

Opinia dotycząca możliwości kwalifikacji prawnej zdarzenia opisanego na stronie:
<http://www.zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1774> jako
publicznego nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych
określonego w art. 256 § 1 Kodeksu karnego.

/Stan prawny na dzień 15.02.2015 roku/

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

STAN FAKTYCZNY:

Niniejsza opinia dotyczy rozpowszechniania za pomocą facebookowej strony wydarzenia ONR „Manifestacja antymigrancka w Radzynie Podlaskim” utworu pt.: „Nie cofniemy się” Konkwista 88 o następującej treści:

1. Przyjeżdżają z obcych krajów, uczą się na uniwersytetach,

A gdy pytamy - Kto za to płaci?

Nazywają nas rasistami!

Kiedy my nie mamy pracy, kiedy my nie mamy mieszkań,

oni mówią o demokracji i o równości wszystkich ras.

R.: Nie, nie chcemy was tu!

To nasz kraj!

Nie nie chcemy was tu!

I nie cofniemy się!



2. Nasze rodziny nie mają pieniędzy - oni mieszkają w najlepszych hotelach.

Dlaczego to my mamy żyć w nędzy? Przecież jesteśmy we własnym kraju!

Rząd współpracuje z terrorystami - Bo kim jest Mandela i ANC!

Lecz gdy staramy się o tym mówić, odpowiadamy z sali sądowej!

R.: Nie, nie chcemy was tu!...

3. Jeśli nie spełnicie naszych żądań i nie wyniesiecie się z naszej Ojczyzny.

Przysięgamy na honor i krew, że długo już nie pożyjecie!

R.: Nie, nie chcemy was tu!...

Zdarzenie to zostało zgłoszone w dniu 10.02.2016 roku pod adresem: <http://www.zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1774>. W tym samym dniu Stowarzyszenie Otwarta Rzeczpospolita złożyło zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa przez osobę rozpowszechniającą utwór.

STAN PRAWNY:

Przedmiot ochrony

Zobowiązania Polski dotyczące przeciwdziałania przestępstwom z nienawiści wynikają przede wszystkim z art. 20 ust. 2 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (Dz. U. 1977, Nr 38, poz. 167) stanowiącego: „Popieranie w jakikolwiek sposób nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej, stanowiące podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu, powinno być ustawowo zakazane.” Podobne wymogi nakłada Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (Dz. U. 1969, Nr 25, poz. 187). Zgodnie z art. 4: „Państwa Strony Konwencji potępiają wszelką propagandę i wszelkie organizacje oparte na ideach lub teoriach o wyższości jednej rasy lub grupy osób określonego koloru skóry lub pochodzenia etnicznego bądź usiłujące usprawiedliwić czy popierać nienawiść i dyskryminację rasową w jakiegokolwiek postaci oraz zobowiązują się podjąć niezwłocznie właściwe środki zmierzające do wykorzenia wszelkiego podżegania do tego rodzaju dyskryminacji bądź też aktów dyskryminacji i w tym celu uwzględniając zasady zawarte w Powszechnej deklaracji praw człowieka oraz prawa szczegółowo określone w art. 5 niniejszej Konwencji obowiązują się między innymi: (a) uznać za przestępstwo podlegające karze zgodnie z prawem wszelkie rozpowszechnianie idei opartych na wyższości lub nienawiści rasowej,

wszelkie podżeganie do dyskryminacji rasowej, jak również wszelkie akty przemocy lub podżeganie do tego rodzaju aktów wobec jakiejkolwiek rasy bądź grupy osób o innym kolorze skóry lub innego pochodzenia etnicznego, a także udzielanie pomocy w prowadzeniu działalności rasistowskiej, włączając w to finansowanie tej działalności; (B) uznać za nielegalne organizacje mające na celu popieranie dyskryminacji rasowej i podżeganie do niej oraz wprowadzić zakaz ich działalności, jak również zorganizowanej i wszelkiej innej działalności propagandowej mającej takie same cele oraz uznać udział w takich organizacjach lub w takiej działalności za przestępstwo podlegające karze zgodnie z prawem; (c) nie zezwalać władzom i instytucjom publicznym, tak ogólnokrajowym jak i lokalnym, na podżeganie do dyskryminacji rasowej czy też na popieranie jej.”

Przykładem rozwiązania prawnego przyjętego w celu realizacji wspomnianych zobowiązań jest art. 256 § 1 Kodeksu karnego (Dz.U. 1997, Nr 88, poz. 553 ze zm.) w brzmieniu: „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.”, zamieszczony w rozdziale XXXII zatytułowanym: „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”. Określenie przedmiotu ochrony wyłącznie w oparciu o systematykę przywołanego przepisu może jednak nastroczać trudności ze względu na szeroki zakres znaczeniowy pojęcia: „porządku publicznego”. Trafniejsze jest odwołanie się w tym przypadku do dorobku doktryny oraz aktów prawa międzynarodowego stanowiących podstawę przyjętego rozwiązania. Pozwala to na ustalenie, że w przypadku pierwszej z wymienionych czynności sprawczych polegającej na publicznym propagowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa ochronie podlegają zasady demokratycznego państwa prawa (zob. Zbigniew Ćwiąkalski w: G. Bogdan, K. Buchała, Z. Ćwiąkalski, 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). Jeśli zaś chodzi o publiczne nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych lub ze względu na bezwyznaniowość ochronie podlega równość i godność człowieka, bez względu na jego cechy, określone w przepisie jako potencjalne kryteria dyskryminacji.

Strona przedmiotowa przestępstwa

Publiczny charakter zachowania sprawcy

Jak wspomniano wyżej, sprawcą występku określonego w art. 256 § 1 k.k. jest zarówno osoba, która publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa, jak i ta, która publicznie nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. W przypadku, gdy działanie sprawcy wypełnia znamiona obu czynności, mamy do czynienia z jednym czynem zabronionym (pozorny zbieg przestępstw).

Znamieniem wspólnym dla obu czynności jest publiczność działania sprawcy. Przy wykładni tego pojęcia warto posłużyć się poglądami wyrażonymi w doktrynie i orzecznictwie. Jak słusznie zauważa Sąd Najwyższy, należy przede wszystkim odróżnić działanie w sferze publicznej od działania publicznego (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). Innymi słowy, nie każde zachowanie w miejscu publicznym jest działaniem o charakterze publicznym. Z działaniem publicznym mamy bowiem do czynienia wówczas, gdy nieokreślona liczba osób ma możliwość powzięcia do wiadomości komunikatu 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). Warto przy tym podkreślić, że chodzi jedynie o możliwość odbioru zachowania sprawcy, gdyż do wypełnienia znamienia publiczności nie jest konieczny skutek w postaci faktycznego dotarcia do nieokreślonej liczby osób. Wystarczy, aby sprawca miał świadomość, że jego zachowanie jest lub może być dostrzegalne dla nieokreślonej liczby osób i na to się godził.

Należy zauważyć, że pojęcie „nieokreślonej liczby osób” nie jest tożsame z określeniem „nieograniczona liczba osób”. Za trafne należy zatem uznać poglądy doktryny wskazujące, że zarówno działanie skierowane do znacznej, choć ograniczonej liczebnie grupy, jak i zachowanie, którego liczba faktycznych odbiorców jest niewielka, ale potencjalnie nieograniczona mają przymiot czynności podejmowanych publicznie (por. Lech Gardocki, Prawo karne, Warszawa 1998, s. 282; M. Flemming, w: M. Flemming, W. Kutzmann, Przepęstwa przeciwko porządkowi publicznemu. Rozdział XXXII Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 1999, s. 65-66; E. Pływaczewski, w: O. Górniok, W. Kozielowicz, E. Pływaczewski B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, J. Skorupka, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II, (red.) A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 357).

Czynność sprawcy nawoływania do nienawiści

Wedle poglądu wyrażonego w judykaturze znamię nawoływania do nienawiści nie jest równoznaczne z wywoływaniem uczuć dezaprobaty, antypatii, uprzedzenia czy niechęci, gdyż określenia te nie oznaczają jeszcze nienawiści. Kryminalizacją objęta jest jedynie chęć wzbudzenia u osób trzecich najsilniejszej negatywnej emocji (zbliżonej do wrogości) do określonej narodowości, grupy etnicznej czy rasy (postanowienie SN z dnia 1 września 2011 roku, V KK 98/11 OSNwSK 2011, nr 1, poz. 154). W postanowieniu z dnia 5 lutego 2007 roku, IV KK 406/06 (OSNwSK 2007, nr 1, poz. 367) Sąd stwierdził ponadto: „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”.

Znamię to wymaga działania sprawcy z zamiarem oddziaływania na psychikę odbiorców. Nie wypełnia go zatem zachowanie polegające jedynie na publicznym wyrażeniu własnego poglądu, nawet jeżeli jest on kontrowersyjny lub społecznie nieakceptowalny. Nawoływanie oznacza bowiem: wzywanie do czegoś, zachęcanie, nakłanianie (Słownik języka polskiego, tom IV, red. W. Doroszewski, Warszawa 1963, s. 1273). Do wypełnienia znamienia nawoływania do nienawiści nie jest przy tym konieczne wystąpienie skutku w postaci faktycznego wywołania u odbiorców najsilniejszej negatywnej emocji (zbliżonej do wrogości) na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość (postanowienie SN z dnia 1 września 2011 roku, V KK 98/11). Jednocześnie,

jak słusznie zauważają przedstawiciele doktryny: „Nawoływanie musi (...) zawierać takie treści, które są w stanie wzbudzać nienawiść, to jest wrogość, silną niechęć do kogoś” (Z. Cwiakalski, w: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz Lex, Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k., red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 1382-1383).

Warto też zauważyć, że konstytucyjność użytego w obecnie obowiązującej ustawie karnej zwrotu „nawołuje do nienawiści” była przedmiotem oceny Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku z dnia 25 lutego 2014 roku, SK 65/12 Trybunał orzekł, 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, gdyż: 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.

Podmiot i strona podmiotowa przestępstwa

Występek określony w art. 256 § 1 k.k. ma charakter umyślny i może zostać popełniony wyłącznie poprzez działanie z zamiarem bezpośrednim. Należy on do przestępstw powszechnych, ściganych z urzędu.

OCENA PRAWNA:

Przywołany na wstępie stan faktyczny pozwala na ustalenie, że działanie osoby rozpowszechniającej utwór pt.: „Nie cofniemy się” skierowane jest przeciwko migrantom, a więc grupie społecznej, której cechą różniącą jest przede wszystkim narodowość, co jednak nie wyklucza współwystępowania kilku kryteriów wymienionych w art. 256 § 1 k.k. Świadczy o tym sam tekst, jak i okoliczności w jakich został opublikowany – strona wydarzenia (na portalu społecznościowym facebook.com) o nazwie: „Manifestacja antymigrancka w Radzynie Podlaskim” Obozu Narodowo-Radykalnego.

Zamieszczenie utworu na popularnym portalu społecznościowym (facebook.com) w miejscu dostępnym nie tylko dla członków organizacji będącej inicjatorem planowanego na 13.02.2016 roku wydarzenia, ale też nieokreślonej liczby sympatyków i wszystkich osób potencjalnie zainteresowanych wskazuje, że działanie autora wpisu miało charakter publiczny. Należy przy tym zauważyć, że w myśl przytoczonych wyżej poglądów doktryny, nawet gdyby utwór ten rozpowszechniany był wśród zamkniętej społeczności składającej się wyłącznie z członków i/lub sympatyków organizacji, to należało by to działanie zakwalifikować jako mające charakter

publiczny (na tej samej zasadzie, jak komunikat skierowany do żołnierzy podczas zbiórki lub studentów podczas wykładu).

Mniej jednoznacznie przedstawia się kwestia tego, czy rozpowszechnianie omawianego utworu można zakwalifikować jako nawoływanie do nienawiści. Z pozoru mamy bowiem do czynienia z wyrażaniem osobistej antypatii w stosunku do osób przybywających do naszego kraju. Świadczą o tym przede wszystkim słowa refrenu: „Nie, nie chcemy was tu! To nasz kraj! Nie, nie chcemy was tu!”. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że treść kolejnych zwrotek ma na celu wywołanie silnej niechęci odbiorcy poprzez retorykę opartą na pomieszaniu pojęć związanych z migracją przymusową, której przykładem jest uchodźstwo oraz migracji dobrowolnej: „Przyjeżdżają z obcych krajów, uczą się na uniwersytetach”, wzbudzeniu poczucia niesprawiedliwości: „Dlaczego to my mamy żyć w nędzy? Przecież jesteśmy we własnym kraju!” oraz zagrożenia: „Rząd współpracuje z terrorystami”. Są to zabiegi tym skuteczniejsze, że jak zauważają socjologowie: „W grupie wzbudzających niechęć obcych honorowe miejsce przyznaje się obecnie uchodźcom, osobom starającym się o azyl lub po prostu zubożałym emigrantom z podupadłych zakątków naszej planety, którzy (jak to kiedyś ujął Bertold Brecht) "zwiastują złe nowiny". Kiedy pukają do drzwi naszych domów, przypominają nam, jak bardzo niepewne jest nasze bezpieczeństwo, jak nietrwały i narażony na niebezpieczeństwo jest nasz dobrobyt, jak słabo chroniony jest nasz spokój” (Zygmunt Bauman, Szanse etyki w zglobalizowanym świecie, Kraków 2007, s. 16). Kontekst sytuacyjny pozwala sądzić, że utwór ma charakter piosenki mającej wzbudzić uczucie silnej wrogości oraz zagrzewającej do działania w postaci przemocy fizycznej. Dla niniejszej oceny kluczowe są bowiem słowa, które padają w trzeciej zwrotce: „Jeśli nie spełnicie naszych żądań i nie wyniesiecie się z naszej Ojczyzny. Przysięgamy na honor i krew, że długo już nie pożyjecie!” wzmocnione przez ostatni wers refrenu: „I nie cofniemy się!”.

Na podstawie podanego stanu faktycznego oraz poczynionej analizy zasadne jest zatem przyjęcie, że celem działania osoby rozpowszechniającej omawiany utwór jest nie tylko wyrażenie osobistego poglądu na temat osób przybywających do Polski, ale - poprzez utrwalenie poczucia niesprawiedliwości i zagrożenia (co najmniej pośród członków grupy uczestniczącej w marszu lub zainteresowanej planowaną manifestacją) - wbudzenie w odbiorcach najsilniejszej negatywnej emocji wobec osób o odmiennej narodowości. O tym, że mamy do czynienia z najsilniejszą negatywną emocją - nienawiścią świadczy groźba przemocy fizycznej wyrażona w trzeciej zwrotce.

KONKLUZJA:

Jak wynika z przeprowadzonej analizy, zachowanie osoby rozpowszechniającej za pomocą facebookowej strony wydarzenia ONR „Manifestacja antymigrancka w Radzynie Podlaskim” utworu pt.: „Nie cofniemy się” Konkwista 88 wypełnia znamiona czynu w postaci publicznego nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych określonego w art. 256 § 1 Kodeksu karnego. W przedmiotowej sytuacji mamy bowiem do czynienia z wypowiedzią, która ma na celu wzbudzenie uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do osób o odmiennej narodowości, a przez swoją formę (swoistej piosenki bojowej) propagowanie ksenofobii i przemocy na tle narodowościowym.

Jednocześnie warto podkreślić, że aktywność organizacji takich jak Obóz Narodowo-Radykalny, czy Młodzież Wszechpolska, polegająca na propagowaniu nienawiści i dyskryminacji na tle rasowym pozostaje przedmiotem uwag Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej kierowanych wobec Polski ze względu na niezgodność z postanowieniami Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (por. Uwagi z sierpnia 2009 roku: Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Poland, CERD/C/POL/CO/19, pkt 9).

Karolina Kudyba