

Opinia dotycząca oceny prawnej zdarzeń odnotowanych w formie incydentów na portalu zglosnienawisc.otwarta.org jako spełniających znamiona przestępstwa z art. 256 § 1 Kodeksu karnego w postaci publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa.

Stan prawny na dzień 17.12.2015 roku

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

STAN FAKTYCZNY:

Przedmiotem niniejszej opinii jest ocena prawna dwóch incydentów. Pierwszy z nich został zgłoszony w dniu 30.09.2015 roku pod adresem: <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1393> i dotyczy komentarza o treści: „Uruchomić Oświećmy !” zamieszczonego przez anonimowego internautę pod filmem zatytułowanym: „Cygan kradnie pod Kauflandem” dostępnym na stronie: www.cda.pl. W odpowiedzi na zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa z dnia 30.09.2015 roku skierowanego do prokuratury przez Otwartą Rzeczpospolitą Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii w dniu 10.10.2015 roku wszczęto dochodzenie. Drugie zdarzenie zostało zgłoszone 2.10.2015 roku pod adresem: <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1394> i dotyczy komentarza o treści: „Hitler miał racje”(w pisowni oryginalnej) zamieszczonego przez anonimową osobę na tej samej stronie i pod tym samym filmem, co wcześniejszy incydent. Zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa z 30.10.2015 roku spotkało się z odmową wszczęcia dochodzenia wydaną postanowieniem z dnia 26.11.2015 roku, w odpowiedzi na które Stowarzyszenie złożyło zażalenie w dniu 9.12.2015 roku.

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.” Penalizacja propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju oraz nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość stanowi realizację zobowiązań międzynarodowych wynikających w szczególności z Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 roku (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167), Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z dnia 7 marca 1966 roku (Dz. U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187) oraz decyzji ramowej Rady 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 roku w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych (Dz. Urz. UE L 328 z 6.12.2008, s. 55). Uzasadnieniem dla stworzenia wymienionych instrumentów prawnych były doświadczenia związane z dwudziestowiecznymi totalitaryzmami i rozprzestrzenieniem rasizmu oraz zamiar nie dopuszczenia do ich powtórzenia w przyszłości. Jest to szczególnie widoczne na przykładzie postanowień Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, która w art. 4 stanowi: „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 (...)”. Za powyższą konkluzją przemawia również fakt, że każda kodyfikacja prawa karnego w Polsce po II wojnie światowej zawierała regulacje dotyczące zachowań polegających na publicznym propagowaniu faszyzmu lub innego totalitarnego ustroju (Lech Gardocki, Granice wolności słowa w projekcie kodeksu karnego, Palestra 1993, nr 12, s. 105-106).

Ze względu na wieloodmianowy charakter przestępstwa stypizowanego w art. 256 § 1 k.k. przedmiot ochrony należy określić dla każdej formy sprawczej osobno. W przypadku kryminalizacji publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa dobrem chronionym są zasady demokracji (w tym ochrona praw człowieka), które stoją w sprzeczności z ideami totalitarnymi (tak: 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). Jeśli zaś chodzi o czynność publicznego nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość dobrem chronionym jest określona grupa (lub pojedyncza osoba), która ze względu na swą cechę wyróżniającą, jaką jest narodowość, pochodzenie etniczne, rasa, wyznanie lub bezwyznaniowość, może stać się obiektem nawoływania do nienawiści (j.w.).

Strona przedmiotowa przestępstwa

Publiczny charakter zachowania sprawcy

Jak wspomniano wyżej, przestępstwo określone w art. 256 § 1 może przyjąć postać publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, jak też publicznego nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych,

wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Znamię dotyczące publicznego charakteru zachowania sprawcy występuje w wielu innych przepisach części szczególnej Kodeksu karnego, m.in. w art. 216, 255 i 257 i ze względu na swoją nieostrość wymaga wykładni. Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z 20 września 1973 roku (VI KZP 26/73, OSNKW 1973, nr 11, poz. 132) przymiot publiczności przysługuje działaniu, które ze względu na miejsce, okoliczności, sposób zachowania sprawcy jest lub może być dostrzegalne dla nieokreślonej liczby osób, a sprawca mając świadomość tej możliwości, co najmniej się na to godzi. W konsekwencji działanie sprawcy nie traci charakteru publicznego w sytuacji, gdy nie wystąpi skutek w postaci faktycznego dotarcia do nieokreślonej grupy odbiorców. Do wypełnienia tego znamienia wystarczy bowiem, aby sprawca miał świadomość, że jego zachowanie zostanie odebrane lub może zostać odebrane przez nieokreśloną liczbę osób i tego chciał lub, przewidując taką możliwość, na to się godził.

Za trafne należy uznać zdanie doktryny, zgodnie z którym 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) (za: Lech Gardocki, Prawo karne, Warszawa 1998, s. 282). Kontynuując tę myśl warto zauważyć, że choć nie każde działanie podejmowane w przestrzeni publicznej ma charakter publiczny, to nie ulega wątpliwości, że określone zachowania sprawcy podjęte w przestrzeni publicznej, np. komentarze umieszczane w miejscach ogólnodostępnych na portalach internetowych, umieszczanie ogłoszeń w prasie, rozwieszanie plakatów i rozdawanie ulotek, organizowanie publicznej wystawy itp. mają charakter publiczny, o ile są faktycznie dostępne (bezpośrednio dostrzegalne) dla osób postronnych.

Faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa

Posłużenie się przez ustawodawcę pojęciami: faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa powoduje, że przy precyzyjnej interpretacji tych znamion warto odwołać się do ustaleń naukowych z zakresu politologii. Jednakże nawet bardzo podstawowa wiedza na temat nazizmu, faszyzmu, czy komunizmu wyniesiona z lekcji historii pozwala na zakwalifikowanie idei propagujących skrajną formę rządów autorytarnych i całkowitego podporządkowania społeczeństwa państwu, jako właściwych ustrojom totalitarnym. Podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 1 września 2011 roku (V KK 98/11, OSNwSK nr 1/2011, poz. 154) wskazując, że znaczenie pojęcia „ustrój totalitarny” jest utrwalone wśród historyków i obejmuje: „stosowanie terroru policyjnego wobec przeciwników politycznych, istnienie jednej partii o charakterze wodzowskim oraz likwidację wolności i praw obywatelskich”.

W drodze dygresji można wskazać na poglądy części doktryny, wedle których literalna wykładnia art. 256 § 1 k.k. prowadzi do wniosku, że zakazane jest propagowanie każdego totalitarnego ustroju państwa we wszystkich jego odmianach. W związku z tym, za objęte zakresem kryminalizacji należy uznać także takie ideologie totalitarne, które są dopiero na etapie tworzenia (tak 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. 916). O tym, czy mamy do czynienia z ustrojem totalitarnym decydują bowiem jego cechy charakterystyczne, a nie kontekst historyczny, co pozwalałoby na ocenę propagandy nawet bardziej współczesnych ustrojów totalitarnych wywodzących się z fundamentalizmu religijnego przez pryzmat art. 256 § 1 k.k. Odmiennie zdanie wyraża Lech Gardocki, który opowiada się za wąskim rozumieniem ustroju totalitarnego w oparciu o kontekst historyczny, który stał się podstawą uchwalenia wymienionego przepisu w jego obecnym brzemieniu. Zdaniem autora przez „inny ustrój totalitarny” należy rozumieć jedynie ustrój komunistyczny w wersji stalinowskiej i ustroje na nim się wzorujące (Lech Gardocki, Prawo karne, Warszawa 1998, s. 286). Na konieczność zachowania wąskiej interpretacji znamion: faszystowski ustrój państwa oraz inny totalitarny ustrój państwa wskazywał on zresztą już na etapie prac legislacyjnych podnosząc, iż zasadne jest ograniczenie kryminalizacji do pochwalania zbrodni popełnianych pod wpływem idei totalitarnych z pominięciem pochwalania samego ustroju, aby nie ingerować zbyt w zakres wolności słowa (Lech Gardocki, Granice wolności słowa w projekcie kodeksu karnego, Palestra 1993, nr 12, s. 106).

Czynność sprawcza propagowania

Artykuł 270 § 2 Kodeksu karnego z 1969 roku przewidywał czynność sprawczą polegającą na pochwalaniu faszyzmu. Jak już wspomniano, obecnie obowiązująca ustawa zawiera postanowienia odnoszące się do czynności propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa. Wobec sprzecznych poglądów doktryny dotyczących interpretacji znamienia czasownikowego przestępstwa określonego w art. 256 § 1 k.k., sprawę tę rozstrzygnął Sąd Najwyższy stwierdzając: „określenie «pochwała» użyte w art. 270 § 2 k.k. z 1969 r. nie może mieć takiej samej treści jak określenie «propaguje» użyte w art. 256 k.k.” (uchwała SN z 28 marca 2002 roku, I KZP 5/02, OSP 2002, z. 12, poz. 164). Zdaniem Sądu różnica między użytymi pojęciami jest do uchwycenia nawet bez odwoływania się do słownika języka polskiego. Pochwalanie odnosi się bowiem do wyrażania aprobaty wobec czegoś, zaś propagowanie ma na celu przekonanie kogoś do czegoś. Można zatem coś pochwaląc nie odczuwając przy tym potrzeby propagowania tego. Możliwa jest również sytuacja, w której propagujemy poglądy, których nie pochwalamy. Uwzględniając wspomnianą wykładnię, za propagowanie w rozumieniu art. 256 § 1 k.k. należy uznać zachowanie polegające na publicznym prezentowaniu, upowszechnianiu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa z zamiarem przekonania do niego.

Ze względu na określony we wstępie zakres przedmiotowy niniejszej opinii, dalsze rozważania dotyczące czynności sprawczej nawoływania do nienawiści zostaną pominięte.

Podmiot i strona podmiotowa przestępstwa

Przestępstwo określone w art. 256 § 1 k.k. jest przestępstwem powszechnym. Można je popełnić wyłącznie poprzez działanie umyślne z zamiarem bezpośrednim kierunkowym (dolus

directus coloratus). W przypadku czynności sprawczej polegającej na propagowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa oznacza to, że sprawca musi działać z zamiarem wyrażenia aprobaty dla ustroju totalitarnego oraz przekonania do tego ustroju innych osób.

OCENA PRAWNA:

Strona internetowa, na której zostały zamieszczone oba wpisy jest ogólnodostępnym serwisem społecznościowym. Pozwala na oglądanie filmów i granie w gry w trybie online, umożliwia też umieszczanie komentarzy pod materiałami. W niektórych przypadkach komentowanie (oraz oglądanie lub granie) jest zastrzeżone dla wybranych użytkowników (tzw. użytkowników premium). Niezależnie jednak od tego przez kogo został dokonany wpis każdy, kto wejdzie na stronę, może się z nim zapoznać. Biorąc to pod uwagę należy przyjąć, że działania obu autorów miały charakter publiczny, gdyż mogły zostać odczytane przez potencjalnie nieograniczoną liczbę osób zainteresowanych obejrzeniem filmu pt.: „Cygan kradnie pod Kauflandem” zamieszczonego na stronie: www.cda.pl.

Nie ulega też wątpliwości, że obie wypowiedzi w sposób bezpośredni odwołują się do ustroju totalitarnego, czy to - wzorem pierwszej - poprzez nawiązanie do masowej eksterminacji ludności jaka miała miejsce w obozach koncentracyjnych w czasie II wojny światowej („Uruchomić Oświęcim!”), czy też poprzez powołanie się na poglądy przywódcy nazistowskich Niemiec („Hitler miał rację”). Rozważania dotyczące tego, czy nazizm należy uznać za ekstremalną wersję faszyzmu, czy też jest to odrębna forma ustroju totalitarnego znanego z historii dwudziestowiecznej Europy, choć mają wymiar praktyczny związany z precyzyjną kwalifikacją wypowiedzi internautów, to wykraczają poza ramy oceny prawnej. Należy zatem ograniczyć się do stwierdzenia, że obie wypowiedzi, ze względu na fakt wyrażania pochwały dla ustroju III Rzeszy, wypełniają znamię dotyczące totalitarnego ustroju państwa, o którym mowa w art. 256 § 1 k.k. Wbrew przywołanym wcześniej poglądom L. Gardockiego nie ma przy tym znaczenia, że pierwszy wpis związany jest nie tylko z pochwalaniem samego ustroju, ale i zbrodni popełnianych pod wpływem ideologii totalitarnej. Może to jednak okazać pomocne przy rozważaniach dotyczących znamienia propagowania.

Już pobieżna lektura wpisu o treści: „Uruchomić Oświęcim!” pozwala zauważyć, że wypowiedź ta ma charakter stanowczy, na co wskazuje posłużenie się przez autora wykrzyknikiem. Użyta forma sugeruje, że przywołany wyżej komunikat pełni funkcję impresywną, która polega na wpływaniu na odbiorcę, nakłanianiu go do podjęcia pewnych działań, wywołaniu u niego określonych reakcji w postaci zachowań, postaw, przekonań. Niezależnie bowiem od oceny moralnej przekazu, jak też stopnia skuteczności tego typu agitacji, autor dokonuje aktu perswazji poprzez wskazanie zagłady („uruchomienia Oświęcimia”) jako w pełni akceptowalnego sposobu traktowania ludzi. Z treści wynika ponadto, że nadawca kieruje publiczny apel do podjęcia określonej czynności, jaką jest wznowienie funkcjonowania obozu koncentracyjnego Auschwitz - Birkenau. Ze względu na to, że analizowana wypowiedź pojawiła się w sąsiedztwie materiału pt. „Cygan kradnie pod Kauflandem” należy przyjąć, że intencją nadawcy jest wyrażenie osobistego poparcia wobec zagłady (w języku Romani używa się

określenia „porrajmos” – pochłonięcie) społeczności romskiej, jaka miała miejsce podczas II wojny światowej i w wyniku której zginęło od 30 do 50% populacji Romów w Europie (Adam Bartosz, Nie bój się Cygana. Ne dara Romestar, Sejny: Pogranicze 2005, s. 64) oraz przekonanie odbiorców, że masowa eksterminacja ludności jest słusznym przedsięwzięciem. Zarówno forma, jak i treść przekazu wyraźnie wskazują, że autor pierwszej wypowiedzi nie tylko głosi pogląd popierający nazistowskie metody działania w postaci masowej eksterminacji ludności pochodzenia romskiego, ale czyni to z zamiarem jego upowszechnienia.

Komentarz o treści: „Hitler miał racje” niewątpliwie służy wyrażeniu aprobaty nadawcy wobec poglądów przywódcy nazistowskich Niemiec. Przy okazji porównania rozwiązań przyjętych w Kodeksie karnym z 1969 roku oraz w obecnie obowiązującej ustawie wspomniano, że wraz ze zmianą czynności sprawczej „pochwalania” na „propagowanie” zakresem kryminalizacji objęto działanie polegające na upowszechnianiu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa z zamiarem przekonania do niego. Poczynione uwagi znajdują szczególne zastosowanie w omawianym przypadku. Analizowana wypowiedź, choć jest wyrazem poglądów, które mogą bulwersować, stanowi jedynie osobistą opinię autora pochwalającą idee ustroju totalitarnego, którego Hitler był współtwórcą. Trudno dopatrzeć się w niej elementów perswazyjnych pozwalających sądzić, że mamy w tym przypadku do czynienia z zamiarem przekonania kogoś.

KONKLUZJA:

Z dokonanej analizy wynika, że tylko w przypadku zdarzenia opisanego jako incydent pod adresem: <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1393>, polegającego na zamieszczeniu przez anonimowego internautę na stronie www.cda.pl pod filmem pt.: „Cygan kradnie pod Kauflandem” komentarza o treści: „Uruchomić Oświęcim !” zasadne jest uznanie, że doszło do popełnienia przestępstwa określonego w art. 256 § 1 k.k.

W przypadku drugiego z analizowanych zdarzeń dekompletacja znamion strony przedmiotowej czynu, wyrażająca się w braku wyczerpania znamienia „propagowania”, powoduje brak możliwości pociągnięcia autora wpisu do odpowiedzialności karnej.

Karolina Kudyba