



Mgr Jakub Hanc
Uniwersytet Śląski w Katowicach
jakub.hanc@wp.pl

Przypadek Manfreda i Kristen – czyli *stalking* jako przyczynek do kilku refleksji o tym, jak prawo odpowiada na zjawisko społeczne

The case of Manfred and Kristen. Stalking
as a contribution to a few reflections on how
the law responds to the social phenomenon

Abstrakt

Zasadniczym celem podjętych rozważań była z jednej strony ocena przekładalności wyników badań kryminologicznych na decyzję ustawodawcy o zakresie kryminalizacji wyselekcjonowanego zachowania niepożądanego, przy uwzględnieniu zarówno potrzeb dyktowanych polityką kryminalną, jak i problemów wynikających z ułomności języka jako nośnika treści takiej decyzji; z drugiej zaś odpowiedź na pytanie, czy inne niż prawnokarne narzędzia normatywne są w stanie skuteczniej reagować na naruszanie dóbr prawnych osoby pokrzywdzonej. Jako egzemplifikację wybrano zjawisko *stalkingu* oraz powiązane z nim regulacje, tj. § 107a austriackiego kodeksu karnego oraz § 382g ustawy o procedurze egzekucyjnej i zabezpieczającej w austriackim postępowaniu cywilnym. W pracy odwołano się do kilku orzeczeń austriackiego Sądu Najwyższego, a wykorzystując metodę formalno-dogmatyczną, dedukcyjną oraz diagnozy kryminologicznej, dokonano krytycznej analizy wskazanych regulacji.

Abstract

The underlying objective of the analysis carried out in the paper was on the one hand to evaluate how the results of criminological examinations translate into the legislator's decision as to the scope of criminalisation of a selected undesirable behaviour, taking into account both the requirements of criminal policy and problems resulting from the imperfect nature of language as a carrier of the contents of such a decision. On the other hand, the paper was intended to determine whether other normative tools than those offered by penal law can more effectively respond to violations of legal interests of an aggrieved party. The phenomenon of stalking and related regulations, namely § 107a of the Criminal Code of the Republic of Austria and § 382g of the Austrian Federal Act on Execution and Safeguarding Proceedings, was used to illustrate the analyses. The paper makes references to several judgments of the Supreme Court of Justice of Austria, and uses the formal-dogmatic method, as well as the deductive approach and criminological diagnoses to carry out a critical analysis of the regulations referred to above.

W orzeczeniu z 31 stycznia 2007 r.¹ Sąd Najwyższy Republiki Austrii², odmawiając w sprawie cywilnej rozpoznania *Revisionsrekurs*³, dokonał jednocześnie w sposób niezwykle skrupulatny rekonstrukcji stanu faktycznego, który legł u podstaw wzmiankowanego judykatu. Sprawa dotyczyła relacji, jakie łączyły Manfreda i Kristen⁴. Jak wynika z treści uzasadnienia, burzliwe konflikty i napięcia pomiędzy nimi zaczęły przybierać na sile wiosną 2005 r. Wtedy to właśnie u Manfreda ujawnił się silny lęk przed utratą Kristen. W obliczu nieuniknionego rozstania mężczyzna zaklinał kobietę, aby go nie opuszczała, ponieważ on bardzo ją kocha i nie widzi poza nią świata. Kiedy jednak partnerka stanowczo odmówiła kontynuowania relacji, wskazując jako uzasadnienie dla decyzji o rozstaniu dotychczasową,

¹ Numer sprawy: 8Ob155/06m, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20070131_OGH0002_0080OB00155_06M0000_000 [dostęp 31.01.2019]. Wszystkie orzeczenia zaczerpnięte zostały z Systemu Informacji Prawnej Rządu Federalnego (*Rechtsinformationssystem des Bundes – RIS*) przy Kancelarii Kanclerza Republiki Austrii – <https://www.ris.bka.gv.at/default.aspx>.

² *Der Oberste Gerichtshof* – określany dalej skrótem: OGH.

³ Jest to środek odwoławczy właściwy dla postępowania cywilnego, przeciwko zmianie lub utrzymaniu (również częściowemu) postanowienia sądu drugiej instancji, rozpoznającego sprawę jako *Rekursgericht* – zob. <http://www.ogh.gv.at/der-oberste-gerichtshof/aufgaben> [dostęp 31.01.2019].

⁴ Jedyna obiekcja, jaką zgłosić można względem odtworzenia stanu faktycznego, dotyczy statusu relacji pomiędzy *stalkerem* a ofiarą. Trudno bowiem jednoznacznie stwierdzić, czy związek tych osób opierał się na więzach małżeńskich, czy też był to konkubinaty.

awanturniczą postawę mężczyzny, a także jego porywczy charakter – Manfred zamknął ją na jeden dzień w swoim mieszkaniu. Jak wyjaśniał później – chciał w ten sposób zapobiec jej odejściu. W wyniku kolejnej awantury, oburzona Kristen zdecydowała się jesienią 2005 r. na separację. Kiedy jednak próbowała odjechać swoim samochodem spod mieszkania Manfreda, ten zniemacka wyskoczył przed pojazd i rzucił się na przednią szybę, gdzie, trzymając się wycieraczek, usiłował zatrzymać uciekającą kobietę, co jednak mu się nie udało. Po tym incydencie mężczyzna wielokrotnie dzwonił do byłej partnerki oraz wysyłał jej wiadomości mailowe, w których groził, że jeśli ta do niego nie wróci – wówczas on popełni samobójstwo. Po upływie tygodnia od opisanego wydarzenia Kristen postanowiła powrócić do Manfreda. Z powodu ponownego zaognienia relacji, w maju 2006 r., kobieta definitywnie opuściła swojego dotychczasowego partnera.

Od momentu rozstania mężczyzna codziennie wysyłał byłej partnerce liczne i obszerne SMS-y oraz co najmniej jeden mail. Kristen ani nie odbierała połączeń od Manfreda, ani nie odpisywała na żadne wiadomości, z wyjątkiem tych, w których treści pojawiała się groźba samobójstwa. Od czerwca 2006 r. mężczyzna podejmował coraz mniej prób skontaktowania się z Kristen. Jednakże 9 września 2006 r. nieoczekiwanie zjawił się w jej mieszkaniu i oświadczył, iż zrozumiał, że ich związek został zakończony, tym niemniej chciałby nadal kontynuować znajomość z byłą partnerką. Kiedy jednak Kristen oświadczyła, że spieszy się do pracy i nie zamierza w ogóle z nim rozmawiać, Manfred rzucił ją na łóżko oraz odebrał jej telefon komórkowy, a gdy kobieta zaczęła płakać, powiedział jej, że teraz to ona odczuje ten sam strach, jakiego on doświadczył, kiedy został przez nią odrzucony. Chcąc wydostać się z mieszkania i wybrnąć jakoś z tej sytuacji, Kristen uspokoiła się, objęła byłego partnera i zapytała, co powinna zrobić. Wówczas on zapytał ją, czy się do niego przeprowadzi, na co ona – jedynie dla pozorów – przystała. Wychodząc z lokalu, mężczyzna zabrał ze sobą do swojego mieszkania koty należące do Kristen. Tego samego dnia w rozmowie telefonicznej kobieta poinformowała mężczyznę, że do niego nie wróci, zaś koty odbierze jeden z jej przyjaciół. Do 8 lipca 2006 r., oprócz stosowania dotychczasowych form nękania, Manfred dodatkowo wyczekiwał na byłą partnerkę przed jej mieszkaniem lub miejscem pracy i wielokrotnie umieszczał swoją fotografię za wycieraczką przedniej szyby jej samochodu. Pod koniec lipca zwrócił się do matki Kristen oraz dawnych, wspólnych znajomych, aby ci nakłonili byłą partnerkę do ponownego nawiązania z nim kontaktu (osobiście lub za pomocą środków masowego komunikowania się), do czego jednak nie doszło z uwagi na fakt, iż rodzina i przyjaciele wiedzieli o problemach Kristen z jej byłym partnerem. 7 lipca 2006 r. załamana psychicznie kobieta złożyła na komisariacie Policji doniesienie przeciwko Manfredowi.

Zreferowany stan faktyczny obrazuje jeden z kilku możliwych rodzajów zachowań i konfiguracji osobowych, charakteryzujących zjawisko określane

w kryminologii jako *stalking*. W piśmiennictwie wskazuje się, że słowo to pochodzi z angielskiego języka łowieckiego (*to stalk*) i oznacza „polować”, „śledzić”, „tropić”⁵, zaś *stalker* to w języku celtyckim (*Scottish Gaelic*) naganiacz, który w trakcie polowania uporczywie tropi zwierzynę⁶. Pod koniec lat 80. ubiegłego wieku termin ten został użyty w mediach amerykańskich, aby opisać przypadki prześladowania gwiazd. Przypuszczano wówczas, że problem ten ogranicza się tylko do tej grupy osób⁷. Kilka spektakularnych przypadków uporczywego prześladowania doprowadziło do uchwalenia w Stanach Zjednoczonych tzw. ustawodawstwa antystalkingowego, a podobną tendencję zaobserwować można było także w krajach systemu prawa kontynentalnego⁸.

Pod wskazane pojęcie zaklasyfikowane bywają bardzo różne zachowania, co uniemożliwia opracowanie i zaakceptowanie jednej, uniwersalnej definicji tego fenomenu.⁹ Niejednorodność *stalkingu* powoduje, iż wielu autorów ujmuje to zjawisko wąsko lub szeroko¹⁰. Jedną z zasadniczych trudności w precyzyjnym scharakteryzowaniu tego terminu tkwi w tym, iż może on obejmować różne relacje w płaszczyźnie ofiara-sprawca. Stąd też w kryminologii wyróżnia się tzw. *fan-stalking* (*Fan-Stalking*), który dotyczy głównie aktorów, piosenkarzy lub celebrytów; *stalking*, którego dopuszcza się były partner ofiary (*Ex-Partner-Stalking*); a także *stalking-zemstę* (*Rache-Stalking*), u podłoża którego znajdują się zwykle niewygaszone konflikty sąsiedzkie lub przegrane procesy sądowe¹¹. W perspektywie ściśle wiktymologicznej, uwzględniającej wnioski płynące z badań psychologicznych i psychiatrycznych, wyróżnia się także: „zwykłych” *stalkerów*-utrapienców

⁵ „Der Begriff «Stalking» stammt ursprünglich aus der Jägersprache und bezeichnet das Heranpirschen an das Wild” – cyt. K. Schwaighofer [w:] F. Hopfel, E. Ratz (red.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 105–107b. Band 3*, Wiedeń 2010, s. 52. Zob. także E. Wach [w:] O. Triffterer, Ch. Rosbaud, H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 107a. Band 3*, Wiedeń 2015, s. 8; H. Kury, J. Obergfell-Fuchs, *Sexualkriminalität* [w:] H.J. Schneider (Hrsg.), *Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 1. Grundlagen der Kriminologie*, Berlin 2007, s. 638.

⁶ H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wiedeń-Nowy Jork 2009, s. 74.

⁷ Zob. H. Dreßing, P. Gass, *Stalking! Verfolgung, Bedrohung, Belästigung*, Bern 2005, s. 13. Zob. także D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie polskim potrzebna jest penalizacja prześladowania?*, „Archiwum Kryminologii” 2009, T. XXXI, s. 173 i n.

⁸ Zob. H. Kury, J. Obergfell-Fuchs, dz. cyt., s. 638 i n.; E. Wach, dz. cyt., s. 6 i n.

⁹ Zob. tamże, s. 8.

¹⁰ Zob. W. Petherick, *Serial stalking. Looking for Love in All the Wrong Places?* [w:] W. Petherick (red.), *Serial Crime. Theoretical and Practical Issues in Behavioral Profiling*, Burlington 2009, s. 258 i n.

¹¹ Zob. K. Schwaighofer, z. cyt., s. 52 i n.; Ch. Pelikan, *Psychoterror. Ein internationales Phänomen und seine gesetzliche Regelung* [w:] *Du entkommst mir nicht... Psychoterror – Formen, Auswirkungen und gesetzliche Möglichkeiten*, Wiedeń 2004, s. 27 i n.

(*nuisance*), *stalkerów-erotomanów*, *stalkerów* obsesyjne zakochanych (*love obsessed stalker*), a także *stalkerów*: odrzuconych (*rejected*), poszukujących bliskości (*intimacy seeking*), niedostosowanych społecznie (*incomponent*), urażonych (*resentful*), drapieżników (*predatory*) – tj. takich, którzy planują napaść seksualną¹². *Stalkerem* może zatem okazać się były partner, kolega, klient, pacjent, sąsiad albo osoba zupełnie obca ofierze¹³.

Drugi mankament zjawiska *stalkingu* polega na tym, iż mieści on w sobie właściwie nieograniczone formy aktywności sprawcy. Najczęściej odnotowywanymi w badaniach kryminologicznych sposobami prześladowania są: dokuczliwe lub groźne rozmowy telefoniczne, listy, maile lub inne wiadomości, które występują przez dłuższy czas; niepożądane wizyty w domu, czyhanie pod domem lub miejscem pracy; groźba zranienia się; wysyłanie prezentów (np. kwiatów, książek, słodyczy), ale także makabrycznych lub obrzydliwych przesyłek (zawierających np. martwe zwierzęta lub ekskrementy); składanie zamówień w imieniu ofiary (np. na akcesoria lub usługi erotyczne); rozpowszechnianie o ofierze poufnych lub zniesławiających informacji w jej środowisku pracy, wśród znajomych lub rodziny; groźba skrzywdzenia ofiary lub osoby jej bliskiej; uszkodzenie lub zniszczenie mienia ofiary (np. przekłuwanie opon samochodowych lub zniszczenie samochodu); nieuprawnione czytanie listów, maili lub innych wiadomości oraz podsłuchiwanie rozmów; umieszczanie wiadomości lub informacji na ścianach budynków; fizyczny atak na ofiarę; usiłowanie lub dokonanie zgwałcenia albo innej czynności seksualnej¹⁴. Te i inne zachowania sprawcy próbuje się niekiedy zaklasyfikować jako lżejsze¹⁵ (*leichtere Formen*) albo cięższe¹⁶

¹² Zob. podziały przywołane przez A. Wolbert Burgess, Ch. Regehr, A.R. Roberts, *Victimology: Theories and Application*, Burlington 2013, s. 335 i n. oraz E. Wach, dz. cyt., s. 9.

¹³ Zob. tamże, s. 8 i n.

¹⁴ Zob. np. H. Dreßing, Ch. Gallas, U. Klein, *Beratung und Therapie von Stalking-Opfern. Ein Leitfaden für die Praxis*, Bern 2010, s. 18; H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, dz. cyt., s. 74; H. Kury, J. Obergefell-Fuchs, dz. cyt., s. 640 oraz D. Woźniakowska-Fajst, dz. cyt., s. 177. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości wskazał w 2011 r., iż czterema najczęściej występującymi formami *stalkingu* w Polsce są: rozpowszechnianie oszczerstw, kłamstw i plotek; nawiązywanie kontaktu z wykorzystaniem osoby trzeciej; groźenie pokrzywdzonemu i szantażowanie go; częste telefony – niejednokrotnie „głuche” lub nocne – zob. B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, A. Siemaszko, D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w Polsce. Rozmiary-formy-skutki* [w:] A. Siemaszko (red.), *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, Warszawa 2011, s. 838 i n.

¹⁵ Do których zalicza się: telefonowanie, wysyłanie różnego rodzaju wiadomości do ofiary, nachodzenie jej w domu lub miejscu pracy, zamieszczanie na jej temat złośliwych wpisów w internecie, zamawianie w jej imieniu towarów lub usług dzięki posłużeniu się jej danymi osobowymi, a także zamieszczanie fałszywych ogłoszeń rzekomo pochodzących od ofiary.

¹⁶ Zachowania te będą wypełniały znamiona innych typów czynów zabronionych, np. groźby, naruszenia miru domowego, zmuszania, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia, uszkodzenia mienia.

(*schweren Formen*) formy *stalkingu*¹⁷. Próby tego rodzaju przyporządkowania są jednak wyrazem subiektywnych zapatrywań danego autora, stąd też cechują się one wysokim stopniem arbitralności, co z kolei stawia pod znakiem zapytania ich rzeczywistą przydatność.

Niemieckie badania kryminologiczne wskazały, że czas oddziaływania *stalker*a na ofiarę wynosi poniżej jednego roku lub do dwóch lat¹⁸.

Mimo istnienia całej mozaiki zachowań, które składać się mogą na fenomen *stalkingu*, z uwagi na zbieżność badań kryminologicznych, zaakceptować można konstatację, iż jest to zjawisko „wszędobylskie”, często pojawiające się w różnych kulturach i na różnych kontynentach¹⁹.

Bezspornym jest, iż *stalking* może prowadzić do wielu niepożądanych następstw, do których zalicza się m.in. wygenerowanie stanów lękowych czy myśli samobójczych, a które to następstwa zwykle zmuszają ofiarę do reorientacji dotychczasowego sposobu życia, zmiany miejsca zamieszkania lub miejsca pracy, a także zerwania dotychczas utrzymywanych kontaktów społecznych²⁰.

Ustawodawca austriacki, dostrzegając konieczność zareagowania na kryminologicznie scharakteryzowane przejawy niepożądanego zachowania, zdecydował się wprowadzić nowelą z 8 maja 2006 r.²¹ nowy typ czynu zabronionego, tj. przestępstwo uporczywego prześladowania (*Beharrliche Verfolgung*), które usytuowane zostało w § 107a austriackiego kodeksu karnego²², w rozdziale trzecim części szczególnej tegoż kodeksu, zawierającym czyny karalne skierowane przeciwko wolności (*Strafbare Handlungen gegen die Freiheit*)²³.

Przepis ten przetłumaczyć można następująco: „Kto inną osobę bezprawnie uporczywie prześladowuje, podlega karze pobawienia wolności do jednego roku²⁴”. Kodeks wskazuje nadto, że uporczywie prześladowuje inną osobę ten, „kto

¹⁷ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 53; E. Wach, dz. cyt., s. 8 i n.

¹⁸ Zob. H. Dreßing, P. Gass, dz. cyt., s. 19 i n.; E. Wach, dz. cyt., s. 9 i n.

¹⁹ H. Dreßing, P. Gass, dz. cyt., s. 23. Trudno jednak podzielić wnioszek tych autorów, że jest to fenomen w pełni jednolity.

²⁰ Zob. H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, dz. cyt., s. 74; H. Kury, J. Obergfell-Fuchs, dz. cyt., s. 639; E. Wach, dz. cyt., s. 10.

²¹ *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 2006, nr 56, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2006_I_56/BGBLA_2006_I_56.pdf [dostęp 31.01.2019]. Przepis wszedł w życie 1 lipca 2006 r.

²² *Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen – Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 1974, nr 60, s. 641 i n. Określany dalej skrótem: StGB.

²³ W literaturze polskiej niezwykle wnikliwą i rzetelną analizę wskazanej typizacji, obficie ilustrowaną licznymi uwagami dogmatycznymi, przedstawiła w swojej pracy K. Banasik, *Stalking w austriackim prawie kamym*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2012, nr 1, s. 99 i n.

²⁴ § 107a ustęp 1 StGB: „Wer eine Person widerrechtlich beharrlich verfolgt (Abs. 2), ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen”. Cyt. K. Banasik, dz. cyt., s. 103.

przez dłuższy czas, w sposób mogący w stopniu niewymagalnym do znoszenia, naruszyć jej prowadzenie życia²⁵". Przytoczony fragment jest dość trudny do oddania w języku polskim. Niewątpliwie istota zachowania zakazanego sprowadza się do ujemnego wpływania przez sprawcę, w pewien odpowiedni sposób, na dotychczasowy styl życia ofiary, który może być uznany za niedopuszczalny (nie do przyjęcia przez nią). Postępowanie *stalkera* musi mieć także miejsce przez pewien okres czasu. Wskazane przesłanki są warunkami ilościowymi i jakościowymi, które łącznie przesądzają o spełnieniu znamienia uporczywości w zachowaniu sprawcy²⁶.

Wśród czynów dokuczliwych ustawa wymienia enumeratywnie: naruszanie przestrzennej bliskości ofiary, nawiązywanie kontaktu z osobą pokrzywdzoną za pośrednictwem środków telekomunikacyjnych lub innych środków komunikacji lub też przez osobę trzecią, zamawianie osobie pokrzywdzonej towarów lub usług, przy użyciu jej danych osobowych albo nakłonienie osoby trzeciej do kontaktu z ofiarą, poprzez użycie jej danych osobowych²⁷.

Niemalże wszystkie kodeksowe elementy opisu *stalkingu* wzbudzają w austriackiej doktrynie prawa karnego liczne obiekcje. W dalszej części niniejszych rozważań zasygnalizowane zostaną jedynie te z nich, które w największym stopniu naruszają wrażliwą dla tej gałęzi prawa – zasadę określoności²⁸.

Na gruncie § 107a StGB bezsporne jest jedynie to, iż wyliczenie rodzajów zachowań *stalkera* ma charakter enumeratywny²⁹, co na tle przywołanych uprzednio badań kryminologicznych oznacza, że ustawodawca nie uwzględnił w opisie normatywnym wszystkich odnotowanych form aktywności sprawców³⁰.

W piśmiennictwie próżno szukać zgodności co do rozumienia wyrażenia „dłuższy odstęp czasu” (*längere Zeit*), głównie ze względu na bezkres potencjalnych zachowań, których dopuścić się może *stalker*. Jako dyrektywę interpretacyjną proponuje się przyjęcie następującej metody: dla tzw. ciężkich przypadków

²⁵ § 107a ustęp 2 StGB: „Beharrlich verfolgt eine Person, wer in einer Weise, die geeignet ist, sie in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, eine längere Zeit hindurch fortgesetzt”. Cyt. K. Banasik, dz. cyt., s. 103.

²⁶ Zob. E. Wach, dz. cyt., s. 5, 11 i 21.

²⁷ § 107a ustęp 2 StGB: „1. ihre räumliche Nähe aufsucht, 2. mi Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines sonstigen Kommunikationsmittels oder über Dritte Kontakt zu ihr herstellt, 3. unter Verwendung ihrer personenbezogenen Daten Waren oder Dienstleistungen für sie bestellt oder 4. unter Verwendung ihrer personenbezogenen Daten Dritte veranlasst, mit ihr Kontakt aufzunehmen”. Zob. K. Banasik, dz. cyt., s. 103.

²⁸ Zob. szczegółową analizę ustawowych znamion: tamże, s. 104–124.

²⁹ H. Bachner-Foregger, *Strafgesetzbuch*, Wiedeń 2010, s. 128; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I. §§ 75 bis 168e StGB*, Wiedeń-Nowy Jork 2010, s. 116 i n.; K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 55.

³⁰ Komentatorzy podkreślają, że kodeksowe alternatywy są względem siebie równoważne, a ich kształt zdeterminowany został ich statystyczną częstotliwością – są to bowiem zachowania występujące najczęściej. Zob. E. Wach, dz. cyt., s. 6 i 11.

*stalkingu*³¹, czas oddziaływania powinien wynosić minimalnie miesiąc i składać się z co najmniej trzech zachowań, natomiast dla tzw. lekkich przypadków *stalkingu*³², ma on wynosić kilka tygodni i zamykać się w co najmniej dziesięciu indywidualnych zachowaniach³³. Zaprezentowane stanowisko trudno uznać za bezdyskusyjne, choć na tle innych poglądów jest ono dość precyzyjne. Niekiedy bowiem kreśli się bardzo ogólną wytyczną: im poważniejsze są konkretne okoliczności towarzyszące czynowi, tym bardziej prawdopodobne jest zmniejszenie wymogu dotyczącego czasu trwania zachowania niepożądanego³⁴. Wielu komentatorów ma świadomość wysokiej zdatności polemicznej swoich pomysłów. Przykładowo Klaus Schwaighofer zastanawia się, co tak naprawdę może być bardziej dotkliwe dla ofiary: czy wysłanie jej przez 2 tygodnie, dziennie 30 SMS-ów o nieszkodliwej treści, czy też przesłanie zaledwie kilku wiadomości, zawierających jednak np. pewne insynuacje seksualne lub nawołujących do odnowienia zerwanej relacji³⁵. Autor ten trafnie zwraca przy tym uwagę, iż interpretacja wskazanego sformułowania wymaga swoistej wrażliwości (wyczulenia) oraz postuluje, by decydującym wyznacznikiem dookreślającym powyższe znamię, było kryterium „obciążenia ofiary”, w którym mieściłyby się z pewnością rodzaj i stopień nasilenia poszczególnych ataków, co w przypadku połączeń telefonicznych lub innych wiadomości determinowane byłoby nie tylko ich ilością oraz czasem ich trwania, lecz także ich treścią³⁶.

Zaakcentowanie przez ustawodawcę „uporczywości” w postępowaniu sprawcy implikuje konieczność powtarzania przez niego zachowań dokuczliwych. Nie mogą zatem dziwić te wypowiedzi doktryny, które podnoszą, iż skoro czynności sprawcy wymagają pewnej regularności, to zbyt duże odstępstwa pomiędzy poszczególnymi przejawami jego aktywności przekreślają „uporczywość” prześladowania³⁷.

³¹ Tj. zamawiania towarów lub usług przy posłużeniu się danymi osobowymi ofiary albo naklonienia osoby trzeciej do kontaktu z ofiarą, które również następuje poprzez użycie jej danych osobowych.

³² Zwłaszcza polegających na nawiązywaniu kontaktu z pokrzywdzonym.

³³ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 54.

³⁴ Zob. E. Wach, dz. cyt., s. 22.

³⁵ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 54. Inny komentator podaje przykład wyroku skazującego studenta, który niemal codziennie przez kilka miesięcy, siedząc w poczekalni do gabinetu swojego profesora, klaskał i śpiewał, czyniąc to po to, by wymusić na nim wyznaczenie opiekuna do prowadzenia jego pracy doktorskiej. Zachowanie to zostało uznane także za wypełniające znamię „naruszenia przestrzennej bliskości ofiary”, zob. E. Wach, dz. cyt., s. 12.

³⁶ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 54.

³⁷ Zob. K. Beclin, § 107a StGB – *Bekämpfung von «Stalking» auf Kosten der Rechtssicherheit?* [w:] 34. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie. Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz. Band 127, Wiedeń-Graz 2006, s. 115 i n. oraz K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 53.

Kolejnym kłopotliwym znamieniem jest konieczność naruszenia przez sprawcę dotychczasowego sposobu życia ofiary. W nauce prawa karnego podkreśla się, że zachowania *stalkera* muszą cechować się odpowiednim stopniem natężenia, co podobnie jak w przypadku przestępstwa niebezpiecznej groźby (*gefährlichen Drohung*) z § 107 StGB powinno skłonić sąd do zastosowania kryterium obiektywno-subiektywnego, czyli ustalenia *ex ante*, czy zachowanie sprawcy było na tyle dokuczliwe, że przeciętny człowiek, który znalazłby się w podobnej co ofiara sytuacji, zmieniłby swój dotychczasowy sposób postępowania³⁸.

Za kontrowersyjne, choć zgodne z kształtem § 107a StGB, uznać trzeba zapatrywanie, zgodnie z którym zachowanie polegające na wielokrotnym wysyłaniu kwiatów, a także pozostawianiu ich przed drzwiami pokrzywdzonej, nie wypełniało znamion przestępstwa uporczywego prześladowania, ponieważ jest to postępowanie w zasadzie nieszkodliwe, a kwiaty mogą zostać usunięte tak szybko, jak niechciane materiały reklamowe (np. ulotki)³⁹. Za zachowanie wypełniające badane znamię uznaje się sytuacje, w których np. ofiara obawia się odebrać telefon, sprawdzić pocztę lub decyduje się na zmianę miejsca zamieszkania lub pracy⁴⁰. Główna trudność interpretacyjna polega tu na tym, że wielokrotnie zachowania *stalkera* są społecznie i kulturowo odpowiednie (akceptowalne i właściwe)⁴¹. O doniosłości podniesionego zagadnienia niech zaświadczy rozstrzygnięcie, w którym jedna z wiedeńskich sędzi uznała, że wysłanie pokrzywdzonemu przez okres dwóch i pół roku, łącznie 30 000 SMS-ów (około 140 SMS-ów dziennie), nie może zostać uznane za niedopuszczalne naruszenie jego dotychczasowego trybu życia⁴².

Oprócz prawnokarnego instrumentarium reagowania na przejawy *stalkingu*, w literaturze wskazuje się na mechanizm zabezpieczający o charakterze cywilnoprawnym, przyznający ochronę przed naruszeniem prywatności. Jest nim § 382g ustawy z 27 maja 1896 r. o procedurze egzekucyjnej i zabezpieczającej w postępowaniu cywilnym⁴³, usytuowany w części drugiej – „Zabezpieczenie” (*Zweiter Theil – Sicherung*), w rozdziale drugim – „Tymczasowe zarządzenia” (*Zweiter Abschnitt – Einstweilige Verfügungen*), w punkcie drugim dotyczącym zabezpieczenia wszelkich innych roszczeń. Przepis ten został dodany do

³⁸ Zob. Ch. Bertel, K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 118; tenże, dz. cyt., s. 54.

³⁹ Zob. Ch. Bertel, K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 118; tenże, dz. cyt., s. 54 i 57, którzy podnoszą, że do realizacji ustawowych znamion mogłoby dojść, gdyby do kwiatów została dołączona jakaś wiadomość. Zob. także E. Wach, dz. cyt., s. 21. Odmiennego zdania jest natomiast K. Beclin, § 107a..., dz. cyt., s. 118 i n.

⁴⁰ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 55 i n.

⁴¹ Zob. tamże, s. 55.

⁴² Zob. tamże, s. 55.

⁴³ *Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren* – <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001700> [dostęp 31.01.2019]. Określana dalej skrótem: EO.

wskazanej ustawy tą samą ustawą nowelizującą, którą wprowadzono do austriackiego kodeksu karnego przestępstwo uporczywego prześladowania⁴⁴.

Ustęp 1 § 382g EO⁴⁵ stanowi, że prawo zaniechania ingerencji w sferę prywatności może być zabezpieczone przez następujące środki: 1) zakaz osobistego kontaktu oraz prześladowania strony poszkodowanej, 2) zakaz nawiązywania kontaktu listownego, telefonicznego lub innego rodzaju, 3) zakaz pobytu w niektórych wyznaczonych miejscach, 4) zakaz przekazywania i rozpowszechniania danych osobowych i zdjęć strony poszkodowanej, 5) zakaz zamawiania od strony trzeciej towarów lub usług, na podstawie danych osobowych strony poszkodowanej, 6) zakaz nakłaniania osoby trzeciej do podejmowania kontaktów ze stroną poszkodowaną.

Zgodnie z ustępem trzecim⁴⁶, sąd może powierzyć organom bezpieczeństwa (*Sicherheitsbehörden*) – tj. w tym przypadku Policji – wykonanie zakazów, o których mowa w punkcie 1 i 3, włącznie z zastosowaniem środków przymusu bezpośredniego⁴⁷. Natomiast za naruszenie pozostałych zakazów może zostać orzeczona kara grzywny, a w razie dalszej bezskuteczności egzekucji – kolejna grzywna lub kara aresztu (*Haftstrafe*) na okres jednego roku⁴⁸.

⁴⁴ Zob. *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 2006, nr 56 – https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2006_I_56/BGBLA_2006_I_56.pdf [dostęp 31.01.2019]. Po roku od wejścia w życie niniejszego przepisu, wydano na jego podstawie 230 tymczasowych zarządzeń. Zob. E. Wach, dz. cyt., s. 35 i n.

⁴⁵ „Der Anspruch auf Unterlassung von Eingriffen in die Privatsphäre kann insbesondere durch folgende Mittel gesichert werden: 1. Verbot persönlicher Kontaktaufnahme sowie Verbot der Verfolgung der gefährdeten Partei, 2. Verbot brieflicher, telefonischer oder sonstiger Kontaktaufnahme, 3. Verbot des Aufenthalts an bestimmt zu bezeichnenden Orten, 4. Verbot der Weitergabe und Verbreitung von personenbezogenen Daten und Lichtbildern der gefährdeten Partei, 5. Verbot, Waren oder Dienstleistungen unter Verwendung personenbezogener Daten der gefährdeten Partei bei einem Dritten zu bestellen, 6. Verbot, einen Dritten zur Aufnahme von Kontakten mit der gefährdeten Partei zu veranlassen.”

⁴⁶ „Das Gericht kann mit dem Vollzug von einstweiligen Verfügungen nach Abs. 1 Z 1 und 3 die Sicherheitsbehörden betrauen. § 382d Abs. 4 ist sinngemäß anzuwenden. Im Übrigen sind einstweilige Verfügungen nach Abs. 1 nach den Bestimmungen des Dritten Abschnitts im Ersten Teil zu vollziehen.”

⁴⁷ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 63; E. Wach, dz. cyt., s. 36.

⁴⁸ Dzieje się tak na mocy § 355 ustęp 1 EO: „Die Exekution gegen den zur Unterlassung einer Handlung oder zur Duldung der Vornahme einer Handlung Verpflichteten geschieht dadurch, dass wegen eines jeden Zuwiderhandelns nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Exekutionstitels auf Antrag vom Exekutionsgericht anlässlich der Bewilligung der Exekution eine Geldstrafe verhängt wird. Wegen eines jeden weiteren Zuwiderhandelns hat das Exekutionsgericht auf Antrag eine weitere Geldstrafe oder eine Haft bis zur Gesamtdauer eines Jahres zu verhängen. Diese sind nach Art und Schwere des jeweiligen Zuwiderhandelns, unter Bedachtnahme auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und das Ausmaß der Beteiligung an der Zuwiderhandlung auszumessen. In einem Beschluss, mit dem eine Geldstrafe oder eine Haft verhängt wird, sind auch die Gründe anzuführen, die für die Festsetzung der Höhe der Strafe maßgeblich sind.”

W odniesieniu do wszystkich rodzajów zakazów, sąd nie ustala z góry terminu do wniesienia powództwa, jeżeli dany zakaz został wydany na okres jednego roku⁴⁹, co stanowi istotne udogodnienie dla pokrzywdzonego⁵⁰.

Austriacki Sąd Najwyższy na kanwie sprawy Manfreda i Kristen, w przyjętej zasadzie prawnej (*Rechtssatz*)⁵¹ stwierdził, że dla uzasadnienia żądania zaniechania określonego zachowania, wystarczające jest zagrożenie owym naruszeniem. Nie można bowiem oczekiwać konkretnego aktu naruszenia prywatności, ponieważ ochronę sądową uzyskać można w oparciu o tymczasowe zarządzenie lub powództwo o zaniechanie. Wydaje się, że powyższa teza jest koherentna z poglądem uznającym czyn z § 107a StGB za przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo⁵².

Powyższe stanowisko zostało zaaprobowane w orzeczeniu z 28 kwietnia 2008 r.⁵³, gdzie OGH skonstatował, iż celem regulacji antystalkingowej, posadowionej w § 382g EO, jest poprawa ochrony ofiary, polegająca na zaoferowaniu jej szybkiego środka zabezpieczającego ją przed nękaniami. Nie można zatem oczekiwać od pokrzywdzonego, aby ten zaczekał do zaistnienia konkretnego aktu prześladowania, a dopiero następnie domagał się – na podstawie dotychczasowego zachowania *stalker* – orzeczenia określonego zakazu.

Pytaniem, które niemal automatycznie nasuwa się po prezentacji dotychczasowych rozważań, sprowadzić można do następujących wątpliwości: w jakiej relacji pozostają do siebie regulacje prawa karnego i cywilnego oraz czy są one ze sobą w pełni kompatybilne – tak na płaszczyźnie normatywnej, jak i jurydycznej. Częściową odpowiedź znaleźć możemy w wyroku OGH z dnia 11 sierpnia 2008 r.⁵⁴ W stanie faktycznym pozwany *stalker* wniósł *Revisionsrekurs*, domagając

⁴⁹ Tożsama reguła przyjmowana jest w przypadku przedłużenia czasu trwania zakazu, spowodowanego naruszeniem go przez sprawcę. Zabieg ten umożliwia ustęp 2 § 382g EO: „Bei einstweiligen Verfügungen nach Abs. 1 Z 1 bis 6 ist keine Frist zur Einbringung der Klage (§ 391 Abs. 2) zu bestimmen, wenn die einstweilige Verfügung für längstens ein Jahr getroffen wird. Gleiches gilt für eine Verlängerung der einstweiligen Verfügung nach Zuwiderhandeln durch den Antragsgegner.”

⁵⁰ Zasadą jest bowiem, że jeżeli zakaz jest wydawany przed wszczęciem procesu, sąd wyznacza rozsądny termin do wniesienia powództwa. W przypadku bezskutecznego upływu tego terminu – tymczasowe zabezpieczenie upada – zob. E. Wach, dz. cyt., s. 36 i n.

⁵¹ Numer zasady: RS0121888 – zob. https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJR_20070131_OGH0002_0080OB00155_06M0000_003 [dostęp 31.01.2019].

⁵² Ch. Bertel, K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 117; K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 52 oraz E. Wach, dz. cyt., s. 5.

⁵³ Numer sprawy: 2Ob82/08k – zob. https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20080428_OGH0002_0020OB00082_08K0000_000 [dostęp 31.01.2019].

⁵⁴ Numer sprawy: 1Ob61/08i – zob. https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20080811_OGH0002_0010OB00061_08I0000_000 [dostęp 31.01.2019].

się uchylenia zakazu wydanego na podstawie § 382g EO wskazując nadto, że jego zachowanie⁵⁵ nie wypełniło znamion z § 107a StGB. Orzekający sąd uznał, że wniesiony środek odwoławczy choć jest w tym przypadku dopuszczalny, to jednak okazał się być nieuzasadniony, bowiem zasadniczą przesłanką orzeczenia zakazu (zakazów) z § 382g EO jest bezpośrednie zagrożenie prywatności ofiary, a nie kwestia zawinienia pozwanego, czy też wypełnienie przez niego ustawowych znamion przestępstwa uporczywego prześladowania. Sąd stwierdził także, iż prawo cywilne może zaingerować nawet w tych przypadkach, w których „próg” § 107a StGB nie został jeszcze przekroczony⁵⁶.

Korzystanie w pierwszej kolejności z instrumentów prawa cywilnego przez ofiary *stalkingu* w Austrii, potwierdzają pośrednio inne, stosunkowo jednak liczne orzeczenia OGH. Tendencję taką uwierzytelnia chociażby przywołany wcześniej wyrok z 28 kwietnia 2008 r., w którym pozwany mężczyzna o imieniu Edmund, prześladował byłą partnerkę – Margarethe – w ten sposób, że używał w stosunku do niej sformułowań powszechnie uznanych za obraźliwe, wielokrotnie obserwował ją w czasie, kiedy ta przechodziła obok jego domu. Sytuacja była patowa, ponieważ pozostający w konflikcie partnerzy zamieszkiwali na tej samej ulicy. Austriacki Sąd Najwyższy utrzymał wówczas w mocy orzeczoną przez sąd pierwszej instancji tymczasowy zakaz jakiegokolwiek kontaktowania się i śledzenia powódki oraz jej syna. OGH odwołał się do orzeczenia wydanego w sprawie Manfreda i Kristen, pogłębiając jednocześnie poprzednio nakreśloną argumentację, wskazując tym razem, iż rzeczywistą intencją ustawodawcy było właśnie to, by ofiara nie musiała czekać na faktyczne ataki *stalkera* tylko – uprzedzając niejako możliwość ich wystąpienia – mogła żądać określonego tymczasowego zakazu o charakterze zabezpieczającym, co w pełni koresponduje z prewencyjnym charakterem tego środka. Wskazano także, iż w celu zapobieżenia omijania przez sprawcę nałożonego zakazu, należy go tak sformułować, aby objął on wszelkie sposoby kontaktowania się z ofiarą, ponieważ tego typu ciągłe nękanie zwykle stanowić będzie dla pokrzywdzonego istotne, psychiczne obciążenie.

Czasami zdarza się jednak, że OGH idzie dalej w przydawaniu ochrony, której źródłem są normy prawa cywilnego. W judykacie z 27 stycznia 2010 r.⁵⁷

⁵⁵ W odtworzonym stanie faktycznym *stalker* o imieniu Christof był osobą zupełnie obcą dla pokrzywdzonej. Ofiara (kobieta o imieniu Sabina) i sprawca mieszkali na tej samej ulicy. *Stalker* urosił sobie, że jest partnerem ofiary i nie dopuszczał do siebie informacji, że jest inaczej. Implikowało to: naruszenia nietykalności cielesnej ofiary, nękanie jej za pomocą licznych połączeń telefonicznych, lawinowe wysyłanie SMS-ów, grożenie śmiercią ofierze w miejscach publicznych (basen, sklep spożywczy) w przypadku odmowy nawiązania bliższych relacji.

⁵⁶ „Ein zivilrechtlich relevanter Eingriff ist auch in jenen Fällen möglich, in denen die Schwelle des § 107a StGB noch nicht überschritten ist.”

⁵⁷ Numer sprawy: 7Ob248/09k – zob. <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?ResultFunctionToken=eedf3cc2-8ba2-42e8-b51e-dff66d7509b8&Abfrage=Gesamtabfrage&>

stwierdzono, że ochrona prywatności może zostać naruszona nawet wtedy, gdy nie doszło do wypełnienia znamion z § 107a StGB, co nie wyklucza oczywiście zaistnienia i takich sytuacji, które pozostaną w sprzeczności zarówno z regulacjami prawa karnego, jak i cywilnego. Sąd Najwyższy dostrzegł z jednej strony, że ustawodawca nie zdefiniował nigdzie pojęcia prywatności (*Privatsphäre*), z drugiej zaś podjął próbę samodzielnego dookreślenia tego terminu uznając, że obejmuje on: sferę intymności, specyficzne interesy danej jednostki, zamiłowania, nawyki, a także tzw. sferę tajemnicy (*sogenannten Geheimsphäre*), w skład której wchodzi informacje udostępnione dla organicznego kręgu osób i nieprzeznaczone dla szerszego kręgu odbiorców. W razie niejasności OGH nakazuje interpretować pojęcie *Privatsphäre* tak, jak czyni się to na gruncie § 16⁵⁸ oraz § 1328a⁵⁹ austriackiego kodeksu cywilnego. Można mieć wątpliwości, czy tak pojmowana prywatność jest w pełni koherentna z kształtem indywidualnego przedmiotu ochrony z § 107a StGB⁶⁰.

Próbując udzielić odpowiedzi na pytanie postawione w tytule niniejszego opracowania, wyeksponować należy kilka ważkich okoliczności. *Prima facie* decyzja o kryminalizacji zjawiska *stalkingu* mogła zostać uznana za trafną, ponieważ jej podstawa zakotwiczona była w wynikach badań kryminologicznych oraz

SearchInAsylGH=&SearchInAvn=&SearchInAvsv=&SearchInBegut=&SearchInBgblAlt=&SearchInBgblAuth=&SearchInBgblPdf=&SearchInBks=&SearchInBundesnormen=&SearchInDok=&SearchInDsk=&SearchInErlaesse=&SearchInGbk=&SearchInGemeinderecht=&SearchInJustiz=&SearchInBvwg=&SearchInLvvg=&SearchInLgbl=&SearchInLgblNO=&SearchInLgblAuth=&SearchInLandesnormen=&SearchInNormenliste=&SearchInPruefGewO=&SearchInPvak=&SearchInRegV=&SearchInSpg=&SearchInUbas=&SearchInUmse=&SearchInUvs=&SearchInVerg=&SearchInVfgh=&SearchInVwgh=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=7Ob248%2f09k&Dokumentnummer=JJT_20100127_OGH0002_00700-B00248_09K0000_000 [dostęp 31.01.2019].

⁵⁸ „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.” Odpowiednikiem tego przepisu jest art. 23 polskiego kodeksu cywilnego.

⁵⁹ „(1) Wer rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbart oder verwertet, hat ihm den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Bei erheblichen Verletzungen der Privatsphäre, etwa wenn Umstände daraus in einer Weise verwertet werden, die geeignet ist, den Menschen in der Öffentlichkeit bloßzustellen, umfasst der Ersatzanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. (2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, sofern eine Verletzung der Privatsphäre nach besonderen Bestimmungen zu beurteilen ist. Die Verantwortung für Verletzungen der Privatsphäre durch Medien richtet sich allein nach den Bestimmungen des Mediengesetzes, BGBl. Nr 314/1981, in der jeweils geltenden Fassung.”

⁶⁰ Jako cel ochronny tej normy podaje się najczęściej wolność od strachu, a dopiero w dalszej kolejności – prywatność i swobodę jednostki co do decydowania, z kim chce utrzymywać prywatne kontakty – zob. E. Wach, dz. cyt., s. 5.

oczekiwaniach społecznych⁶¹. Trudno także pominąć statystyki, które częściowo potwierdziły skalę rzeczzonego zjawiska⁶².

Ustawodawca austriacki, kształtując ustawowe znamiona przestępstwa uporczywego prześladowania, bez wątpienia chciał uwzględnić możliwie wszystkie przejawy kreatywności sprawcy, które wyczerpywałyby fenomenologiczny obraz *stalkingu*. Nie skorzystał jednak z narzędzia, jakim jest klauzula generalna (*Generalklausel*), ponieważ taka technika legislacyjna nie spełniałaby wymogu dostatecznej określoności zakazu⁶³. Niestety obrana przez niego metoda również nie urzeczywistniła postulatów, wynikających z zasady *nullum crimen sine lege certa*, przede wszystkim z powodu posłużenia się wysoce ocennymi znamionami⁶⁴. Niewiele zmieniłoby użycie w opisie czynu określenia „w szczególności” (*insbesondere*), bowiem otworzyłyby to katalog zachowań niepożądanych, jednocześnie upodabniając typizację do wspomnianej uprzednio klauzuli generalnej. I choć w doktrynie prawa karnego sygnalizuje się, że nieprawidłowa subsumpcja zachowania sprawcy pod konkretny, ustawowo opisany przejaw *stalkingu*, nie jest niczym niewłaściwym, ponieważ dokładne ich rozgraniczenie nie jest ani możliwe, ani konieczne, z uwagi na ich normatywną równoważność⁶⁵, to jednak perspektywa nieobjęcia jakiegoś symptomu aktywności *stalkera* normą z § 107a StGB lub inną, może okazać się wysoce prawdopodobna.

Powyższe spostrzeżenia usposabiają do konstatacji, iż skonstruowanie kompletnego typu czynu zabronionego, odpowiadającego bogatemu obrazowi fenomenologicznemu *stalkingu*, zdiagnozowanemu przez kryminologię, wydaje

⁶¹ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu nowelizującego austriacki kodeks karny – *Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage*, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_01316/fname_057436.pdf [dostęp 31.01.2019]. Zob. także J. Kulesza, *Zarys teorii kryminalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 11–12, s. 92 i n.

⁶² Przed wejściem w życie § 107a StGB szacowano, że liczba zachowań będących *stalkingiem* wynosi około 6000 przypadków rocznie, zaś liczba wyroków skazujących będzie się wahać od 70 do 80. Zob. E. Wach, *Salzburger...*, s. 7. Policyjna statystyka kryminalna (*Polizeiliche Kriminalstatistik*) za lata 2007 i 2008 odnotowała około 2600 przypadków *stalkingu*, zaś sądowa statystyka spraw karnych (*Gerichtliche Kriminalstatistik*) odpowiednio 156 i 160 wyroków skazujących – zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 53. Zestawienie sądowej statystyki z ostatnich trzech lat wskazuje, że liczba wyroków skazujących jest zbliżona – odpowiednio w 2017 r. – 182, w 2016 r. – 134, w 2015 r. – 172 – zob. Raport Bezpieczeństwa – sprawozdanie z prac wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych za 2017 r. (*Sicherheitsbericht 2017. Bericht über die Tätigkeit der Strafrechtspflege*), opracowane przez Federalne Ministerstwo ds. konstytucji, reform, deregulacji i sprawiedliwości (*Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz*) – https://www.bmi.gv.at/508/files/SIB_2017/04_SIB_2017-Justizteil_web.pdf [dostęp 31.01.2019].

⁶³ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 53.

⁶⁴ O tym, czy sprawca wypełnił, czy też nie wypełnił ustawowych znamion przestępstwa *stalkingu*, decyduje *de facto* orzekający sąd, co z perspektywy zasady demokratycznego państwa prawa, jest trudne do zaakceptowania.

⁶⁵ Zob. E. Wach, dz. cyt., s. 20.

się przedsięwzięciem niełatwym (o ile w ogóle możliwym) do zrealizowania. Zasadnicza trudność tkwi z jednej strony w umiejętności przełożenia „wyników badań empirycznych na język teoretycznych ujęć normatywnych i praktycznych rozwiązań legislacyjnych”⁶⁶, z drugiej zaś w konieczności zachowania w polu widzenia tego, że norma prawna istnieje w społeczeństwie przez to, że wyznacza wzory powinnoego zachowania, wskazując jej adresatom, jak mają postępować w określonych sytuacjach, co implikuje konieczność zrozumienia jej treści, w celu uwzględnienia jej kształtu w procesach psychicznych, poznawczych i motywacyjnych⁶⁷.

Ustawodawca austriacki chciał zaoferować pokrzywdzonemu kompleksowe instrumentarium, przy pomocy którego skutecznie zwalczy on zachowania *stalkera*. Wydaje się jednak, że należało poprzestać w pierwszej kolejności na narzędziach cywilnoprawnych, a dopiero w dalszej – poddać ewentualnej kryminalizacji niedostosowanie się do orzeczonych zakazów⁶⁸. Trudno nie oprzeć się wrażeniu, że podniesienie *stalkingu* do rangi odrębnego typu czynu zabronionego jest po prostu kryminalizacją symboliczną⁶⁹, mającą potwierdzić jedynie wysoką rangę prawa do prywatności, zaś zasada *ultima ratio* prawa karnego⁷⁰, została w ogromnym stopniu zlekceważona.

⁶⁶ Cyt. K. Krajewski, Czy prawo karne potrzebuje kryminologii, a kryminologia prawa karnego? [w:] W. Zalewski (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, Warszawa 2018, s. 9.

⁶⁷ T. Kaczmarek, *O reorientacji badawczej i metodologii współczesnej nauki prawa karnego i kryminologii oraz jej wpływ na procesy prawotwórcze (w okresie zmian ustrojowych w Polsce po 2015 r.)* [w:] dz. cyt., s. 30.

⁶⁸ W tym duchu H. Landau, *Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2015, nr 12, s. 668. Analogiczny postulat w odniesieniu do regulacji polskich zgłaszała O. Sitarz. Zob. D. Woźniakowska-Fajst, dz. cyt., s. 206. Zob. także J. Kulesza, dz. cyt., s. 97 i n.

⁶⁹ Zob. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 62 i n. oraz J. Utrat-Milecki, *Penologia a zagadnienia kryminalizacji* [w:] W. Zalewski (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, s. 77.

⁷⁰ Która powinna być pierwszym przykazaniem politycznej roztropności – „Unbezweifelbar ist dieses Prinzip zunächst ein Gebot politischer Klugheit”. Cyt. H. Landau, dz. cyt., s. 668.

Bibliografia

- Bachner-Foregger H., *Strafgesetzbuch*, Wiedeń 2010.
- Banasik K., *Stalking w austriackim prawie karnym*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2012, nr 1.
- Beclin K., § 107a StGB – *Bekämpfung von «Stalking» auf Kosten der Rechtssicherheit?* [w:] 34. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie. Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz. Band 127, Wiedeń-Graz 2006.
- Bertel Ch., Schwaighofer K., *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I. §§ 75 bis 168e StGB*, Wiedeń-Nowy Jork 2010.
- Dreßing H., Gass P., *Stalking! Verfolgung, Bedrohung, Belästigung*, Bern 2005.
- Dreßing H., Gallas Ch., Klein U., *Beratung und Therapie von Stalking-Opfern. Ein Leitfaden für die Praxis*, Bern 2010.
- Fuchs H., Reindl-Krauskopf S., *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wiedeń-Nowy Jork 2009.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
- Gruszczyńska B., Marczewski M., Ostaszewski P., Siemaszko A., Woźniakowska-Fajst D., *Stalking w Polsce. Rozmiary-formy-skutki* [w:] A. Siemaszko (red.), *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, Warszawa 2011.
- Kaczmarek T., *O reorientacji badawczej i metodologii współczesnej nauki prawa karnego i kryminologii oraz jej wpływ na procesy prawotwórcze (w okresie zmian ustrojowych w Polsce po 2015 r.)* [w:] W. Zalewski (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, Warszawa 2018.
- Krajewski K., *Czy prawo karne potrzebuje kryminologii a kryminologia prawa karnego?* [w:] W. Zalewski (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, Warszawa 2018.
- Kulesza J., *Zarys teorii kryminalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 11–12.
- Kury H., Obergfell-Fuchs J., *Sexualkriminalität* [w:] H.J. Schneider (red.), *Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 1. Grundlagen der Kriminologie*, Berlin 2007.
- Landau H., *Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2015, nr 12.
- Pelikan Ch., *Psychoterror. Ein internationales Phänomen und seine gesetzliche Regelung* [w:] *Du entkommst mir nicht... Psychoterror – Formen, Auswirkungen und gesetzliche Möglichkeiten*, Wiedeń 2004.
- Petherick W., *Serial stalking. Looking for Love in All the Wrong Places?* [w:] W. Petherick (red.), *Serial Crime. Theoretical and Practical Issues in Behavioral Profiling*, Burlington 2009.

- Schwaighofer K. [w:] F. Höpfel, E. Ratz (red.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 105–107b. Band 3*, Wiedeń 2010.
- Utrat-Milecki J., *Penologia a zagadnienia kryminalizacji* [w:] W. Zalewski (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, Warszawa 2018.
- Wach E. [w:] O. Triffterer, Ch. Rosbaud, H. Hinterhofer (red.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 107a. Band 3*, Wiedeń 2015.
- Wolbert Burgess A., Regehr Ch., Roberts A.R., *Victimology. Theories and Application*, Burlington 2013.
- Woźniakowska-Fajst D., *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie polskim potrzebna jest penalizacja prześladowania?*, „Archiwum Kryminologii” 2009, T. XXXI.

Orzeczenia

- Wyrok OGH z 31 stycznia 2007 r., numer sprawy: 8Ob155/06m, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20070131_OGH0002_0080OB00155_06M0000_000.
- Wyrok OGH z 28 kwietnia 2008 r., numer sprawy: 2Ob82/08k, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20080428_OGH0002_0020OB00082_08K0000_000.
- Wyrok OGH z 11 sierpnia 2008 r., numer sprawy: 1Ob61/08i, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20080811_OGH0002_0010OB00061_08I0000_000.
- Wyrok OGH z 27 stycznia 2010 r., numer sprawy: 7Ob248/09k, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?ResultFunctionToken=eedf3cc2-8ba2-42e8-b51e-dff66d7509b8&Abfrage=Gesamtabfrage&SearchInAsylGH=&SearchInAvn=&SearchInAvsv=&SearchInBegut=&SearchInBgblAlt=&SearchInBgblAuth=&SearchInBgblPdf=&SearchInBks=&SearchInBundesnormen=&SearchInDok=&SearchInDsk=&SearchInErlaesse=&SearchInGbk=&SearchInGemeinderecht=&SearchInJustiz=&SearchInBvwg=&SearchInLvvg=&SearchInLgbl=&SearchInLgblNO=&SearchInLgblAuth=&SearchInLandesnormen=&SearchInNormenliste=&SearchInPruefGewO=&SearchInPvak=&SearchInRegV=&SearchInSpg=&SearchInUbas=&SearchInUmse=&SearchInUvs=&SearchInVerg=&SearchInVfgh=&SearchInVwgh=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=7Ob248%2f09k&Dokumentnummer=JJT_20100127_OGH0002_0070OB00248_09K0000_000.
- Zasada prawna OGH z 31 stycznia 2007 r., numer zasady: RS0121888, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJR_20070131_OGH0002_0080OB00155_06M0000_003.

Inne

Austriacki kodeks karny – *Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen*, *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 1974, nr 60.

Nowela do austriackiego kodeksu karnego z 8 maja 2006 r., *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 2006, nr 56.

Raport Bezpieczeństwa – sprawozdanie z prac wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych za 2017 r. (*Sicherheitsbericht 2017. Bericht über die Tätigkeit der Strafrechtsjustiz*), opracowane przez Federalne Ministerstwo ds. konstytucji, reform, deregulacji i sprawiedliwości (*Bundesministeriums für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz*), https://www.bmi.gv.at/508/files/SIB_2017/04_SIB_2017-Justizteil_web.pdf.

Ustawa z 27 maja 1896 r. o procedurze egzekucyjnej i zabezpieczającej w postępowaniu cywilnym – *Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren*, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001700>.

Uzasadnienie rządowego projektu nowelizującego austriacki kodeks karny – *Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage*, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_01316/fname_057436.pdf.

STRESZCZENIE

Punktem wyjścia skonstruowanego wywodu jest treść wyroku austriackiego Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2007 r., w którym drobiazgowo zreferowano stan faktyczny, opisujący relacje zachodzące pomiędzy partnerami: Manfredem i Kristen, które zaklasyfikowane zostały jako *stalking*. Na kanwie przywołanego orzeczenia, analizie poddany zostaje kryminologiczny obraz wzmiankowanego zjawiska, jego przejawy oraz próba systematyzacji poszczególnych zachowań sprawców.

W dalszej kolejności zaprezentowane zostają przewidziane prawem mechanizmy reagowania na *stalking*, do których zalicza się: przestępstwo uporczywego prześladowania z § 107a austriackiego kodeksu karnego oraz § 382g ustawy o procedurze egzekucyjnej i zabezpieczającej w austriackim postępowaniu cywilnym.

Następnie dokonana zostaje ocena zasygnalizowanych instrumentów z perspektywy: kryminalno-politycznej potrzeby ukarania sprawcy, użyteczności dla osoby pokrzywdzonej – poszukującej ochrony swoich dóbr osobistych oraz celów, jakie wynikają z przynależności wskazanych narzędzi normatywnych, do różnych gałęzi prawa.

Artykuł zamyka konkluzja, iż adekwatnym sposobem reakcji na *stalking*, są dostępne w Austrii rozwiązania cywilnoprawne, z których pokrzywdzeni korzystają najchętniej i w pierwszej kolejności. Natomiast sposób skryminalizowania fenomenu uporczywego prześladowania uznany zostaje za niezadowalający. Wypracowane wnioski, choć bezpośrednio nie odwołują się do regulacji polskich, stanowią jednak dla nich wartościowy punkt refleksji nad obowiązującym stanem normatywnym.

Słowa kluczowe: stalking, kryminalizacja, prawo karne, prawo cywilne, Austria

SUMMARY

The starting point of the constructed disquisition is the content of the judgement of the Austrian Supreme Court of Justice of 31 January 2007. This judgement describes the details of relationships between the partners named Manfred and Kristen. The Court classified the behavior of man in relation to women – as *stalking*. On the basis of the aforementioned ruling, the analysis was subjected to: a criminological image of the phenomenon mentioned, its manifestations and an attempt to systematise particular behaviors of the perpetrators.

Subsequently, the author presents the mechanisms foreseen in the law for reacting to *stalking*, which are included: the crime of persistent persecution under § 107a of the Criminal Code of Austria and § 382g of the Austrian Federal Act on Execution and Safeguarding Proceedings.

The instruments which have been notified, have been assessed from the perspective of: the criminal-political need to punish the perpetrator, usefulness for the victim – seeking protection of her/his personal rights and objectives that result from the affiliation of the indicated normative tools to various branches of law.

The article closes the conclusion, that an adequate way to react to *stalking* are civil law solutions, available in Austria. Victims use them most willingly and in the first place. However, the method of criminalizing the phenomenon of persistent persecution is unsatisfactory. The proposed proposals do not refer directly to Polish regulations. However, they are a valuable point of reflection for them, over the current normative state.

Key words: stalking, criminalization, criminal law, civil law, Austria