

## Ekspertyza prawna nr 2

*Paweł Knut*

Opisany w sprawie ciąg zdarzeń stanowi przykład powtarzających się zamachów o charakterze homofobicznym. Przez okres kilku miesięcy dwaj mężczyźni, pozostający w związku jednopłciowym, doświadczyli szeregu homofobicznych ataków w postaci znieważań oraz gróźb karalnych kierowanych do nich przez sąsiada, któremu najczęściej towarzyszyli koledzy. Sprawca wiedział, że obaj mężczyźni pozostają w związku. Wyłącznie ta okoliczność stanowiła przyczynę agresji z jego strony. Ataki te stale eskalowały i zakończyły się użyciem przemocy fizycznej wobec jednego z pokrzywdzonych mężczyzn, po którym sprawca został zatrzymany. Dotychczasowy przebieg postępowania karnego w analizowanej sprawie pozwala wyodrębnić kilka węzłowych problemów związanych z problematyką ścigania tej kategorii sprawców przestępstw. Zostaną one omówione poniżej.

### Identyfikacja motywacji sprawcy

W pierwszej kolejności, kilka uwag należy poświęcić rozważaniom dotyczącym identyfikacji motywacji towarzyszącej działaniom sprawcy. Z treści akt postępowania wynika, że do okoliczności mających w tym zakresie istotne znaczenie należy zaliczyć następujące fakty: 1) obaj pokrzywdzeni są osobami homoseksualnymi, zamieszkującymi wspólnie od dłuższego czasu; 2) obaj pokrzywdzeni nie ukrywali informacji na temat łączącej ich relacji; zarówno ich rodziny jak i sąsiedzi z osiedla wiedzieli że są partnerami; 3) obaj pokrzywdzeni zaczęli stale doświadczać ze strony sprawcy i jego kolegów zachowań polegających na ubliżaniu przy użyciu takich zwrotów jak „zakaz pedałowania na tym osiedlu”, „pedały”, „kurwy, jeszcze brakuje żebyście dziecko adoptowali”, „patologia”; 4) jeden z pokrzywdzonych spotkał się ze strony sprawcy z groźbami wystosowanymi przy użyciu słów „Chcesz w główkę pedale? No co chcesz?”; 5) pewnego dnia sprawca wraz ze swoimi znajomymi weszli do lokalu usługowego, w którym pracował jeden z pokrzywdzonych mężczyzn i powiedział głośno w kierunku pokrzywdzonego „Tutaj nie idziemy, bo ten pierdolony pedał tu pracuje”; 6) jeden z pokrzywdzonych mężczyzn został zaatakowany przez sprawcę, pozostającego w chwili ataku w towarzystwie kolegów, najpierw werbalnie („ty pedale jebany” „ty dziwko”, „zero tolerancji dla pedastwa”), a następnie fizycznie poprzez kopnięcie z całej siły (z rozbiegu) nogą w plecy; przed odejściem z miejsca zdarzenia sprawca zagroził jeszcze pokrzywdzonemu słowami „Zgłoś to na policję, to cię potnę nożem! Potnę!”; w wyniku tego zdarzenia zaatakowany mężczyzna doznał urazu kręgosłupa.

Wskazany powyżej przebieg zdarzeń wyraźnie wskazuje, że we wszystkich atakach sprawcy na pokrzywdzonych wystąpiło odwołanie do ich orientacji seksualnej (wprost lub poprzez kontekst danej sytuacji). Tym samym, sprawca wytypował obu pokrzywdzonych mężczyzn jako cel swoich działań wyłącznie z powodu ich nieheteronormatywnej orientacji seksualnej. Z uwagi na fakt, że (jak wynika z protokołów przesłuchania sprawcy) nigdy wcześniej sprawca nie utrzymywał żadnych kontaktów z pokrzywdzonymi mężczyznami, a w szczególności nie miał z nimi żadnych zatargów, wykluczyć należy inną (alternatywną) przyczynę skierowania agresji sprawcy na obu mężczyzn. Następnie, mając na uwadze wykorzystane przez sprawcę określenia (np. „zakaz pedałowania na tym osiedlu”, „kurwy, jeszcze brakuje żebyście dziecko adoptowali” czy „patologia”) nie może budzić wątpliwości, że sprawca jest niechętny zarówno związkom osób tej samej płci, jak i postulatowi ich równouprawnienia względem par osób różnej płci (np. postulatowi przyznania parom jedнопłciowym prawa do wspólnego przysposobienia dziecka).

Dotychczasowa charakterystyka działania sprawcy skłania zatem do przyjęcia, że było ono motywowane chęcią wyrażenia swojej niechęci do osób pozostających w związkach jedнопłciowych. Pośrednio wynika to również z wyjaśnień sprawcy, który wskazał podczas przesłuchania, że „(...) *ja go [tj. jednego z pokrzywdzonych mężczyzn] wyzywałem od pedałów z dwa trzy razy to było (...) po drodze spotkałem (...) ja powiedziałem do niego zero tolerancji dla pedałstwa (...)*”, a także z zeznań świadków będących kolegami sprawcy, którzy wskazali, że „(...) *ja nie znam tego chłopaka z imienia i nazwiska potem dowiedziałem się od (...) [tj. od sprawcy], że on jest gejem (...)*”, „(...) *powiedziałem jemu [tj. sprawcy], że nie ma sensu bić takiego gościa bo to jakby bić kobietę (...)*”, a także „(...) *to że ten chłopak jest gejem to wiem bo (...) [nazwa miasta będącego miejscem zdarzenia] to małe miasto i wszyscy to wiedzą (...)*”.

Opisaną powyżej motywację działania sprawcy określa się mianem motywacji o charakterze homofobicznym. "Homofobia" w języku potocznym oznacza lęk, niechęć, potępienie lub nienawiść wobec osób o orientacji nieheteroseksualnej (tj. wobec gejów, lesbijek, osób biseksualnych)<sup>1</sup>. Homofobia jako zjawisko oparte na uprzedzeniach, porównywana jest do rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu, a także seksizmu i jako taka traktowana jest jako silnie negatywne zjawisko społeczne<sup>2</sup>. Co ważne, na występowanie homofobii coraz częściej wskazują w swoich orzeczeniach również sądy krajowe<sup>3</sup>.

W dalszej kolejności, należy również wskazać, że w niniejszej sprawie ustalenie motywacji sprawcy możliwe jest już przy dosłownym odczytaniu treści jego wypowiedzi. Użyte przez sprawcę sformułowania odwołują się bowiem wprost do orientacji seksualnej i korzystają ze słownictwa, które najczęściej jest stosowane do wyrażenia niechęci wobec osób LGBT<sup>4</sup>. Przebieg wszystkich ataków na pokrzywdzonych mężczyzn układa się w ciąg przyczynowo-skutkowy, w którym homofobiczna motywacja spaja w logiczną całość wszystkie zachowania sprawcy, zaś jej usunięcie z tego ciągu pozbawia te działania sensowności.

<sup>1</sup> Patrz m.in. definicje: <http://sjp.pl/homofob>; <http://sjp.pwn.pl/poradnia/szukaj/homofobia.html> [dostęp: 17 lipca 2015 r.];

<sup>2</sup> Wyniki krajowych badań na temat zasięgu oraz skutków zjawiska homofobii w Polsce dostępne są m.in. na stronie: [http://www.kph.org.pl/publikacje/Raport\\_badania\\_LGBT\\_do\\_netu.pdf](http://www.kph.org.pl/publikacje/Raport_badania_LGBT_do_netu.pdf); [http://www.kph.org.pl/publikacje/raport\\_przemoc.pdf](http://www.kph.org.pl/publikacje/raport_przemoc.pdf); [http://www.kph.org.pl/publikacje/homofobiczna\\_mowa\\_nienawisci.pdf](http://www.kph.org.pl/publikacje/homofobiczna_mowa_nienawisci.pdf) [dostęp: 17 lipca 2015 r.];

<sup>3</sup> Patrz. m.in. na dokonaną przez Sąd Apelacyjny w Szczecinie analizę tego terminu w wyroku z dnia 4 lutego 2010 r. (sygn. akt I ACa 691/2009);

<sup>4</sup> Do katalogu tego rodzaju słów należy przykładowo zaliczyć, użyte w odpowiednim kontekście, słowa „pedał”, „ciota” czy „pederasta”;

Okoliczności wykorzystane do ustalenia motywacji sprawcy w analizowanej sprawie celowo odwołują się również do strony przedmiotowej czynu i nie bazują wyłącznie na wyjaśnieniach złożonych przez sprawcę. Przy ustalaniu motywacji sprawcy nie powinno się bowiem ograniczać wyłącznie do złożonych przez niego wyjaśnień albo uznawać tego rodzaju wyjaśnienia za przesądzające, w szczególności gdy nie korespondują one z resztą materiału dowodowego zebranego w sprawie<sup>5</sup>. Co może się wydawać paradoksalne, szczególnie w sprawach dotyczących przestępstw z nienawiści, ocena procesów motywacyjnych towarzyszących sprawcy w chwili czynu nie powinna bazować wyłącznie na ich autoidentyfikacji przez samego sprawcę. Prawie pewne wydaje się bowiem wystąpienie u sprawcy skłonności do umniejszania znaczenia tego rodzaju motywacji lub wręcz wykluczania możliwości jej zaistnienia (z uwagi na świadomie przyjętą taktykę obrony lub brak wiedzy i wrażliwości skutkujący niezdolnością dostrzeżenia niestosowności swojego zachowania).

### **Kwalifikacja prawna działania sprawcy**

Przeprowadzona w poprzednim punkcie analiza motywacji sprawcy, a także przebieg zdarzeń objętych postępowaniem karnym, przemawiają za przyjęciem stanowiska, że zachowanie sprawcy w sposób najpełniejszy zdają się odzwierciedlać opisy znamion czynów zabronionych określonych w art. 119 par. 1 (stosowanie przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby z powodu posiadania przez nią cechy prawnie chronionej) oraz art. 257 (znieważenie osoby z powodu posiadania przez nią cechy prawnie chronionej) Kodeksu karnego<sup>6</sup>, które są jednymi z nielicznie występujących w Kodeksie karnym przepisów wykorzystywanych do ścigania przestępstw z nienawiści. Sprawca zastosował bowiem przemoc (kopnięcie nogą w plecy jednego z pokrzywdzonych mężczyzn), groźbę bezprawną („Zgłoś to na policję, to cię potnę nożem! Potnę!” i „Chcesz w główkę pedale? No co chcesz?”) oraz znieważenie („pedały”, „kurwy”, „ty pedale jebany” „ty dziwko”, „pierdolony peda!”) w stosunku do pokrzywdzonych mężczyzn z powodu motywacji o homofobicznym charakterze. Zważywszy jednak na zamknięty katalog cech chronionych przez oba wskazane powyżej przepisy (tj. chroniona jest przynależność narodowa, etniczna, rasowa, wyznaniowa albo bezwyznaniowość, a także - wyłącznie w odniesieniu do art. 119 par. 1 Kodeksu karnego - przynależność polityczna) oraz brak literalnego uwzględnienia w tych przepisach cechy prawnie chronionej w postaci orientacji seksualnej, wykluczona jest możliwość skorzystania z tych przepisów. Brak wskazania w Kodeksie karnym literalnego odwołania się do orientacji seksualnej nie wyklucza jednak możliwości dokonania innej kwalifikacji prawnej czynu sprawcy. W tym celu konieczne jest jednak odwołanie do czynów zabronionych o charakterze bardziej ogólnym, które wśród znamion nie wymagają wystąpienia szczególnej motywacji ich popełnienia.

W kontekście niniejszej sprawy, przepisami, które stanowią swego rodzaju „substytuty” dla art. 119 par. 1 oraz art. 257 Kodeksu karnego są art. 190 par. 1 (groźba karalna), art. 157 par. 2 (naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia trwający nie dłużej niż 7 dni) oraz art. 216 par. 1 (znieważenie) Kodeksu karnego. Jedynie dla porządku, należy zauważyć, że w przeciwieństwie do czynów zabronionych z art. 119 par. 1 oraz art. 257 Kodeksu karnego (które

<sup>5</sup> Na konieczność unikania tego sposobu postępowania wskazują również Wytyczne Prokuratora Generalnego z dnia 26 lutego 2014 r. w zakresie prowadzenia postępowań o przestępstwa z nienawiści (PG VII G 021/54/13) tj. Wytyczna nr 6; treść Wytycznych jest dostępna pod adresem: <http://www.pg.gov.pl/aktualnosci-prokuratury-generalnej/o-przestepstwach-z-nienawisci-wytyczne-prokuratora-generalnego.html#.Vap4Bxw4hyk> [dostęp: 17 lipca 2015 r.];

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.);

są ściganie z urzędu), czyn zabroniony z art. 190 par. Kodeksu karnego jest ścigany na wniosek, zaś czyny zabronione z art. 157 par. 2 oraz art. 216 par. 1 Kodeksu karnego z oskarżenia prywatnego (wszystkie te przepisy przewidują także niższe sankcje za ich naruszenie)<sup>7</sup>.

Jak wynika z akt sprawy to właśnie art. 157 par. 2, art. 190 par. 1 oraz art. 216 par. 1 Kodeksu karnego zostały wskazane w postanowieniu o przedstawieniu zarzutów. Następnie, przedmiotowa kwalifikacja prawna została podtrzymana we wniesionym akcie oskarżenia.

### **Istnienie interesu społecznego w ściganiu z urzędu spraw dot. homofobicznych przestępstw z nienawiści**

Jak zostało to wskazane powyżej, w analizowanej sprawie organy ścigania podjęły decyzję o wszczęciu z urzędu postępowania przygotowawczego zarówno w kierunku art. 157 par. 2, art. 190 par. 1 jak i art. 216 par. 1 Kodeksu karnego, a następnie wniosły do sądu akt oskarżenia obejmujący wszystkie te zarzuty.

Wszczęcie z urzędu postępowania również w zakresie czynów ściganych z oskarżenia prywatnego (tj. naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia trwającego nie dłużej niż 7 dni z art. 157 par. 2 Kodeksu karnego, a także znieważania z art. 216 par. 1 Kodeksu karnego), wynikające z dostrzeżenia interesu społecznego w podjęciu tego rodzaju aktywności, zasługuje na pozytywną ocenę. Choć nie ma definicji legalnej pojęcia „interesu społecznego”, zaś jego istnienie lub brak jest zawsze ustalany w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, to wskazać należy, że za jego istnieniem w ściganiu spraw popełnionych w wyniku motywacji homofobicznej przemawiają – zazwyczaj - m.in.: szczególnie szkodliwe z punktu widzenia prawidłowej organizacji życia społecznego pobudki popełnienia przestępstwa, wytypowanie pokrzywdzonego wyłącznie w oparciu o niezależne od niego kryterium orientacji seksualnej (lub uznanie pokrzywdzonego za osobę posiadającą taką orientację czy działającą na rzecz takich osób), a także duża stygmatyzacja osób LGBT w polskim społeczeństwie wymagająca podejmowania działań ochronnych ze strony państwa i kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa<sup>8</sup>.

Jako dobrą praktykę, należy również ocenić wniesienie przez prokuratora – wraz z aktem oskarżenia – pozwu adhezyjnego z wnioskiem o zasądzenie od sprawcy kwoty 500,00 zł tytułem zadośćuczynienia za uszkodzenie ciała jednego z pokrzywdzonych mężczyzn. Choć od dnia 1 lipca 2015 r. instytucja powództwa adhezyjnego została usunięta z polskiego modelu postępowania karnego, prokurator nadal ma możliwość żądania od sprawcy kompensacji wyrządzonej pokrzywdzonemu szkody lub krzywdy poprzez skorzystanie z instytucji

<sup>7</sup> Nie wchodząc w tym miejscu w dyskusję na temat zasadności znowelizowania przepisów Kodeksu karnego idącego w kierunku uwzględnienia orientacji seksualnej jako cechy prawnie chronionej w ramach przepisów dot. przestępstw z nienawiści, warto jednak wskazać, że tego rodzaju dyskusja toczy się od dłuższego czasu zarówno w opinii publicznej jak i doktrynie prawa. W obecnej kadencji Sejmu wniesiono trzy projekty ustaw, proponujące odmienne sposoby odpowiedniego uregulowania sygnalizowanej kwestii (numery druków sejmowych: 340, 1078 i 2357). Doprowadzenie do przyjęcia nowelizacji Kodeksu karnego idącej w kierunku uwzględnienia motywacji homofobicznej poparli m.in. Pełnomocniczka Rządu ds. Równego Traktowania oraz Minister Sprawiedliwości (<http://rownetraktowanie.gov.pl/aktualnosci/wystapienie-do-ministra-sprawiedliwosci-w-sprawie-penalizacji-mowy-nienawisci-ze-względu>) [dostęp: 17 lipca 2015 r.];

<sup>8</sup> Do zaprezentowanej argumentacji odnoszą się również Wytyczne Prokuratora Generalnego z dnia 29 października 2012 r. w sprawie udziału przez prokuratora w sprawach o przestępstwa prywatnoscargowe (PG VII G 021/24/12) tj. Wytyczna nr 4 i nr 5; treść Wytycznych jest dostępna pod adresem: <http://www.pg.gov.pl/aktualnosci-prokuratury-generalnej/przestepstwa-prywatnoscargowe-wytyczne-prokuratora-generalnego-2-566.html> [dostęp: 17 lipca 2015 r.];



naprawienia szkody, zadośćuczynienia lub nawiązki. Uprawnienie to może być realizowane przez prokuratora na drodze złożenia stosownego wniosku na podstawie art. 46 par. 1 Kodeksu karnego w zw. z art. 49a Kodeksu postępowania karnego<sup>9</sup>.

### **Uwzględnianie homofobicznej motywacji sprawcy w trakcie postępowania karnego**

Zarysowany powyżej problem braku występowania w krajowych ustawach karnych przepisów wprost nakazujących uwzględnianie homofobicznej motywacji sprawcy czynu (jako odrębnego, istotnego prawnie rodzaju motywacji) powoduje, że najczęściej ani we wnoszonych do sądów aktach oskarżenia ani w treści wyroków lub ich uzasadnieniach nie można znaleźć żadnego bezpośredniego odwołania do motywacji o charakterze homofobicznym. Jeśli nawet sąd przeprowadzi bardziej szczegółową analizę motywacji sprawcy, to w praktyce ogranicza się ona jedynie do opisowego scharakteryzowania wybranych jej elementów, bez jednoczesnego jej nazwania<sup>10</sup>.

Za zasadnością identyfikacji homofobicznej motywacji w każdej sprawie i takiego jej definiowania – choćby z uwagi na brzmienie art. 53 ust. 2 Kodeksu karnego<sup>11</sup> - przemawiają zaś wciąż występujące w orzecznictwie błędy w prawidłowym rozumieniu i uwzględnianiu tego rodzaju motywacji (np. uznanie, że słowo „pedał” użyte przez funkcjonariuszy w trakcie zatrzymania osoby, o której wiedzieli, że jest gejem, nie może jej znieważać bowiem to tylko presja określonych środowisk powoduje, że za wypowiedzenie tego słowa wytacza się w dzisiejszych czasach postępowanie sądowe lub przyjęcie, że porównanie osób homoseksualnych do „nekrofilów”, „zoofilów” i „pedofilów” nie jest poniżające, ponieważ odzwierciedla stan opinii publicznej)<sup>12</sup>.

Mając powyższe na uwadze, do dobrych praktyk w tym obszarze można zaliczyć m.in.: dokonywanie przez organy ścigania szczegółowej analizy motywacji sprawcy jeszcze na etapie postępowania przygotowawczego, umieszczenie (w razie jej identyfikacji) adnotacji o homofobicznej motywacji sprawcy w akcie oskarżenia, a także popieranie przed sądem żądania uwzględnienia przy orzekaniu przez sąd motywacji homofobicznej jako motywacji zasługującej na szczególne potępienie. Wydaje się, że popularyzowaniu tego rodzaju praktyk może sprzyjać stosowanie obowiązującej od kwietnia 2015 r. ustawy o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka<sup>13</sup>, implementującej tzw. Dyrektywę ofiar przestępstw 2012/29/UE<sup>14</sup>. Zgodnie z przedmiotową Dyrektywą organy ścigania mają obowiązek dokonywania indywidualnej oceny sytuacji i potrzeb każdej ofiary przestępstwa z nienawiści. Z uwagi zaś na brzmienie pkt 9 oraz pkt 56 Preambuły w zw. z art. 22 Dyrektywy tego rodzaju indywidualna ocena powinna również obejmować ofiary przestępstw motywowanych homofobią. Oznacza to, że od tej pory stanie się pokrzywdzonym przestępstwem motywowanym homofobią powinno być okolicznością obligatoryjnie braną pod uwagę przy ocenie sytuacji i potrzeb osoby pokrzywdzonej. Nic nie stoi

<sup>9</sup> ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm.);

<sup>10</sup> Tak np. w uzasadnieniu do wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy – Śródmieścia w Warszawie z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. akt II K 776/14;

<sup>11</sup> Zgodnie z treścią tego przepisu „Wymierzając karę, sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy”;

<sup>12</sup> [http://wyborcza.pl/1,76842,15759424,Pedal\\_nie\\_obraza\\_Sad\\_Policjanci\\_uzywali\\_tylko.html](http://wyborcza.pl/1,76842,15759424,Pedal_nie_obraza_Sad_Policjanci_uzywali_tylko.html) [dostęp: 17 lipca 2015 r.];

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. o pomocy i ochronie dla pokrzywdzonego i świadka (Dz.U. z 2015 r., poz. 21);

<sup>14</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW;

również na przeszkodzie, aby ustalenie tej okoliczności było pomocniczo wykorzystywane przy kształtowaniu sytuacji procesowej sprawcy tego rodzaju przestępstwa.

## **Zakończenie**

Analizowana sprawa stanowi dobry przykład efektów osiągniętych przez organy ścigania w sprawach dotyczących homofobicznych przestępstw z nienawiści w razie zastosowania dostępnych instrumentów prawnych. W przypadku zaangażowania i rzetelnego przeprowadzenia niezbędnych czynności (na etapie postępowania przygotowawczego) możliwe jest – w niektórych przypadkach - ujawnienie sprawcy i skuteczne pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej. Jednocześnie, przebieg postępowania karnego w przedmiotowej sprawie wyraźnie wskazuje na wciąż istniejące czynniki utrudniające stworzenie spójnego i efektywnego mechanizmu ochrony osób pokrzywdzonych przestępstwami z nienawiści motywowanymi homofobią i skuteczne przeciwdziałanie występowaniu tego zjawiska.