⁸ J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997, s. 340 oraz M. Filar, w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2014, s. 1132.

nowiskiem opartym na wykładni językowej, celowościowej i logicznej, zgodnie z którym przedmiot czci religijnej z art. 196 K.k., oprócz obiektów materialnych, obejmuje również Boga, bóstwo lub bóstwa, pojmowane osobowo lub w inny sposób, bezpośredni podmiot kultu i źródło danego wyznania czy religii³⁹. Sąd Najwyższy w wyroku z 17 lutego 1993 r. (uznał, że „termin «znieważa» ma takie samo znaczenie (i zakres) we wszystkich przepisach, w których określa on czyn zabroniony”⁴⁰. Zachowanie znieważające sprawcy powinno zatem charakteryzować się wyrażeniem pogardy, chęcią poniżenia lub wyszydzenia. Ocena, czy mamy do czynienia ze znieważeniem, opiera się jednak na kryteriach obiektywnych, biorąc za miarę normy kulturowo-obyczajowe powszechnie przyjęte w danym społeczeństwie⁴¹. Znieważenie polega zatem na zachowaniu stanowiącym w świetle norm obyczajowych i kulturowych wyraz pogardy. Znieważenie może nastąpić w dowolnej formie zarówno w wypowiedzi słownej, pisemnej, za pomocą gestów, obrazów, filmu, instalacji, happeningu, etc⁴². Znamieniem czynu zabronionego z art. 196 k.k. jest publiczne zachowanie sprawcy. Do znieważenia przedmiotu czci religijnej może zatem dojść tylko publicznie, a więc w taki sposób, że postępowanie sprawcy może być zauważone przez dowolną liczbę osób. Znieważenie może być zatem także rozpowszechnione za pomocą środków masowego przekazu, takich jak: telewizja, Internet, prasa itp. W tym miejscu warto przytoczyć sprawę lidera grupy Behemot „Nergala” – Adama Darskiego, który został oskarżony o to, że w dniu 13 września 2007 r. w Gdyni, podczas koncertu zespołu muzycznego Behemoth w klubie Ucho, znieważył publicznie przedmiot czci religijnej w postaci Pisma Świętego poprzez jego podarcie i rozrzucenie w kierunku widowni koncertu, używając przy tym słów: „to jest księga kłamstw, pieprzyć to gówno, pieprzyć tę hipokryzję, żryjcie z tego gówna”⁴³, czym miał obrazić uczucia religijne innych osób, m.in. Ryszarda Nowaka i innych członów Ogólnopolskiego Komitetu Obrony przed Sektami. W toku postępowania biegły sądowy z dziedziny religioznawstwa prof. Krzysztof Kowalik z Uniwersytetu Gdańskiego stwierdził, iż każdy egzemplarz Biblii jest przedmiotem czci religijnej. Sąd Rejonowy w Gdyni rozpoznawał sprawę oskarżonego Adama Darskiego dwukrotnie. Po raz pierwszy, wyrokiem z dnia 18 sierpnia 2011 r., uniewinnił go od popełnienia zarzucanego mu przestępstwa. Zgodnie z wyrażonym w tym orzeczeniu stanowiskiem oskarżony nie mógł popełnić zarzucanego mu przestępstwa,

³⁹ A. Grześkowiak, K. Wiak [red.], *Kodeks karny Komentarz* wyd. IV, Warszawa 2017, s. 941.

⁴⁰ Por. wyrok SN z 17 lutego 1993, sygn. akt III KRN 24/92; Wokanda nr 10/1993, s. 8.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Por. N. Kłaczyńska, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, op. cit., s. 510.

⁴³ http://www.academia.edu/14184054/Glosa_do_uchwały_Sądu_Najwyższego_z_dnia_29_października_2012_r._I_KZP_12_12_Zeszyty_Prawnicze_BAS_4_2012, T. Sroka [dostęp 14.02.2017].

działając w zamiarze ewentualnym. Wyrok ten zaskarżyli prokurator oraz oskarżyciel posiłkowy Ryszard Nowak i jego pełnomocnicy. W związku z treścią zarzutów apelacyjnych Sąd Okręgowy w Gdańsku, postanowieniem z dnia 29 maja 2012 r., przekazał do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne: „czy przestępstwo z art. 196 K.k. można popełnić jedynie działając w zamiarze bezpośrednim, czy także w zamiarze ewentualnym?”. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 29 października 2012 r., I KZP 12/12, wskazał, że „przestępstwo określone w art. 196 k.k. popełnia ten, kto swoim zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym obejmuje wszystkie znamiona tego występku”⁴⁴. W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 8 stycznia 2013 r. uchylił zaskarżony wyrok Sądu Rejonowego w Gdyni i przekazał sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania. Po ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd Rejonowy w Gdyni, wyrokiem z dnia 3 czerwca 2013 r., uniewinnił Adama Darskiego od popełnienia zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu. Wydając tej treści orzeczenie, Sąd pierwszej instancji uznał, że nie można oskarżonemu przypisać zamiaru ewentualnego, albowiem nie godził się on na to, iż swoim zachowaniem obrazi uczucia niesprecyzowanych osób, które mogły obejrzeć jego koncert w Internecie. Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 11 lutego 2014 r. zaskarżony wyrok utrzymał w mocy, uznając wszystkie wniesione apelacje od tego wyroku za – oczywiście – bezzasadne. Ostatecznie sprawa trafiła na wokandę Sądu Najwyższego, bowiem od tego orzeczenia kasację wywiedli Prokurator Generalny oraz pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego Romana Nowaka. Rozpoznając przedmiotowe kasacje w postanowieniu z dnia 5 marca 2015 r. w sprawie o sygn. akt III K 274/14, Sąd Najwyższy podkreślił, iż „forma artystyczna lub cel naukowy działania mającego charakter znieważający nie powodują same przez się wyłączenia odpowiedzialności karnej za obrazę uczuć religijnych bądź znieważenie publiczne przedmiotu czci religijnej”⁴⁵. Warto dodać, iż polskim prawem nie istnieje tzw. kontratyp sztuki. Sąd Najwyższy zgodził się z poglądem T. Gardockiej⁴⁶, że kontratyp sztuki, gdyby przyjąć jego istnienie, byłby najbardziej zbliżony do ustawowego kontrotypu stanu wyżej konieczności uregulowanego w art. 26 K.k. W nawiązaniu do opinii biegłego sądowego i stawianych zarzutów w kasacji Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, iż teoretycznie darcie Pisma Świętego, nawet w toku przekazu artystycznego, podczas występu zespołu muzycznego, stanowić

⁴⁴ http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Najnowsze_orzeczenia.aspx?ItemSID=86-16544171-be1b-4089-b74b-413997467af2&ListName=Zagadnienia_prawne&Rok=2012 [dostęp 14.02.2017].

⁴⁵ Postanowienie SN z dnia 5 marca 2015 r., sygn. akt IIIK 274/14; http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx [dostęp : 14.02.2017].

⁴⁶ T. Gardocka T., *Czy w polskim prawie potrzebny jest kontratyp sztuki?*, Palestra 2015, z.1-2, s. 24.

może wyraz pogardy wobec przekazu ważnego dla wyznawców wiary chrześcijańskiej, niezależnie od tego, czy Pismo Święte należałoby uznać za przedmiot czci religijnej, czy też nie. Opowiadając się z pewnymi, zarysowanymi wątpliwościami, iż wydrukowany egzemplarz Pisma Świętego może być przedmiotem czci religijnej (wydrukowane Pismo Święte znajduje się np. w hotelach, a wierni przechodząc obok księgarni, na jego widok nie odkrywają głów i nie skłaniają się z uszanowaniem jak w przypadku kapliczki, kościoła, czy krzyża świętego), Sąd Najwyższy postawił zasadnicze pytanie w sprawie, czy w sytuacji objętej treścią zarzutów aktu oskarżenia zniszczenie Pisma Świętego przez Nergala stanowiło znieważenie przedmiotu czci religijnej i czy przez to obrażało uczucia innych osób. Odpowiadając na nie, Sąd uznał, że Adam Darski, „drąc Biblię i formułując pod adresem jej przekazu określoną wypowiedź, nie działał z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym obrażenia uczuć religijnych innych osób. Był przekonany, że miejsce, w którym dokonał pewnej kreacji artystycznej – zresztą dość niskiego lotu – było dostępne dla osób, które wykupiły bilet, przy czym miał prawo zakładać, że są to osoby podzielające jego poglądy. Raz jeszcze wypada podkreślić, że żadna z osób obecnych na koncercie nie poczuła się obrażona w swoich uczuciach religijnych[...]⁴⁷. Zdaniem sądu, „wszyscy obecni na występach zespołu muzycznego „Behemoth” w klubie Ucho zdawali sobie sprawę z rodzaju przekazu, jakiego mogą być świadkami, aczkolwiek niewątpliwie nie znali jego treści. Żaden z nich nie uznał, że zachowanie Adama Darskiego obraziło jego uczucia religijne. Intensywne poszukiwania pokrzywdzonych przez prokuraturę ogłoszonymi w prasie nie przyniosły rezultatu i nie zgłosił się nikt, kto będąc obecnym podczas występu zespołu Behemoth, uznał, że obrażono jego uczucia religijne. Jako pokrzywdzeni w tej sprawie zgłosiły się osoby, które o występie zespołu i wydarzeniach, jakie miały miejsce podczas jego trwania i o zachowaniu Adama Darskiego dowiedziały się z przekazów prasowych bądź internetowych. W efekcie mogło to rodzić pytanie co do ewentualnej odpowiedzialności osób, które w sposób niezgodny z wolą organizatorów nagrały koncert, a następnie nagranie umieściły w internecie, zdając już sobie sprawę z tego, jakie treści to nagranie zawiera. Już z samego aktu oskarżenia wynika, że nastąpiło to wiele tygodni po występie zespołu⁴⁸. Ostatecznie zatem Sąd Najwyższy oddalił kasacje stron jako oczywiście bezzasadne i sformułował w pkt 2 wyroku tezę, iż „znamiona przestępstwa określonego w art. 196 K.k. wypełnia jedynie takie znieważenie przedmiotu czci religijnej, które ma miejsce

⁴⁷ Postanowienie SN z dnia 5 marca 2015 r., sygn. akt IIIK 274/14; http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx [dostęp : 14.02.2017], Ibidem.

⁴⁸ <https://wpolityce.pl/polityka/158937-kuriozalny-wyrokw-w-sprawie-nergala-zostal-on-uniewinniony-poniewaz-zniewazyl-uczucia-religijne-tylko-tych-osob-kto-re-byly-na-koncertcie> [dostęp 14.02.2017].

publicznie. Publiczny charakter przestępstwa z art. 196 K.k. sprowadza się do tego, że znieważenie przedmiotu czci religijnej może zostać dostrzeżone przez większą lub bliżej nieokreśloną liczbę osób. Znamię publiczności nie jest spełnione, jeśli zachowanie polegające na znieważeniu zostało zarejestrowane i przekazane następnie za pośrednictwem prasy drukowanej bądź przekazu, internetowego szerszej grupie osób. Osoba, która publikuje taki przekaz może natomiast wypełniać znamiona przestępstwa określonego w art. 196 K.k. W konsekwencji nie wypełnia znamion przestępstwa określonego w art. 196 K.k. zachowanie adresowane do osoby lub grupy osób, które dobrowolnie wyrażają zgodę na kontakt z treściami, które mogą prowadzić do obrazy uczuć religijnych”.

Głośnym echem w kraju odbiła się także inna sprawa znieważenia uczuć religijnych przez wokalistkę Dodę – Dorotę Rabczewską, która w sierpniu 2009 roku w wywiadzie, który udzieliła na łamach internetowego wydania „Dziennika.pl”, oświadczyła, że przekonują ją odkrycia naukowe, nie zaś „coś, co napisał jakiś napruty winem i palący jakieś zioła”⁴⁹. Odpowiadając na pytanie dziennikarki, o kim mówi, wyjaśniła: „O tych wszystkich, którzy spisali te wszystkie niesamowite historie (biblijne)”⁵⁰. Zawiadomienie o popełnieniu czynu z art. 196 K.k. do prokuratury złożyli Ryszard N. i Stanisław K. w ramach Ogólnopolskiego Komitetu Obrony przez Sektami, wskazując, że artystka obraziła ich uczucia religijne poprzez drwienie z autorów Pisma Świętego i samej Biblii, uważanej za świętą księgę zarówno w religiach chrześcijańskich, jak i w judaizmie. Prokurator Prokuratury Rejonowej w Warszawie skierował do sądu akt oskarżenia przeciwko skarżącej, oskarżając ją o popełnienie przestępstwa z art. 196 k.k. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, III Wydział Karny, w wyroku z 16 stycznia 2012 r. (sygn. akt III K 416/10) uznał skarżącą winną obrazy uczuć religijnych Ryszarda N. i Stanisława K. poprzez publiczne znieważenie przedmiotu czci religijnej w osobach autorów Pisma Świętego, tj. o czyn z art. 196 k.k., i wymierzył jej karę grzywny. Po rozpoznaniu apelacji skarżącej, Sąd Okręgowy w Warszawie, X Wydział Karny Odwoławczy, wyrokiem z 18 czerwca 2012 r. (sygn. akt X Ka 496/12) zaskarżony wyrok zmienił, przyjmując, że oskarżona popełniła zarzucany jej czyn, udzielając 24 lipca 2009 r. w Warszawie wywiadu, który został opublikowany na łamach „Dziennika.pl” w dniu 3 sierpnia 2009 r.; w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy. Rozstrzygnięcie to odbiło się głośnych echem w mediach oraz spotkało się z krytyką ze strony niektó-

⁴⁹ http://rozrywka.dziennik.pl/artykuly/361112,doda-nie-bedzie-wiecej-krytykowala-biblii.html?test_login=elastic [dostęp 14.02.2017].

⁵⁰ <http://www.newweek.pl/kultura/wiadomosci-kulturalne/doda-przed-sadem,47346,1,1.html> [dostęp 14.02.2017].

rych polityków (W. Cimoszewicz, Ruch Palikota) i przedstawicieli świata nauki (W. Krysztofiak). Artystka po uprawomocnieniu się wyroku wniosła jeszcze skargę konstytucyjną do Trybunału Konstytucyjnego na niezgodność art. 196 K.k. z Konstytucją, jednak TK wyrokiem z dnia 6 października 2015, w sprawie o sygn. akt SK 54/13 nie podzielił argumentów o niezgodności przepisu z art. 42, 53 i 54 Konstytucji. W końcowym uzasadnieniu tego wyroku TK uznał jednak za konieczne zwrócenie uwagi, „że w demokratycznym państwie prawnym, należącym do kultury europejskiej, której wyznacznikiem są m.in. takie wartości jak tolerancja i pluralizm światopoglądowy, ochrona uczuć religijnych innych osób przed ich obrazą znieważającym, publicznym i umyślnym zachowaniem wobec przedmiotu czci religijnej nie musi prowadzić do zagrożenia karą pozbawienia wolności, w szczególności w wymiarze do lat 2. Samo zagrożenie karą pozbawienia wolności w tym wymiarze, niezależnie od praktyki orzeczniczej, może być też postrzegane jako środek zbyt dolegliwy. Wybór określonego instrumentu prawnego musi bowiem być dokonywany nie tylko z punktu widzenia celu, który powinien należeć do kręgu wartości uzasadniających ograniczenia praw i wolności, ale także z punktu widzenia konieczności w państwie demokratycznym”⁵¹.

Na koniec rozważań o obrazie uczuć religijnych warto dodać, iż nie stanowi takiej obrazę krytyka poglądów religijnych, określonej wspólnoty religijnej czy osób duchownych (kapłani, księża). Krytyka ta powinna mieć jednak charakter pozbawiony ocen znieważających, niezawierających elementów poniżających lub obelżywych. Podkreślenia wymaga fakt, iż wolność wyrażania swoich poglądów, o której mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji, korzysta z pełnej swobody w odniesieniu do zachowań, które nie wypełniają znamion przestępstwa obrazę uczuć religijnych z art. 196 K.k., tj. gdy mamy nawet do czynienia z krytyką czy też negatywną opinią, nieprzybierającą jednak formy zniewagi, a także gdy sprawcy nie można przypisać winy umyślnej. Ponadto art. 196 K.k. stanowi wyraz określonego stanowiska zajętego przez ustawodawcę wobec konfliktu, w jakim mogą znaleźć się wolność wyrażania własnych poglądów – art. 54 Konstytucji oraz wolność wyznania – art. 53 Konstytucji. Ustawodawca rozstrzygnął ten konflikt na rzecz wolności wyznania, przyjmując, że czynem przestępczym jest wyrażanie poglądów polegających na znieważaniu przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, które prowadzi do obrazę uczuć religijnych innych osób. Głoszenie odmiennych poglądów powinno odbywać się zatem we wzajemnym szacunku do odmienności, a nie może prowadzić do znieważenia rozmówcy lub innych osób.

⁵¹ <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20150001632/T/D20151632TK.pdf> [dostęp: 14.02.2017].

Podsumowanie

Przyjęte w polskim prawie karnym regulacje dotyczące penalizacji zachowań związanych ze stalkingiem, cyberstalkingiem i mową nienawiści wydają się spełniać standardy demokratycznego państwa prawa, przy czym regulacja przestępstw motywowanych uprzedzeniami oparta jest na zamkniętym katalogu cech chronionych, jak przynależność narodowa, etniczna, rasowa, polityczna, wyznaniowa lub bezwyznaniowość. Wprowadzenie jednolitej regulacji stalkingu w art. 190a K.k. zdecydowanie podniosło poziom ochrony prawnej ofiar tego zjawiska i obecnie umożliwia skuteczną z nim walkę. Zasadniczo polska regulacja stalkingu nie odbiega od funkcjonujących w innych krajach Europy czy Ameryki Północnej. Nie ulega wątpliwości, że korzysta w pewnym stopniu z już wypracowanych rozwiązań prawnych. Polska ustawa karna na tle innych ustawodawstw penalizuje stalking w sposób dość surowy, choć poprzez nieco niejasny interpretacyjnie status kluczowych znamion czynu zabronionego, jak: „uporczywe nękanie”, „poczucie zagrożenia” czy chociażby „istotne naruszenie prywatności”. Należy zauważyć, że organy ścigania mogą mieć pewne trudności w ocenie zachowania sprawców w odniesieniu do konkretnych zdarzeń, gdy motywem działania stalkera nie jest zemsta, niechęć czy nienawiść, lecz rozpaczliwa chęć odzyskania utraconych względów, miłości, powrotu do poprzedniego związku. Sprawca często bowiem podejmuje działania, które nie tylko są indyferentne prawnie, lecz nierzadko mieszczą się w zwyczajowo ustalonych kulturą, obyczajem wzorcach zachowania. Trudno wówczas mówić o złośliwości w działaniu sprawcy lub chęci dokuczenia ofierze – tym bardziej, że pomiędzy sprawcą a ofiarą istniała wcześniej więź uczuciowa. W praktyce niekiedy określenie granic stalkingu bywa zatem dość trudne, jednak orzecznictwo i teoria udzielają szeregu wskazówek interpretacyjnych, które powinny być pomocne organom ścigania.

W odniesieniu do penalizacji zjawiska mowy nienawiści i wszechobecnego „hejtu” w internecie należy podkreślić, iż jest jeden z najtrudniejszych do prawnego uregulowania obszarów, albowiem dotyczy karania słowa pisanego lub mówionego. Dodatkowym czynnikiem utrudniającym penalizację jest dość zróżnicowany stosunek do swobody wypowiedzi pomiędzy poszczególnymi systemami prawnymi. Niewątpliwie w polskim systemie prawnym przepisy art. 119 K.k.; art. 256 K.k.; art. 257 K.k.; art. 212 K.k., art. 217 K.k. znacznie ułatwiają ściganie sprawców i umożliwiają sądom powszechnym wymierzenie kary współmiernej do wagi popełnionych czynów. Brak orientacji seksualnej w kodeksie karnym jako cechy prawnie chronionej zmusza jednak osoby doświadczające przestępstw motywowanych

homofonią do poszukiwania ochrony na gruncie podstawowych typów przestępstw. Koalicja Przeciwno Przestępstwom Motywowanym Uprzedzeniami wskazuje na wzrost zagrożeń związanych z mową nienawiści i niedostatek poziomu ochrony prawnej pokrzywdzonych. Obawy te częściowo potwierdza wzrost stwierdzonych przestępstw z nienawiści w ostatnich latach. Według statystyk policji, w roku 2016 było 765 takich przestępstw, zaś w 2015 – 762, przy czym w roku 2014 „zaledwie” 262 przypadki⁵². Do braków w istniejących rozwiązaniach prawnych w tej mierze zdaniem Koalicji zaliczane są następujące argumenty:

- brak kwalifikacji uwzględniającej motywację rasistowską lub ksenofobiczną w przypadku przestępstw innych niż znieważenie, groźba bezprawna, naruszenie nietykalności lub przemoc (art. 119 i 257 K.k.);
- brak możliwości zakwalifikowania przestępstwa jako motywowanego uprzedzeniami w przypadku, gdy jest jednym z kilku czynników powodujących działaniem sprawcy;
- brak możliwości zakwalifikowania przestępstwa jako rasistowskiego lub ksenofobicznego w przypadku czynów popełnionych w związku z rzeczywistą lub domniemaną przynależnością osoby pokrzywdzonej do chronionej grupy lub jej związkiem z tą grupą⁵³.

Przeciwdziałanie i zapobieganie mowie nienawiści to wyzwanie zarówno dla organów ścigania, wymiaru sprawiedliwości, jak i pozostałych organów państwowych. Niepokojący jest fakt, iż wraz z rozwojem technologii, rozwojem cywilizacyjnym i przemianami społecznymi w Polsce odnotowywanych jest w statystykach coraz więcej przypadków stalkingu, cyberstalkingu oraz *hate speech* zwłaszcza w internecie, co potwierdza słuszność wyboru tematyki i konieczność szerokiego omawiania zagadnienia wśród wszystkich obywateli (akcje informacyjne i profilaktyczne w społeczeństwie), w szczególności przedstawicieli organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, w celu uwrażliwienia ich na te zjawiska, uświadomienia powagi zdarzeń, nauczania sposobów wspierania pokrzywdzonych i właściwego gromadzenia dowodów w prowadzonych postępowaniach karnych. Dyskusyjnym instrumentem walki z tymi zjawiskami w Internecie jest propozycja moderowania forów (premoderacja i postmoderacja). Taka ingerencja rodzi bowiem zawsze niebezpieczeństwo cenzury. Warto pamiętać, iż

⁵² <https://oko.press/2016-byly-o-przestepstwa-nienawisci-niz-2015-razy-wiecej-niz-2014/> [dostęp: 14.02.2017].

⁵³ M. Pawłęga, P. Godzisz,[red.], *Przestępstwa motywowane uprzedzeniami, dylematy, wyzwania, strategie. Dwa lata działania Koalicji Przeciwno Przestępstwom Motywowanym Uprzedzeniami*, Warszawa 2016, s. 12-13, <http://www.mowanienawisci.info/wp-content/uploads/2016/10/2016-SIP-Lambda-RiB-KPPMU-Przestepstwa-1.pdf> [dostęp: 14.02.2017].

treści zamieszczone w Internecie mają ogromną siłę rażenia dużą większą niż w mediach tradycyjnych, także z uwagi na szybkość wypowiedzi i częste komentarze użytkowników „na żywo”. Ocena treści takich publikacji zależy od miejsca i osób, których dotyczą, przy czym osoby sprawujące funkcje publiczne muszą wykazywać zdecydowanie większą tolerancję na obraźliwe, a niekiedy wręcz destruktywne wypowiedzi mające charakter populistycznej demagogii niż zwykli obywatele. Z pewnością ustanowienie odpowiednich instrumentów prawnych oraz ich stosowanie jest jednym z komponentów przeciwdziałania *hate speech*. Nieodzowne są jednak kompleksowe działania podejmowane na wielu polach w tym w obszarze edukacji oraz współdziałanie policji, prokuratury i sądów powszechnych w związku z przestrzeganiem obowiązujących standardów dotyczących praw człowieka i obywatela.

Bibliografia

1. Afab P., *Internet a dzieci. Uzależnienia i inne niebezpieczeństwa*, Warszawa 2003.
2. Bębas S., *Patologie społeczne w sieci*, Toruń 2013.
3. Bilewicz M., Marchlewska M., Soral W., Winiewski M., *Mowa nienawiści raport z badań sondażowych*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2014,
4. *Mowa nienawiści a wolność słowa aspekty prawne i społeczne*, red. A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010.
5. Budyn-Kulik M., *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych Ustawą z dnia 25 lutego 2011 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. z 2011 r., nr 72, poz. 381)*.
6. *Raport o homofonicznej mowie nienawiści w Polsce*, red. G. Czarnecki, Warszawa 2009.
7. Cwiąkalski Z., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, red. A. Zoll, Warszawa 2012.
8. *Kodeks wykroczeń Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2015.
9. Dziadzio A., *Wolność słowa a mowa nienawiści – dawniej i dziś*, „Forum Prawnicze” 2015.
10. *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2014.
11. *Kodeks karny Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, wyd. IV, Warszawa 2017.
12. Hołyst B., *Psychologia kryminalistyczna*, Warszawa 2004.
13. Kosińska J., *Prawnokarna problematyka stalkingu*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10.
14. Meloy J. R., *The psychology of stalking: Clinical and forensic perspectives*, Academic Press, 2001.
15. Morewitz S. J., *Stalking and violence: new patterns of trauma and obsession*, New York Kluwer Academic/Plenum Publishers 2003.
16. *Mowa nienawiści w internecie : jak z nią walczyć. Materiały z Konferencji Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka*, red. D. Bychawska-Siniarska i D. Głowacka, Warszawa 2013.

17. Mozgawa M., *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk sejmowy nr 3553)*. Olszewska W., *Paragraf na stalkera*, „Kwartalnik informacyjny MS »Na Wokandzie«” nr 3/2010.
18. Osica N., *O stalkingu szerzej*, „Niebieska Linia” 2008, nr 3 (56).
19. *Polskie prawo karne wobec uporczywego nękania innej osoby (stalkingu)*, „Policja” 2011, nr 75.
20. Siwicki M., *Cyberprzestępczość*, Warszawa 2013.
21. *Stalking w Polsce. Rozmiary – Formy – Skutki. Raport z badania nt. Uporczywego nękania*, red. A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, D. Woźniakowska-Fajst, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. 32.
22. *Stalking – między przemocą a uzależnieniem*, red. W. Woźniak, Kutno 2010.
23. Starega M., *Stalking jako nowy czyn zabroniony w polskim kodeksie karnym. Aspekt prawny oraz znaczenie społeczne*, Siedlce 2012.
24. Szpond M., *Stalking*, „Niebieska Linia” 2006, nr 6.
25. Szpond M., *Prawna analiza stalkingu*, „Niebieska Linia” 2007, nr 1.
26. Weber A., *Manual on hate speech*, [w:] *Council of Europe Publications*, 2009.
27. Westrupp D., *Applying Functional Analysis to Stalking Behavior*, [w:] *The Psychology of Stalking: Clinical and Forensic Perspectives*, red. J. R. Meloy, Academic Press, San Diego 1998.
28. Wojtas M., *Hejting, stalking... Agresja w XXI wieku*, Oficyna MM 2015.
29. Woźniakowska-Fajst D., *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu. Analiza regulacji prawnych w ustawodawstwie państw obcych oraz opinia o wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego przepisów kryminalizujących to zjawisko*, Warszawa 2009.
30. Woźniakowska-Fajst D., *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie polskim potrzebna jest penalizacja prześladowania?*, „Archiwum Kryminologii” 2009, t. 31.

**Criminalization phenomena of stalking, cyberstalking and hate speech -
an attempt to assess the adopted legal solutions at the level of criminal law**

Abstract

The article presents the problem of stalking and cyberstalking and offenses arising from hate speech and attempted evaluation of the acquired legislation criminalizing these phenomena. In the modern world stalking, cyberstalking, and hate speech are considered behaviors that constitute a serious violation of human rights including the right to liberty, privacy and dignity. Especially hate crime (hate crimes) are a serious problem for the development of society. Feeling of indulgence society can not tolerate behavior marked

by tormented victims, their persecution on the Internet or the real world. We can not be indifferent to the promotion of racial, ethnic, religious hatred. General spread of intolerance towards other people undermines the idea of democracy, security and pluralism. Also, law enforcement agencies can not remain passive in relation to such offenses as violence and threat unlawfully motivated by prejudice (art. 119 of the Penal Code), stalking (art. 190 a of the Penal Code), promotion of fascism and totalitarianism (art. 256 of the Penal Code), racism (art. 257 of the Penal Code), insult of religious feelings (art. 196 of the Penal Code), defamation (art. 212 of the Penal Code) and insult (art. 216 of the Penal Code), although much depends on the attitudes of victims.

Keywords : crime, stalking, cyberstalking, hate speech, harassment, xenophobia, Penal Code, an offense, criminal liability, penalization