

Ekspertyza dot. incydentu nr IP/4/15 na portalu www.zglosnienawisc.otwarta.org

<http://www.zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/309>

1. Stan faktyczny

Internautka P. R. na facebookowym profilu portalu *Wiedza bezużyteczna* umieściła grafikę na której przedstawione jest zdjęcie paczki chipsów Lays z serii „Prosto z pieca”, do której dodano podpis „o smaku pieczonego Żyda” oraz „Żydzi powoli pieczeni w piecu”. Ponadto paczkę zaopatrzone w zdjęcie Adolfa Hitlera oraz zdjęcie ortodoksyjnego Żyda (które posłużyło do stworzenia internetowego mema „Karate Jude”).

Oprócz wyżej opisanej grafiki, w czasie dyskusji pod swoim postem internautka umieściła następujące komentarze w odpowiedzi na krytyczne uwagi w stosunku do zamieszczonej przez nią grafiki (pisownia oryginalna):

To było kiedyś już nie da się tego cofnąć więc nie wiem co to za ból dupy. Jedyne rzecz której żałuje to to że nie spalił wszystkich żydów

(...)

Wpoili i już się o to nie martw ;-)

(...)

Już mi dużo gadali o tych żydach i nie jest mi ich nawet żal ... zasłużyli na to wszystko ;-D

(...)

Prawda w oczy kole żydzi to zwykłe śmiecie ☺ Traktują źle innych ludzi ale jak ich to już tragedia ...

W reakcji na powyższe 26 stycznia 2015 roku stowarzyszenie Otwarta Rzeczpospolita zawiadomiło prokuraturę o możliwości popełnienia przestępstwa. 23 lutego 2015 roku Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście wszczęła dochodzenia o przestępstwo z art. 256 § 1 k.k. Art. 256 § 1 stanowi, iż 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.

27 marca 2015 roku Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście umorzyła dochodzenie bez podania przyczyny.

2. Stan prawny

Ponieważ prokuratura umorzyła dochodzenie dot. art. 256 § 1 k.k., warto zastanowić się, czy w omawianej sprawie nie doszło do popełnienia innego przestępstwa niż nawoływanie do nienawiści z art. 256 § 1. Inne przestępstwa tzw. mowy nienawiści znaleźć można bowiem w art. 257 k.k., który stanowi, iż 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, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Art. 257 reguluje karalność publicznego znieważania osób ze względu na ich przynależność narodową, etniczną, rasową lub wyznaniową (albo bezwyznaniowość). Powyższe akty agresji traktowane są jako przejawy dyskryminacji z ww. powodów (D. Gruszecka, komentarz do art. 257 k.k. [w]: Kodeks Karny część szczegółowa. Komentarz, pod red. J.W. Giezka, LEX 2014).

2.1. Przedmiot ochrony

Przedmiot ochrony art. 257 jest dwójakiego rodzaju. Z jednej strony jest to cześć i godność jednostki. Z drugiej strony przepis chroni porządek publiczny demokratycznego państwa prawa (demokracji liberalnej). Oba te dobra w komentowanym przepisie niejako przenikają się, pozostając w określonej zależności. Chronioną cześć i godność należy zatem rozpatrywać nie tylko wyłącznie w aspekcie indywidualnym, lecz odnosząc do *funkcjonowania całego porządku publicznego, którego filarem jest pluralizm oraz respektowanie podstawowych praw i wolności innych osób, a przez to zwalczanie wszelkich form prześladowań, nietolerancji i wykluczenia społecznego* ((D. Gruszecka, komentarz do art. 257 k.k. [w]: Kodeks Karny część szczegółowa. Komentarz, pod red. J.W. Giezka, LEX 2014).

Ochrona czci i godności pojedynczych osób lub grup jest – w kontekście przynależności narodowej, etnicznej, rasowej lub wyznaniowej – elementem antydyskryminacyjnej polityki państwa. Ewentualne konflikty i wzajemna wrogość na tym tle mogą być bowiem źródłem poważnych napięć społecznych. Stąd też art. 257 umiejscowiony jest w rozdziale XXII

zatytułowanym Przepięstwa przeciwko porządkowi publicznemu. Podobnie zatem jak w wypadku art. 256 można stwierdzić, iż *przedmiotem ochrony jest funkcjonowanie państwa w sposób demokratyczny, w ramach takiegoż ustroju, i zapewniający zarazem obywatelom i innym osobom zamieszkałym na jego terytorium ochronę ich praw* (Z. Ćwiakalski, komentarz do art. 256 k.k. [w]: Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k., pod red. A. Zolla, Zakamycze 2006), w tym prawo do ochrony takich dóbr jak cześć i godność.

2.2. Podmiot czynu zabronionego

Przepięstwo ma charakter powszechny – zatem może go dokonać każda osoba podlegająca odpowiedzialności karnej.

2.3. Znamiona strony przedmiotowej

W przedmiotowej sprawie przepięstwo polega na znieważeniu osoby lub grupy osób ze względu na przynależność pokrzywdzonego do określonych przepisem kategorii. Słowniki podają, iż *znieważyc* oznacza:

- *naruszyć czyjąś godność* (Słownik języka polskiego PWN Online),
- *ubliżać komuś, lżyć, obrażać kogoś* (Mały słownik języka polskiego, PWN, Warszawa 1993, s. 1162).

W doktrynie prawa karnego znaleźć można opinie, iż do znieważenia wystarczy *obrażenie jakiejś osoby niestosowną wypowiedzią, naruszenie w ten sposób jej czci i godności* (Z. Ćwiakalski, komentarz do art. 257 k.k., [w]: Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k., pod red. A. Zolla, Zakamycze 2006).

W odniesieniu do zniewagi z art. 181 § 1 z k.k. z 1969 r. (poprzednika art. 216, wobec którego art. 257 jest *lex specialis*) uznaje się, iż będą to takie zachowania, które *według zdeterminowanych kulturowo i powszechnie przyjętych ocen stanowią wyraz pogardy dla człowieka*. W takim ujęciu *prawo chroni godność poniżonego człowieka w imię innych wartości aniżeli indywidualne, subiektywne wrażenie o sobie*. człowieka (W. Kulesza, Zniesławienie i zniewaga, Warszawa 1984, s. 169). Oznacza to, że wypowiedź musi mieć obiektywnie charakter znieważający.

Ponownie odwołując się do rozważań dot. art. 181 § 1 wskazać należy, iż istotą znieważanie jest *wyrażeniem pogardy, która głębiej wyraża ujemny stosunek do wartości, jaką reprezentuje sobą człowiek, aniżeli lekceważenie* (W. Kulesza, Zniesławienie ..., s. 174).

Ponieważ art. 257 wskazuje, że chodzi o znieważenie z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej przy ocenie danej wypowiedzi jako znieważającej

należy zwrócić uwagę na konieczny związek *między określonym postępowaniem a jego motywacją dyskryminacyjną*. Musi tu więc występować konieczny element w postaci motywacji *wypowiedzi wrogością do przedstawicieli innej rasy, wyznania czy narodowości* (D. Gruszecka, komentarz do art. 257 k.k., [w]: Kodeks Karny część szczegółowa. Komentarz, pod red. J.W. Giezka, LEX 2014).

Skutek

Jest to przestępstwo bezskutkowe, to znaczy że jest popełnione z chwilą ukończenia samego czynu. Jego istotą jest to, iż wypełnienie jego znamion zachodzi wraz z zachowaniem wskazanym w ustawie. Konieczne (ale i wystarczające jest tutaj samo wyczerpanie wszystkich znamion czynu zabronionego, a nie wystąpienie skutku. Oznacza to, iż nie ma potrzeby, aby znieważana osoba lub grupa osób poczuła się znieważona.

Przedmiot bezpośredniego działania

Przedmiotem bezpośredniego działania w wypadku art. 257 k.k. jest bądź grupa ludności, bądź poszczególna osoba.

Okoliczności modalne

Art. 257 stanowi, iż zniewaga musi mieć charakter publiczny. W doktrynie prawa karnego rozumienie terminu „publiczny” jest ugruntowane i co do zasady nie budzi wątpliwości. Oznacza to, że musi być dokonana w miejscu publicznym (np. w trakcie demonstracji, zgromadzeń lub protestów ulicznych) w taki sposób, aby mogła dotrzeć do nieograniczonego kręgu osób (np. wywiad telewizyjny, felieton prasowy, wpis na blogu lub forum internetowym).

Znieważenie dokonane jest publicznie (ze względu na miejsce), jeżeli nastąpiło w miejscu, w którym fakt zniewagi mógł być zaobserwowany przez nieograniczoną liczbę indywidualnie nieokreślonych osób. Warunkiem jest, aby publiczność, *określona jako otwarty zbiór osób indywidualnie nieoznaczonych, miała rzeczywistą możliwość zapoznania się ze znieważającą wypowiedzią* (S. Hoc, O prawnokarnej ochronie przedstawicieli państw obcych oraz ich symboli państwowych, Prokuratura i Prawo 2003, nr 12, s.19).

Chodzi tu zatem o sytuację, w której zniewaga zostaje rozpowszechniona za pomocą tzw. środków masowego przekazu: prasy, radia, telewizji, internetu. Na marginesie można jeszcze dodać, że znieważająca wypowiedź może być kolportowana także przy użyciu billboardów, plakatów, ulotek, a nawet ekranów reklamowych.

Znamiona strony podmiotowej

Jest to przestępstwo umyślne. Większość doktryny prawa karnego wskazuje, że można je popełnić jedynie w zamiarze bezpośrednim. Jest to sytuacja, w której sprawca chce popełnić przestępstwo, w tym wypadku chce znieważać grupę ludności z powodu ich przynależności narodowościowej, rasowej, etnicznej lub ich wyznania. Wedle innego poglądu (Z. Ćwiąkalski, J. Piórkowska-Flieger) możliwe jest popełnienie przestępstwa z art. 257 także w zamiarze ewentualnym. Jest to z kolei sytuacja, w której sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu (znieważenia grupy ludności z ww. powodów) i godzi się na to.

Bez wątplenia jednak sprawca musi chcieć poniżyć, zelżyć czyli znieważać (naruszyć cześć i godność tych), o których mówi z powodu ich cech (rasy, narodowości, wyznania czy bezwyznaniowości). *Musi chcieć naruszenia jego godności lub nietykalności cielesnej właśnie z ich powodu i przede wszystkim z ich powodu. Istota powyższego czynu nie polega bowiem jedynie na samym znieważeniu (naruszeniu nietykalności cielesnej), ale okazaniu osobom przeciwstawianym sobie przez sprawcę, charakteryzowanym jako "inne", ich niższości i zanegowaniu ich prawa do równego traktowania* (D. Gruszecka, komentarz do art. 257 k.k., [w]: Kodeks Karny część szczegółowa. Komentarz, pod red. J.W. Giezka, LEX 2014).

Konkluzje

Po przedstawieniu stanu prawnego należy zastanowić, się czy wypowiedź internautki (zarówno grafika, jak i jej komentarze) wypełnianą ww. znamiona przestępstwa. należy się zastanowić, czy doszło do zrealizowania wszystkich ww. znamion przestępstwa.

W pierwszej kolejności należy zastanowić się nad treścią grafiki. Wydaje się, że udostępnienie tej grafiki nie może być uznane za propagowanie mowy nienawiści. Oczywiście omawiany żart w formie graficznej można (a właściwie należy) uznać za zupełnie niestosowny. Grafika przekracza pewne granice, ponieważ jest próbą żartu bezpośrednio z tragedii. Pamiętać jednak należy, iż tematyka Holocaustu weszła na dobre do kultury masowej, choćby za sprawą takich filmów jak „Życie jest piękne” Roberta Benigniego czy „Pociąg życia” Radu Mihaileanu. Tematyka związana z Holocaustem stała się więc elementem popkultury, także w kontekście satyrycznym. Oczywiście powyższe rozważania nie oznaczają zrównania wartości artystycznej wymienionych filmów i omawianej grafiki. Jednak nieudolny żart nie jest tożsamy z mową nienawiści.

Po drugie pamiętać należy, że sam nazizm (i jego elementy) dawno znalazły swe miejsce w kulturze masowej. Postać Hitlera coraz częściej zaczyna pojawiać się (zwłaszcza w internecie) w oderwaniu od kontekstu ludobójstwa i totalitaryzmu (przykłady to Emo-Hitler <http://uncyclopedia.wikia.com/wiki/Emo-Hitler>, czy Hipster Hitler www.hispterhitler.com). Jest to pewien światowy trend popkulturowy, zauważalny nie tylko w Polsce (niedawne afera z logo SS na czapce pewnego blogera modowego, czy wisior ze swastyką na szyi pewnego wokalisty). Oczywiście konstatacja tych faktów nie jest równoznaczna z akceptacją tych zjawisk, tym bardziej nie zawiera w sobie ich pozytywnej oceny. W tym kontekście podkreślić należy, iż niezbędna jest coraz szersza globalna edukacja, która przypominać będzie zło, jakie niosły ze sobą XX-wieczne totalitaryzmy.

Do tego trzeba dodać fakt, iż w internecie dawno zatarła się granica między twórcą a odbiorcą. W sieci każdy internauta- (będący pierwotnie jedynie odbiorcą), tworząc lub rozpowszechniając tego typu memy staje się równocześnie internautą-twórcą. Internet pełen jest stron (by podać tylko najpopularniejsze: demotywatory.pl, kwejk.pl), na których zamieszcza się grafiki czy memy, które są prześmiewcze, często przekraczając granicę dobrego smaku, a częstokroć mogące być uznane za obraźliwe. Jest to jednak też pewne zjawisko, które ze względu na charakter internetu jest nie do uniknięcia. Próby karania wszystkich autorów tego typu grafik byłyby z góry skazane na porażkę. Mogłyby doprowadzić wręcz do obniżenia powagi prawa i wymiaru sprawiedliwości. W niektórych wypadkach mogłyby być także uznane za nadużycie władzy (jak chociażby w wypadku zamknięcia słynnej strony antykomor.pl i ścigania jej twórcy za znieważenie Prezydenta RP).

O ile samą grafikę – w zależności od poczucia dobrego smaku – można uznać za szyderstwo, nieudolną satyrę lub niedopuszczalnie etycznie karykaturę, o tyle komentarze, jakie internautka umieściła pod udostępnieniem jednoznacznie uznać należy za znieważające grupę ludności ze względu na ich pochodzenia rasowe. Nie są one jedynie wyrazem lekceważenia czy bagatelizowania. Za taki mógłby uchodzić sam fragment, cyt.: *To było kiedyś już nie da się tego cofnąć więc nie wiem co to za ból dupy.* Jednak wyrażenie żalu, iż nie wszyscy zginęli w czasie II wojny światowej, cyt.: *Jedyna rzecz której żałuje to to że nie spalił wszystkich żydów,* to wypowiedź uwłaczająca, ubliżająca, pogardliwa i lżąca osoby tego samego pochodzenia, co zamordowani w czasie Holocaustu. Tego typu wypowiedź nie może się bowiem pojawić bez milczącego założenia, że ofiary nazistowskich III Rzeszy zasługiwały na to, wręcz należało im się to, co ich spotkało.

W tym miejscu jedynie na marginesie warto zaznaczyć, iż takie wypowiedzi nie ubliżają jedynie osobom narodowości żydowskiej, Pamiętać trzeba, iż wśród ofiar nazistowskiego

ludobójstwa dokonanego w obozach śmierci, obok Żydów (z których szacuje się, że połowa była obywatelami II Rzeczypospolitej) znaleźli się także Polacy, Rosjanie i wiele innych narodów słowiańskich; ponadto Romowie, homoseksualiści i inne grupy uznane przez propagandę za niższe rasowo lub po prostu zbędne dla zdrowia aryjskiego społeczeństwa.

Powyższe milczące założenie znajduje swój bezpośredni wyraz z następnym zdaniem, cyt.: *zasłużyli na to wszystko ; -D*. Stwierdzenie takie uznać należy za dodatkowo znieważające. Jest to bowiem powtórzenie tez propagandy nazistowskich Niemiec, jakoby za II wojna światową stało tzw. „międzynarodowe żydostwo”, a Żydzi byli wrogami Niemiec, których należy izolować, a potem zniszczyć. Na marginesie internautka podkreśliła powyższą opinię kończąc zdanie emotikonem. Wyraziła w ten sposób radość i zadowolenie z treści zdania poprzedzającego (: -D szeroki uśmiech z przymrużeniem oka). W tym wypadku emotikon pełni także funkcję wykrzyknik, podkreślającego treść zdania.

Wreszcie internautka użyła sformułowania *żydzi to zwykle śmiecie* 😊 (uwagę zwraca ponowne użycie emotikonów). Stwierdzenie takie w powszechnym odczuciu uchodzi za obelżywe, obraźliwe i uwłaczające. Użycie w stosunku do kogoś stwierdzenia „ty śmieciu” poniża, go, ale jednocześnie – zwłaszcza w kontekście rasowym – degradowuje adresata, dehumanizuje go. Warto przypomnieć, iż takie epitety były powszechnie używane w ramach rasistowskiej propagandy III Rzeszy w stosunku do wszystkich wrogów rasy aryjskiej, a zwłaszcza Żydów (przyrównywano ich do odpadków czy pasożytów, których usunięcie będzie z korzyścią dla czystej rasowo części społeczeństwa).

Ewentualne wątpliwości może budzić fakt, iż omawiane wypowiedzi to jedynie kilka zdań. Trzeba tu jednak pamiętać o specyfice komunikacji sieciowej. Internet ma bowiem swoją specyfikę komunikowania się, która w znacznym stopniu polega na skrótowości. Taka skrótowa komunikacja swoją genezę ma w sms-owaniu. Tak też jest w wypadku chociażby tweetów (max. 160 znaków). Natomiast skrajnym tego przykładem są memy – które w postaci obrazku i krótkiego tekstu niosą często ze sobą ogromny ładunek treściowy. Fora internetowe, portale społecznościowe nie są od tego zjawiska wolne. Ze względu na powyższy wymóg esencji i skrótowości w sieci na facebooku czy innych stronach internetowych wyjątkiem są długie posty i komentarze.

Z powodów powyższych treść tego typu wypowiedzi wypełnia znamiona przestępstwa z art. 257 k.k.

Na koniec warto zastanowić się jeszcze nad kwestią publicznego charakteru wypowiedzi zamieszczonej na facebookowym profilu portalu *Wiedza bezużyteczna*. Podkreślić należy, iż praktyka sądowa coraz częściej musi zmagać się z problemem publicznego charakteru wypowiedzi zamieszczonych na portalach społecznościowych (przykładowo sprawa Ewy

Wójciak oskarżonej o znieważenie papieża na swoim facebookowym profilu). W tym wypadku na niekorzyść internautki świadczy fakt, iż swoje wpisy zamieściła na nie na swoim profilu (który można zamknąć wyłącznie dla użytkowników określonych jako „znajomi”), lecz na profilu dostępnym dla wszystkich internautów. Warto wskazać, iż stronę tę lubi ponad 1,8 mln użytkowników, każdemu z nich może się wyświetlać komunikat o nowych wpisach. Wreszcie – jak już wskazano wcześniej – każdy internauta ma do niej nieograniczony dostęp. Wypowiedź zatem w sposób nie budzący wątpliwości ma charakter publiczny.