

Opinia dotycząca oceny prawnej czynu polegającego na publicznym nawoływaniu do nienawiści wobec osób pochodzenia żydowskiego.

Stan prawny na dzień 20.12.2015 roku

Opinia sporządzona dla: Otwarta Rzeczpospolita Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii.

STAN FAKTYCZNY:

Przedmiotem niniejszej opinii jest ocena prawna incydentu zgłoszonego z dnia 25.11.2015 roku pod adresem: <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1616>. Opisane zdarzenie polegało na tym, że na stronie facebook.com, na profilu „Zbigniew Stonoga” pod materiałem: „Wasze ulice nasze kamienice, a waszymi łbami będziemy trotuary...” internauta zamieścił w komentarz o treści: „Zyd to frajer zyd to buc zyje po to by go tłuc!” (pisownia zgodna z oryginałem).

STAN PRAWNY:

Przedmiot ochrony

Zgodnie z art. 256 § 1 Kodeksu karnego (Dz.U. 1997, Nr 88, poz. 553 ze zm.): „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.” Co do zasady, w ustaleniu dobra chronionego pomocne jest zwrócenie uwagi na systematykę przepisu. W tym wypadku może się to jednak okazać zawodne, gdyż rozdział XXXII k.k., zatytułowany: „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu” skupia unormowania dotyczące takich różnych zjawisk jak: branie lub przetrzymywanie zakładnika (art. 252), udział w zorganizowanej grupie lub związku przestępczym (art. 258), czy bezprawne przekraczanie granicy RP (art. 264 § 1), co pozwala na postawienie tezy, zgodnie z którą cechą wspólną wymienionych przestępstw jest to, że nie pasują do innych rozdziałów części szczególnej. Argumentu za przyjęciem powyższego założenia dostarcza uzasadnienie projektu

obecnie obowiązującej ustawy karnej: „Jest to więc rozdział zawierający „inne przestępstwa”. Najczęściej dzieje się tak dlatego, że przedmiot ochrony nie może być w wypadkach tych typów przestępstw sprecyzowany *in abstracto* lub też chodzi o więcej niż jeden przedmiot ochrony. Dopiero konkretny czyn przestępny pozwala ustalić, jaki był przedmiot zamachu.” (Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 202-203). W konsekwencji, wymieniony w tytule rozdziału „porządek publiczny” w przypadku art. 256 § 1 k.k. wymaga interpretacji. Według ustaleń doktryny dobrem chronionym na podstawie omawianego przepisu jest, przede wszystkim, demokratyczny porządek państwa, z którym założenia ustroju totalitarnego stoją w sprzeczności (Zbigniew Ćwiąkałski w: G. Bogdan, K. Buchała, Z. Ćwiąkałski, M. Dąbrowska – Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-227 k.k. Tom II, pod red. A. Zolla, Kraków 1999, s. 915). Ponadto, w odniesieniu do drugiej z wymienionych w przepisie czynności sprawczych, ochronie podlega określona grupa narodowościowa, etniczna, rasowa, wyznaniowa lub bezwyznaniowa ze względu na właściwości, które pozwalają na jej identyfikację w społeczeństwie, jak też indywidualna osoba, która ze względu na swą przynależność do takiej grupy może stać się obiektem działania sprawcy.

Strona przedmiotowa przestępstwa

Publiczny charakter zachowania sprawcy

Przestępstwo z nienawiści określone w art. 256 § 1 k.k. można popełnić przez dwa rodzaje zachowań: propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa lub nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Możliwa jest też sytuacja, w której działanie sprawcy wypełnia oba znamiona czasownikowe. W tym przypadku należy je potraktować jako jeden czyn zabroniony w oparciu o konstrukcję pozornego zbiegu przestępstw.

Zgodnie z treścią przepisu, działanie sprawcy, niezależnie od formy jaką przybierze, musi mieć charakter publiczny. Użyte określenie jest terminem nieostrym i z tego względu wymaga wykładni. Mając to na uwadze należy przede wszystkim odróżnić działanie publiczne od działania w miejscu publicznym. Nie wszystkie bowiem czynności podejmowane w sferze publicznej mają charakter publiczny (por. wyrok SN z dnia 16 listopada 1972 roku, I KR 274/72, PiP 1973, nr 12, s. 175 z glosą M. Bogomilskiej, PiP 1973, nr 12, s. 175-178 oraz wyrok SN z dnia 26 marca 1973 roku, Rw 279/73, OSNKW 1973, nr 7-8, poz. 101 z glosą W. Kubali, PiP 1974, nr 2, s. 165-198). Kryterium pozwalającym na zakwalifikowanie działania jako publicznego jest jego dostępność dla nieokreślonej liczby osób w warunkach, które umożliwiają bezpośrednie powzięcie do wiadomości (zaobserwowanie) zachowania sprawcy (uchwała SN z dnia 20 września 1973 roku, VI KZP 26/73, OSNKW 1973, nr 11, poz. 132 z glosą T. Bojarskiego, PiP 1974, nr 6, s. 174-177, glosą E. Szwedka, NP 1974, nr 4, s. 538-542 i glosą W. Kubali, OSPiKA 1974, nr 5, s. 220-222). Dla wypełnienia znamienia publiczności nie jest przy tym istotne, czy nastąpił skutek w postaci faktycznego odbioru jego zachowania przez bliżej nieokreśloną liczbę osób. Zdaniem Sądu Najwyższego istotne jest, aby sprawca miał

świadomość, że jego zachowanie jest lub może być dostrzegalne dla nieokreślonej liczby osób i na to się godził (jw.).

Wśród rozważań przedstawicieli doktryny dotyczących znamienia publiczności na największą uwagę zasługują poglądy L. Gardockiego, który wiąże jego znaczenie z zakresem rzeczywistych albo potencjalnych odbiorców (obserwatorów) działania sprawcy (Lech Gardocki, Prawo karne, Warszawa 1998, s. 282). Jego zdaniem z działaniem o charakterze publicznym mamy do czynienia zarówno wtedy, gdy jest skierowane do znacznej, choć określonej liczby odbiorców (np. żołnierzy zebranych na zbiórce), jak i w sytuacji, w której liczba rzeczywistych odbiorców jest faktycznie niewielka, ale potencjalnie nieokreślona (np. jawne posiedzenie sądu).

Czynność sprawcza nawoływania do nienawiści

Ze względu na określony we wstępie zakres przedmiotowy niniejszej opinii rozważania dotyczące czynności sprawczej propagowania faszystwu lub innego totalitarnego ustroju państwa zostaną w tym miejscu pominięte.

Na wstępie rozważań dotyczących drugiej odmiany przestępstwa określonego w art. 256 § 1 k.k. należy zauważyć, że użycie przez ustawodawcę zwrotu nieokreślonego: „nawołuje do nienawiści” było przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt SK 65/12 (wyrok TK z dnia 25 lutego 2014 roku). Zapadłe orzeczenie Trybunał oparł na następujących twierdzeniach: 1) nie da się uniknąć używania zwrotów niedookreślonych i nieostrych w przepisach prawa, ponieważ są one tworzone przy użyciu słów ogólnego (powszechnego) języka polskiego, które na ogół nie są ani jednoznaczne, ani wystarczająco dookreślone i ostre, 2) znaczenie zaskarżonego zwrotu „nawołuje do nienawiści” może być ustalone przede wszystkim przez odwołanie się do znaczeń jakie mają te słowa w ogólnym (powszechnym) języku polskim; istotne jest również to, że zwrot ten doprecyzowuje kontekst normatywny ich użycia w kodeksie karnym, 3) niedookreśloność i nieostrość zwrotu „nawołuje do nienawiści” ulega również zawężeniu poprzez odwołanie się do ustaleń nauki prawa oraz orzeczeń Sądu Najwyższego, 4) zapewnieniu nadania zwrotowi „nawołuje do nienawiści” znaczenia zgodnego z regułami konstytucyjnymi i prawnomiędzynarodowymi chroniącymi prawa człowieka służą gwarancje proceduralne, 5) kontrolowane przez Trybunał w tej sprawie ograniczenie wolności słowa spełnia kryterium konstytucyjnej proporcjonalności, tzn. jest konieczne w państwie demokratycznym dla jego bezpieczeństwa, porządku publicznego oraz wolności i praw innych osób. Na tej podstawie Trybunał uznał, że art. 256 § 1 kodeksu karnego, w części obejmującej zwrot „nawołuje do nienawiści”, jest zgodny z art. 42 ust. 1 i art. 2 oraz z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 konstytucji.

W języku polskim słowo „nawoływać” oznacza: „wzywać do czegoś, zachęcać, nakłaniać” (Słownik języka polskiego, tom IV, red. W. Doroszewski, Warszawa 1963, s. 1273), zaś nienawiść jest definiowana jako: „uczucie silnej wrogości, niechęci do kogoś, czegoś” (Słownik języka polskiego, tom V, red. W. Doroszewski, Warszawa 1963, s. 113). Nauka prawa karnego wskazuje, że „nawoływanie do nienawiści” polega na wzbudzaniu: „niechęci, złości, braku akceptacji, a nawet uczucia wściekłości z tych powodów do poszczególnych osób lub całych

grup społecznych albo też podtrzymywaniu i nasilaniu tego nastawienia. (...) Dla realizacji znamienia wystarczy, że sprawca, nawołując, zmierza do pojawienia się uczucia wrogości wobec określonych w przepisie osób. Takie uczucie zamierza wzbudzić. Nawoływanie musi zatem zawierać takie treści, które są w stanie wzbudzać nienawiść, to jest wrogość, silną niechęć do kogoś" (Z. Ćwiakalski, w: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz Lex, Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k., red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 1382-1383). M. Mozgawa zwraca uwagę, że nawoływanie to namawianie, zachęcanie, skłanianie, podburzanie, podżeganie, bez względu na to, czy nawoływanie odniosło skutek, zaś nienawiść to silna niechęć, wrogość do innej osoby czy osób (Kodeks karny. Komentarz, red. M. Mozgawa, Warszawa 2013, s. 594).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego problem interpretacji zwrotu „nawołuje do nienawiści” pojawił się dotychczas dwukrotnie. W postanowieniu z 5 lutego 2007 roku, IV KK 406/06 (OSNwSK 2007, nr 1, poz. 367) Sąd stwierdził, że: „Nawoływanie do nienawiści z powodów wymienionych w art. 256 KK - 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”. W kolejnym orzeczeniu Sąd Najwyższy dodał, 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 (postanowienie SN z dnia 1 września 2011 roku, V KK 98/11 OSNwSK 2011, nr 1, poz. 154).

Należy też zwrócić uwagę, że art. 256 § 1 k.k. nie kryminalizuje dowolnego nawoływania do nienawiści, lecz tylko dokonanego na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Przepis ten przewiduje zatem zamknięty katalog kryteriów różnicujących daną osobę lub grupę osób w społeczeństwie, leżących u podstaw zachowania sprawcy.

Podmiot i strona podmiotowa przestępstwa

Przestępstwo nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość ma charakter umyślny i może być popełnione wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, a zatem nie popełnia go ten, kto przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, jedynie na to się godzi.

Jest to przestępstwo o charakterze powszechnym, ścigane z urzędu.

OCENA PRAWNA:

Okoliczności działania sprawcy związane z miejscem publikacji wpisu wskazują, że działał on ze świadomością tego, że jego komentarz może zostać odebrany przez bliżej nieokreśloną

liczbę osób posiadających profil i korzystających z portalu społecznościowego Facebook. Za powyższym przemawia zwłaszcza fakt, że profil: Zbigniew Stonoga, na którym został umieszczony omawiany tekst, cieszy się niezwykle popularnością i w czasie, kiedy funkcjonował w formie publicznej (był dostępny bez konieczności logowania się na stronie facebook.com, a więc dla wszystkich użytkowników sieci), miał 520435 polubień (według danych widocznych obecnie w przeglądarce Google). Na powyższą ocenę nie ma wpływu zmiana ustawień profilu na prywatny, która miała miejsce przed ukazaniem się analizowanego wpisu. Zgodnie z referowanymi powyżej poglądami L. Garlickiego, z działaniem publicznym mamy do czynienia również wówczas, gdy jest ono skierowane do znacznej, choć określonej liczby odbiorców.

Nie ulega wątpliwości, że wypowiedź internauty jest ściśle związana z jednym z kryteriów różnicujących społecznie wymienionych w art. 256 § 1 k.k. Z treści wpisu nie wynika, aby tłem wypowiedzi autora były różnice wyznaniowe (judaizm), zatem wystarczy, jeśli za przedmiot jego wypowiedzi uznamy różnice narodowościowe. W myśl Ustawy z dnia 6 stycznia 2015 roku o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz.U. 2015 poz. 573), za mniejszości narodowe zamieszkujące RP uznaje się: białoruską, czeską, litewską, niemiecką, ormiańską, rosyjską, słowacką, ukraińską i żydowską.

Kwestią oceny pozostaje, czy komentarz o treści: „Żyd to frajer żyd to buc żyje po to by go tłuc!” wypełnia znamię nawoływania do nienawiści. W myśli wyżej poczynionych uwag z nawoływaniem do nienawiści mamy do czynienia wówczas, gdy osoba działająca kieruje się chęcią wzbudzenia tej nienawiści w innych. Nie wystarczy zatem wyrażenie się o danej osobie lub grupie w sposób negatywny, ale uczynienie tego w taki sposób, aby przekonać innych do podzielenia opinii autora.

Wiedza potoczna z zakresu reklamy pozwala zauważyć, że jednym ze sposobów przekonywania odbiorców do określonych produktów jest użycie krótkich, łatwo zapadających w pamięć komunikatów, najczęściej w formie rymowanej. Dla ich określenia używa się terminu *dżingiel* (lub *dżingel*), będącego spolszczoną wersją angielskiego słowa *jingle* – dzwonić, oznaczającego „wpadający w ucho” slogan lub dźwięk używany w reklamie. Warto równocześnie zauważyć, że współczesne poglądy dotyczące marketingu znacznie szerzej ujmują zakres przedmiotowy promowanych dóbr. Jak zauważa jeden z autorów: „Szczególnym przypadkiem marketingowego podejścia w oferowaniu wartości niematerialnych jest koncepcja kreowania i rozpowszechniania różnorodnych idei. Takie ujęcie procesu opiera się na dopuszczalnym, analogicznym jak w przypadku dóbr materialnych i usług, założeniu, że idea jest specyficznym produktem oferowanym w systemie komercyjnym lub niekomercyjnym jako zbiór wartości, użyteczności czy korzyści o różnorodnym charakterze, zakresie, funkcji oraz formie ujęcia.” (Andrzej Szromnik, *Koncepcja kreowania i rozpowszechniania idei — zarys strategii marketingowej* (cz. I), *Marketing i Rynek*, nr 4/2013, s.2).

Biorąc powyższe pod uwagę, ze względu na formę (krótkie, rymowane zdanie) i treść wypowiedzi, można ją scharakteryzować jako służącą upowszechnieniu postawy, którą autor uważa za społecznie pożądaną. Ma ona przyczynić się do popularyzacji koncepcji, w myśl której wszyscy Żydzi (forma wypowiedzi sugeruje na stereotypizację) zasługują na pogardę (według

autora każdy Żyd to: „frajer” i „buc”). Ponadto wyrazem silnie negatywnych uczuć autora i osób, które przekonuje ma być przemoc wobec przedstawicieli tej grupy społecznej („żyje po to by go tłuc!”). W konsekwencji należy uznać, że w opisanym przypadku wypełnione zostało znamię „nawoływania do nienawiści”.

KONKLUZJA:

Ustalenia faktyczne i przeprowadzona analiza prawna usprawiedliwiają przyjęcie, że zdarzenie, o którym mowa na stronie: <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1616> wypełnia znamiona czynu określonego w art. 256 § 1 k.k., tj. przestępstwa nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych.