

Ekspertyza dot. incydentu

<http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1902>

1. Stan faktyczny

Dnia 7 marca 2016 r. o godzinie 23.18 internauta o Nicku: *loveandpeace* zamieścił na portalu www.sadistic.pl post ze zdjęciem bramy obozu koncentracyjnego w Auschwitz, na której zamiast napisu *Arbeit macht frei* umieszczony został tekst *Refugees Welcome* (uchodźcy witajcie) wraz z komentarzem o treści: *Tak to powinni rozwiązać.*¹



2. Stan prawny

Analiza prawno-karna zamieszczonej na portalu internetowym grafiki i wypowiedzi przeprowadzona będzie w celu stwierdzenia, czy niniejsza wypowiedź stanowi

¹

<http://www.sadistic.pl/refugees-welcome-vt404760.htm?highlight=refugees+welcome+powinni+rozwi%C4%85za%C4%87>

realizację znamion czynów zabronionych stypizowanych w art. 256 § 1 k.k., który to odwołuje się do zjawiska propagowania faszystowskiego i totalitaryzmu.

Przepis ten stanowi: *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.*

§ 2. *Tej samej karze podlega, kto w celu rozpowszechniania produkuje, utrwala lub sprowadza, nabywa, przechowuje, posiada, prezentuje, przewozi lub przesyła druk, nagranie lub inny przedmiot, zawierające treść określoną w § 1 albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej.*

Przepis ten typizuje dwa występki –propagowania ustroju totalitarnego i nawoływania do nienawiści na tle rasistowskim w § 1, a także podejmowanie czynności przygotowawczych do występkę określonego w § 1 określone jako *delictum sui generis* w § 2. Zaznaczyć należy, iż art. 256 k.k. był przedmiotem badania jego zgodności z Konstytucją przez Trybunał Konstytucyjny, który to wyrokiem z dnia 19.07.2011 r. (Dz. U. Nr 160, poz. 964) orzekł, iż w części „albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej” został uznany za niezgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji RP.

Występki stypizowane w art. 256 k.k. należą do przestępstw z nienawiści określane także jako *hate crimes*.² Polskie prawo nie podaje definicji tego rodzaju przestępstw, jednak czyni to Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (ODIHR-OSCE). Zgodnie z definicją podaną przez wyżej wspomniany organ przestępstwem z nienawiści, na tle nienawiści, czy też inaczej - motywowanym uprzedzeniami, jest *każde przestępstwo wymierzone w ludzi i ich mienie, w wyniku którego ofiara lub inny cel przestępstwa są odbierane ze względu na ich faktyczne bądź domniemane powiązanie, lub udzielanie wsparcia grupie wyróżnianej na podstawie cech charakterystycznych wspólnych jej członków, takich jak faktyczna lub domniemana rasa, narodowość bądź pochodzenie etniczne, język, kolor skóry, religia, płeć, wiek, niepełnosprawność fizyczna lub psychiczna, orientacja seksualna lub inne podobne cechy*.³ Jak podaje N. Chakraborti i J. Garland *przestępstwem z nienawiści jest każdy incydent stanowiący przestępstwo,*

² <http://gazeta.policja.pl/997/inne/prawo/91228,Przestepstwa-z-nienawisci-Nr-102-092013.html>

³ Preventing and responding to hate crimes. A resource guide for NGO's in the OSCE region, OSCE-ODIHR, Warszawa 2009

postrzegany przez osobę pokrzywdzoną lub inną osobę jako zdarzenie motywowane uprzedzeniami lub nienawiścią.⁴

Co więcej, przestępstwo z nienawiści wymierzone jest w osobę lub w grupę dobieraną ze względu na jej rzeczywistą lub domniemaną przynależność, lub związek z określoną rasą, narodowością, pochodzeniem etnicznym, językiem, kolorem skóry, religią, płcią, wiekiem, psychiczną lub fizyczną niepełnosprawnością, orientacją seksualną itp. (...) w wypadku przestępstw z nienawiści, ofiarą staje się cała społeczność, gdyż może powstać w niej przekonanie, że jej członkowie mogli stać się bezpośrednimi ofiarami lub staną się nimi w przyszłości.⁵

Na podkreślenie zasługuje fakt, iż art. 256 k.k. stanowi ograniczenie wolności wypowiedzi, która stanowi podstawę pluralistycznego, demokratycznego państwa prawa. Gwarantowana jest zarówno przez art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, jak i rozmaite regulacje prawa międzynarodowego, w tym poprzez prawo Unii Europejskiej obejmujące między innymi art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, art. 19 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, a także art. 11 Karty Praw Podstawowych UE.

Niemniej jednak wolność wypowiedzi, jak każda wolność, nie jest wolnością absolutną, z tego też względu podlega licznym ograniczeniom. Zarówno krajowe, jak i międzynarodowe akty prawne zawierają bowiem jej ustawowe ograniczenia wskazując na konieczność ograniczenia wolności słowa ze względu na ochronę *bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób.* (Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) Ponadto Art. 17 EKPC stanowi, iż *żadne z postanowień niniejszej konwencji nie może być interpretowane jako przyznanie jakiegokolwiek państwu, grupie lub osobie prawa do podjęcia działań lub dokonania aktu zmierzającego do zniweczenia praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji albo ich ograniczenia w większym stopniu, niż to przewiduje konwencja.* Tymczasem Art. 19 ust. 3 MPPOiP wskazuje na ograniczenia, które są niezbędne w celu: a) *poszanowania praw i dobrego imienia innych;* b) *ochrony bezpieczeństwa państwowego lub porządku publicznego albo zdrowia lub moralności publicznej.*

⁴ Chakraborti, N. and Garland, J. Sage, *Hate Crime: Impacts, Causes and Responses*, London, (2015) s.8

⁵ Przesłpstwa z nienawiści – Materiał pomocniczy dla trenera - https://rownosc.info/media/uploads/przesłpstwa_z_nienawisci_material.pdf

Kwestie związane z dyskryminacją ze względu na określone cechy reguluje również art. 26 MPPOiP stanowiąc, iż *Wszyscy są równi wobec prawa i są uprawnieni bez żadnej dyskryminacji do jednakowej ochrony prawnej. Jakakolwiek dyskryminacja w tym zakresie powinna być ustawowo zakazana oraz powinna być zagwarantowana przez ustawę równa dla wszystkich i skuteczna ochrona przed dyskryminacją z takich względów, jak: rasa, kolor skóry, płeć, język, religia, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuacja majątkowa, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności*". Wskazać należy także na Art. 1 KPP chroniący godności człowieka oraz art. 21 stanowiący, iż: *zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. 2. W zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla ich postanowień szczególnych zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową.*

Art. 52 i art. 54 KPP kolejno zezwalają na ograniczenie praw podstawowych i zakazują nadużycia praw w niej zawartych.

6 lipca 2006 roku na istotne ograniczenia wolności słowa wskazał wyrok Izby Erbakan przeciwko Turcji (skarga nr 59405/00), § 56, stanowiący, iż *tolerancja i poszanowanie dla jednakowej godności istot ludzkich stanowią podstawy demokratycznego, pluralistycznego społeczeństwa. Dlatego też zasadniczo może być uznane za konieczne, w niektórych społeczeństwach demokratycznych, by karać lub nawet zapobiegać, wszelkie formy wypowiedzi, które upowszechniają, podżegają, promują lub usprawiedliwiają nienawiść opartą na nietolerancji.*

Szczególną uwagę należy poświęcić Decyzji Ramowej Rady 2008/913/WSiSW z 28 listopada 2008 r., która to wskazuje na obowiązki państwa w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawno karnych (Dz. Urz. UE L 328 z 6.12.2008 r., s.55). Celem niniejszej Decyzji jest *zapewnienie, by w Unii Europejskiej rasizm i ksenofobia podlegały skutecznym, proporcjonalnym i odstraszającym sankcjom karnym oraz ulepszenie współpracy sądowej w tej dziedzinie i zachęcanie do niej.*

Powołana w ramach Rady Europy Europejska Komisja przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI) w zaleceniu nr 1 ECRI stwierdza, że *ustne, pisemne, audiowizualne wypowiedzi, a także inne formy ekspresji włączając media elektroniczne,*

*podlegające do nienawiści, dyskryminacji czy przemocy wobec rasowych, etnicznych czy religijnych grup lub przeciwko ich członkom, na podstawie tego, że przynależą oni do takiej grupy, są prawnie sklasyfikowane jako przestępstwa karne, które mogą także obejmować produkcję, dystrybucję i przechowywanie w celu dystrybucji tych materiałów.*⁶

Wskazać należy także na Protokół Dodatkowy do Konwencji o cyberprzestępczości dotyczący penalizacji czynów o charakterze rasistowskim i ksenofobicznym popełnionych przy użyciu systemów komputerowych. (Dz. U. 2015, poz. 730). Ten sam akt prawny zawiera definicję „materiałów rasistowskich i ksenofobicznych” podając, iż *te oznaczają każdy materiał pisemny, każdy wizerunek lub każde inne wyrażenie myśli lub teorii, które nawołują, popierają lub podlegają do nienawiści, dyskryminacji lub przemocy przeciw jakiegokolwiek osobie lub grupie osób, ze względu na rasę, kolor, pochodzenie narodowe lub etniczne, jak również religię, jeżeli wykorzystywana jest ona jako pretekst dla któregośkolwiek ze wskazanych wyżej zachowań.*

Nie można pominąć także Raportu Europejskiej Komisji Przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji w którym to ECRI stwierdziła, iż *sytuacja w zakresie mowy nienawiści w Internecie i w mediach nie poprawiła się od czasu jej ostatniego raportu.* Polskie władze oświadczyły wówczas, że mandat Wydziału do walki z Cyberprzestępczością zostanie rozszerzony na czyny mające na celu podleganie do nienawiści.⁷

Omawiany problem rozstrzyga także Konwencja Ramowa o ochronie mniejszości narodowych, której art. 4 ust. 2, stanowi: *Strony zobowiązują się do przyjęcia, tam gdzie to konieczne, odpowiednich środków w celu popierania, we wszystkich sferach życia ekonomicznego, społecznego, politycznego i kulturalnego pełnej i rzeczywistej równości pomiędzy osobami należącymi do mniejszości narodowej a osobami należącymi do większości. W tym względzie wezmą pod uwagę specyficzne warunki osób należących do mniejszości narodowych,* a art. 6 ust. 2. *Strony zobowiązują się podjąć odpowiednie środki chroniące osoby, które mogą być obiektem zastraszania bądź też aktów dyskryminacji, wrogości lub przemocy będących skutkiem ich etnicznej, kulturalnej, językowej i religijnej tożsamości.*⁸

⁶ <https://www.msz.gov.pl/resource/eceb6ab3-c4bd-4df8-8b6b-2e12b8395d91:JCR>

⁷ RAPORT ECRI DOTYCZĄCY POLSKI (piąty cykl monitoringu) Przyjęty w dniu 20 marca 2015 r. Opublikowany w dniu 9 czerwiec 2015 r.

⁸ <http://www.mniejszosci.narodowe.mac.gov.pl/mne/prawo/konwencja-ramowa-rady/konwencja-ramowa-rady/6768.Konwencja-ramowa-Rady-Europy-o-ochronie-mniejszosci-narodowych.html>

Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku w sprawie SÜREK v. TURKEY (skarga nr 26682/95) z dnia 8 czerwca 1999 r. zwrócił uwagę na fakt, iż treści nawołujące do krwawej zemsty, rozpowszechniające nienawiść do określonych grup społecznych, narażają je na przemoc fizyczną. Tym samym nie można mówić o naruszeniu art. 10 w przypadku tego typu wypowiedzi.⁹

Podobnie w sprawie Pavel Ivanov v. Russia (skarga nr 35222/04) ETPCz orzekł dnia 20 lutego 2007 r., iż bez wątplenia antysemickie, podżegające do nienawiści wypowiedzi stanowią gwałtowny atak na daną grupę etniczną i skierowane są tym samym przeciwko wartościom leżącym u podstaw Europejskiej Konwencji Praw Człowieka takim jak tolerancja, pokój społeczny i niedyskryminacja. Z powyższych względów osoba szerząca tego typu wypowiedzi nie jest chroniona przez art. 10 Konwencji.¹⁰

Należy zwrócić uwagę także na fakt, iż zgodnie z wyrokiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 16 lipca 2009 r. w sprawie Féret przeciwko Belgii (skarga nr 15615/07) nie dochodzi do naruszenia art. 10 EKPCz w przypadku, kiedy ogranicza się wolność wypowiedzi, gdy przekaz *w sposób wyraźny prowadzi do budzenia poczucia nieufności, odrzucenia lub nawet nienawiści do obcokrajowców, zwłaszcza wśród mniej wykształconej części społeczeństwa.* Zaznaczył także, iż *skazanie skarżącego było usprawiedliwione koniecznością zapobiegania zakłóceniom porządku oraz poszanowaniem praw innych osób, w szczególności członków społeczności imigrantów.*

Ponadto ETPCz w sprawie Delfi p. Estonii (skarga nr 64569/09) 16 czerwca 2015r. orzekł, iż komentarze, które można zakwalifikować jako mowę nienawiści lub nawoływanie do przemocy, czyli dwie kategorie wypowiedzi, stanowiące najbardziej skrajne nadużycie wolności słowa, nie są objęte ochroną gwarantowaną w ramach art. 10 EKPC.¹¹

Pamiętać należy także o art. 6 Konwencji Ramowej o ochronie mniejszości narodowych z dnia 1 lutego 1995 r.¹², której ustęp 2 brzmi: *Strony zobowiązują się podjąć odpowiednie środki chroniące osoby, które mogą być obiektem zastraszania*

⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58279>

¹⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79619>

¹¹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105>

¹² <http://www.mniejszosci.narodowe.mac.gov.pl/mne/prawo/konwencja-ramowa-rady/konwencja-ramowa-rady/6768.Konwencja-ramowa-Rady-Europy-o-ochronie-mniejszosci-narodowych.html>

bądź też aktów dyskryminacji, wrogości lub przemocy będących skutkiem ich etnicznej, kulturalnej, językowej i religijnej tożsamości.

2.1. Przedmiot ochrony

Rodzajowym i indywidualnym przedmiotem ochrony art. 256 k.k., znajdującego się w rozdziale XXXII k.k. poświęconemu przestępstwom przeciwko porządkowi publicznemu, jest porządek publiczny, w tym istniejący ład prawny i polityczny. Dzieje się tak ze względu na fakt, iż zachowania stypizowane w niniejszym artykule prowadzić mogą do istotnych zakłóceń zarówno ładu prawnego, jak i destabilizacji społecznej.¹³ (A. Michalska – Warias, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, 2013, s. 330)

2.2. Podmiot czynu zabronionego

Występki wskazane w art. 257 k.k. mają charakter powszechny, co oznacza, iż ich sprawcą może być każda osoba, która jest zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej. Podlegać jej będzie każdy, bez względu na swoje obywatelstwo, czy inne cechy, z wyjątkiem małoletniego do lat 17 oraz osoby ubezwłasnowolnionej.

Oznacza to, iż w analizowanym przypadku odpowiedzialność karną poniesie internauta o nicku *loveandpeace*, o ile nie jest osobą poniżej 17 roku życia lub ubezwłasnowolnioną

2.3. Strona przedmiotowa typu czynu zabronionego

A. Czynność sprawcza

Zarówno § 1 jak i § 2 artykułu 256 statuuje przestępstwa o wieloodmianowo określonej czynności sprawczej. Czynność sprawcza występkę z art. 256 § 1 k.k. polega na propagowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa lub nawoływaniu do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość.

¹³ (por. Z. Cwiąkański, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, 2008, s. 1175)

Jako **propagowanie** rozumiemy:

- zachowanie polegające na szerzeniu, upowszechnianiu pewnej idei, zjednywaniu dla niej zwolenników¹⁴

- 1. upowszechniać, szerzyć coś swoim przekonaniu dobrego i korzystnego dla innych popularyzować; 2. prowadzić, uprawiać propagandę¹⁵

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 28 marca 2002 r. (I KZP 5/02) zdefiniował, iż *Propagowanie, w rozumieniu art. 256 k.k., oznacza każde zachowanie polegające na publicznym prezentowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, w zamiarze przekonania do niego. Dodaje, iż może mieć postać każdego zachowania, którego treścią jest rozpowszechnianie wiedzy dotyczącej ustroju państwa totalitarnego, a więc także wystawienie na widok publiczny symboli takiego państwa czy też wykonywanie określonych gestów identyfikowanych z takim ustrojem.*¹⁶ Ponadto SN podkreślił, że propagowanie może, ale nie musi być połączone z pochwalaniem. Można bowiem coś publicznie pochwalać bez zamiaru propagowania, jak i propagować nie pochwalając tego, co się propaguje.¹⁷

Nawoływanie

- wzywanie do czegoś, zachęcanie, nakłanianie;¹⁸ Taką samą definicję podaje również prof. dr hab. Bogusław Dunaj.

Nawoływanie do nienawiści

Sąd Apelacyjny w Krakowie dnia 24 września 2013 r. (II AKa 301/13) orzekł, iż *pojęcie nawoływania do nienawiści na tle różnic rasowych traktować należy jako publiczne wzywanie (nawoływanie) innych osób do odczuwania i utrwalenia negatywnych emocji, niechęci oraz wrogości wobec przedstawicieli odmiennej rasy, przy czym dla realizacji występku określonego w przepisie art. 256 § 1 k.k. nie jest konieczny skutek w postaci przekonania przez sprawcę innych odbiorców do prezentowanych przez siebie poglądów, chociaż tym motywowane winno być jego zachowanie w inkryminowanym miejscu i czasie.*¹⁹

¹⁴ E. Sobol (red.), Mały słownik, s. 709

¹⁵ prof. B. Dunaj (red.) Popularny słownik języka polskiego (wyd. WILGA, 2003 r. s.527)

¹⁶ <http://www.lexlege.pl/orzeczenie/57797/i-kzp-5-02-uchwala-sadu-najwyzszego-izba-karna/>

¹⁷ [zob. H. Zgólkowa (red.): Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny, Poznań, 2000, t. 29, s. 217, Poznań 2001, t. 32, s. 447].

¹⁸ E. Sobol (red.), Mały słownik, s. 486.

¹⁹

<http://lex.amu.edu.pl/lexwintranecie.bu-169.bu.amu.edu.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false#content.rpc?nro=521515984&wersja=0&>

Jak podaje A. Marek w komentarzu do Kodeksu karnego *wzbudzanie niechęci, złości, braku akceptacji, a nawet uczucia wściekłości z tych powodów do poszczególnych osób lub całych grup społecznych albo też podtrzymywanie i nasilanie tego nastawienia. Przepięstwo jest popełnione nawet wtedy, gdy nienawiść ma dotyczyć pojedynczej osoby.*²⁰

Sąd Najwyższy w swym postanowieniu z dnia 5 lutego 2007r. (IV KK 406/06, OSNwSK 2007/1/367) stwierdził, iż *Nawoływanie do nienawiści z powodów wymienionych w art. 256 k.k. – 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 do 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.*

Jak orzekł Sąd Okręgowy we Wrocławiu dnia 15 grudnia 2010r. (Sygn. akt. IV Ka 978/10) *zachowania sprawcy przestęstwa z art. 256 §1 k.k. będą więc polegały na podkreślaniu wyższości jednej grupy nad inną, poniżaniu danej grupy lub jednostki z uwagi na jej kolor skóry, wyznawaną religię, narodowość, przynależność etniczną, sianiu lęku, obawy z uwagi na przynależne danej grupie czy jednostce cechy.*

Przypomnieć należy, iż 26 lutego 2014 r. Prokurator Generalny wystosował wytyczne dotyczące postępowań o przestęstwa z nienawiści. W dokumencie tym czytamy, że *publiczne nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych lub wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość (art. 256 § 1 k.k.) (...) nie musi być kierowane bezpośrednio do osoby bądź osób faktycznie należących do grup wymienionych w tych przepisach.*²¹

Wyraz „**Totalitaryzm**” oznacza:

- „system polityczny, oparty na obowiązującej wszystkich ideologii i na nieograniczonej władzy jednej partii, kontrolującej wszystkie dziedziny życia”²²
- „system organizacji państwa zmierzający do rozciągnięcia kontroli nad całością życia politycznego, społecznego, kulturalnego”²³

²⁰ A. Marek, komentarz do Kodeksu karnego, Lex, 2010, wyd. V.

²¹ <https://www.pg.gov.pl/wytyczne-prokuratora-generalnego-1449/wytyczne-i-zarzadzania-2.html>

²² <http://sjp.pwn.pl/sjp/totalitaryzm:2578375.html>

²³ Popularny słownik języka polskiego – redakcja naukowa prof. Bogusław Dunaj, Wyd. WILGA, 2003 r., s.719

- „system rządów (...) uważany za skrajną i specyficzną postać rządów autorytarnych, nowoczesną odmianę tyranii i despotyzmu zapewniającą rządzącym o wiele skuteczniejszą kontrolę społeczeństwa. Pojęcie „totalitaryzm”, wprowadzone 1925 przez ideologów włoskich faszystów (G. Gentile, B. Mussolini) (...).”²⁴

Jak podaje D. Gruszecka, w: Kodeks karny część szczegółowa. Komentarz, pod red. J.W. Giezka, LEX 2014 „Cechą totalitaryzmu jest dążenie do przekształcenia - w imię oficjalnej ideologii - całości stosunków społecznych, politycznych oraz gospodarczych, przy czym dokonuje się to przy wykorzystaniu masowego terroru, który dotyka wielu grup w społeczeństwie i nierzadko przybiera postać ludobójstwa. (...) W ustroju totalitarnym dochodzi do zanegowania granicy między sferą publiczną i prywatną, a władza ingeruje we wszystkie stosunki społeczne. (...)”²⁵ Trzema najbardziej charakterystycznymi przykładami ustrojów totalitarnych w XX wieku były: faszyzm, nazizm i komunizm, wobec czego zakaz propagowania wynikający z art. 256 k.k. dotyczy wymienionych systemów.

Jako znaczenie pojęcia „**komunizm**” przyjmujemy:

- „1. ideologia i doktryna społeczna postulująca zbudowanie społeczeństwa bezklasowego, opartego na społecznej własności środków produkcji i równym podziale dóbr. 2. ustrój totalitarny realizowany w ZSRR, narzucony krajom Europy Środkowej i Wschodniej po II wojnie światowej, oparty na monopolu władzy skupionej w rękach jednej partii.”²⁶

- „1. ideologia i doktryna społeczna stworzona przez K. Marksa i F. Engelsa postulująca zniesienie prywatnej własności, społeczną własność środków produkcji, zbudowanie społeczeństwa bezklasowego i dyktaturę proletariatu. 2. totalitarny, zbrodniczy ustrój społeczno – polityczny wprowadzony najpierw w ZSRR, a po II wojnie światowej narzucony siłą krajom Europy Środkowej i Wschodniej (...), oparty na rządach jednej partii, centralnym planowaniu i państwowej własności środków produkcji.”²⁷

Ustrój komunistyczny charakteryzował się m.in.: dążeniem do atomizacji społeczeństwa, dominacją partii we wszystkich sferach życia publicznego,

²⁴ <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/totalitaryzm;4010281.html>

²⁵ [por. A. Machnikowska, Totalitaryzm (w:) Leksykon historii prawa i ustroju. 100 podstawowych pojęć, red. T. Maciejewski, Warszawa 2010, s. 653-663].

²⁶ <http://sjp.pwn.pl/sjp/komunizm;2564160.html>

²⁷ Popularny słownik języka polskiego – redakcja naukowa prof. Bogusław Dunaj, Wyd. WILGA, 2003 r., s. 235

*podporządkowaniem ustawodawstwa i prawa partii, rozbieżnością między przepisami prawa stanowionego a faktycznie obowiązującymi normami, symbiozą aparatu partyjnego i państwowego, ideologicznym monopolem partii zawłaszczeniem sfery języka publicznego, dążeniem do podporządkowania partii i państwu życia prywatnego obywateli, kampaniami masowej mobilizacji społeczeństwa dla osiągnięcia celów politycznych i gospodarczych, a także stosowaniem przez państwo przymusu i terroru poza kontrolą prawa.*²⁸

Termin „faszyzm” oznacza:

- „antydemokratyczna, totalitarna, nacjonalistyczna doktryna polityczna, ideologia i forma rządów wprowadzona we Włoszech w 1922 roku przez Mussoliniego”²⁹
- „ideologia skrajnie nacjonalistyczna i rasistowska; też: totalitarna forma rządów oparta na tej ideologii”³⁰
- „specyficzna forma ustrojowa, wykształcona we Włoszech po wyeliminowaniu przez Mussoliniego opozycji parlamentarnej w połowie lat 20. XX w., oparta na ideologii o skrajnie nacjonalistycznym charakterze. Charakterystyczny był kult państwa, łączący się z zasadą wodzostwa, wola charyzmatycznego wodza wyznaczała ramy obowiązujących norm moralnych, uruchamiała terror, wojnę i masowe zbrodnie, których ofiarą padały miliony ludzi”³¹ D. Gruszecka, w: Kodeks karny część szczegółowa. Komentarz, pod red. J.W. Gieźka, LEX 2014 podkreśla, iż w literaturze przedmiotu od lat trwają spory, czy ustrój faszystowski miał charakter totalitarny (we Włoszech Mussoliniego stworzono pojęcie *lo stato totale*), czy też autorytarny. Zwolenniczką drugiego poglądu była Hannah Arendt, twierdząca, iż w Europie powstały tylko dwie autentyczne formy totalitarnego panowania - nazistowskie Niemcy i ZSRR, tymczasem we Włoszech terror polityczny nie przybrał nigdy tak masowego charakteru jak w hitlerowskich Niemczech.³² Badacze prowadzą również dyskusje, czy nazizm był wariantem ustroju faszystowskiego, czy też zjawiskiem jakościowo od niego odmiennym. Za podstawowe wyróżniki ustroju faszystowskiego należy uznać: odrzucenie demokracji, kult i ubóstwienie państwa w myśl wyrażonej przez Mussoliniego zasady: wszystko w państwie, nic poza

²⁸ <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/komunizm;3924721.html>

²⁹ Popularny słownik języka polskiego – redakcja naukowa prof. Bogusław Dunaj, Wyd. WILGA, 2003 r., s.136

³⁰ <http://sjp.pwn.pl/szukaj/faszyzm.html>

³¹ <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/faszyzm;3900060.html>

³² [zob. H. Arendt, Korzenie totalitaryzmu, t. 2, Warszawa 2008, s. 174-175].

państwem, nic przeciw państwu, zasadę wodzostwa, nacjonalizm i imperializm, wyrażające się w hasła odbudowania imperium rzymskiego oraz integrację aktywności gospodarczej poprzez system korporacjonistyczny.

„Nazizm” określany jest jako:

- „zbrodnicza, ludobójcza doktryna i nacjonalistyczny ruch polityczny, rozwijający się po I wojnie światowej, zakładający ekspansję terytorialną oraz dominację Niemiec w Europie i świecie; twórcą nazizmu był Hitler, a jego organizacją polityczną – NSDAP”³³

- „radykalny odłam faszyzmu lub jedna z odmian ustroju totalitarnego, ukształtowany w III Rzeczy. Głosił skrajny antyindywidualizm, dążąc do zawładnięcia „całym człowiekiem”, a także skrajny nacjonalizm uważając naród za zdeterminowaną biologicznie i rasowo wspólnotę krwi. (...) Wyrazem nacjonalizmu były teorie *krwi i ziemi*, braku *przestrzeni życiowej* i pochwała wojny”³⁴ W wyróżnionych przez D. Gruszecką różnicach pomiędzy nazizmem a faszyzmem znajdują się między innymi m.in. brak apoteozy państwa w nazizmie, lecz tworzenie narodu przez najlepszych przedstawicieli rasy germańskiej, podczas gdy w faszyzmie nie akcentowano ideologii rasistowskiej ani antysemityzmu. Ponadto w przeciwieństwie do nazizmu, nie próbowano się też odwoływać do mistycyzmu i neopogaństwa.³⁵

Czynności sprawcze występku z art. 256 § 2 k.k.:

Produkowanie oznaczające czynności opierające się na działaniach technicznych i organizacyjnych, które są niezbędne do wytworzenia materiału, jakim jest powstanie przedmiotu zawierającego treść wskazaną w dyspozycji art. 256 § 1 k.k.³⁶ **Utrwalanie**

wymienionych treści jest to zapisywanie czy powielanie w dowolnej formie.

Sprowadzenie jest to wprowadzanie takich przedmiotów na terytorium Polski z zagranicy.

Nabycie rozumiane jest jako uzyskanie od innej osoby przedmiotów wskazanych w art. 256 § 2 k.k. pod dowolnym tytułem prawnym (sprzedaż, darowizna, zamiana). **Przechowywanie** oznacza przetrzymywanie przedmiotów

³³ Popularny słownik języka polskiego – redakcja naukowa prof. Bogusław Dunaj, Wyd. WILGA, 2003 r., s.354

³⁴ <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/nazizm;3946339.html>

³⁵ [por. R. Tokarczyk, Współczesne doktryny polityczne, Kraków 1998; D. Winiarska-Tworóg, Faszyzm (w:) Encyklopedia politologii, t. 4, Myśl społeczna i ruchy polityczne współczesnego świata, red. M. Marczevska-Rytko, E. Olszewski, Kraków 2000, s. 116-117].

³⁶ <http://gazeta.policja.pl/997/inne/prawo/91228.Przestępstwa-z-nienawisci-Nr-102-092013.html>

w jakimś używanym za bezpieczne miejscu.³⁷ **Posiadanie** jest to faktycznie władztwo nad rzeczą (zarówno samoistne, jak i zależne). **Prezentowanie** oznacza okazywanie przedmiotów zawierających zakazane treści w taki sposób, że mogą się z nim zapoznać inne osoby. **Przewożenie** będące przemieszczaniem przedmiotów z jednego miejsca na drugie przy użyciu środków transportu lądowego, wodnego lub powietrznego. **Przesyłanie** jest to przemieszczanie tychże przedmiotów np. za pomocą środków łączności na odległość³⁸

Nie można mieć żadnych wątpliwości, iż przedstawiona przez internautę grafika bramy obozu koncentracyjnego odnosi się bezpośrednio do systemu totalitarnego, jakim jest nazizm. Konzentrationslager Auschwitz, który to tworzył zespół niemieckich nazistowskich obozów koncentracyjnych, w tym obozu zagłady na terenie Oświęcimia i pobliskich miejscowości, istniejący w latach 1940-1945 stanowi symbol okrucieństwa wobec ludzi w XX wieku. *Badania historyczne wykazały, że w obozie tym systematycznie głodzono, torturowano i wymordowano 1, 5 miliona ludzi, w przeważającej części Żydów.*³⁹ Sam napis na bramie w Auschwitz brzmiący *Arbeit macht frei* (niem. *praca czyni wolnym*) stał się po II wojnie światowej jednym z najważniejszych symboli systemu niemieckich obozów koncentracyjnych, także całej Zagłady. Zastosowane przez internautę działania polegające na zamianie wyżej wspomnianego napisu na *Refugees Welcome* (ang. Uchodźcy witajcie) w sposób oczywisty nawiązuje do niemieckich obozów zagłady i rzezi, jaka się tam dokonywała na milionach ludzi.

Niepodważalnym faktem jest, iż w omawianym przypadku użytkownik strony www.sadistic.pl o przewrotnej nazwie *loveandpeace* (ang. miłość i pokój) publikując grafikę zawierające treści wskazane w dyspozycji art. 256 § 1 k.k. prezentuje treść nawołującą do nienawiści na tle różnic rasowych. W pełni świadomy sposób propaguje on ustrój totalitarny, jednocześnie pochwalając metody działania nazistów. Grafikę tę uzupełnia dodatkowy komentarz, który nie tylko jednoznacznie aprobuje mord, który został dokonany na milionach, lecz także nawołuje do jego powtórzenia. Sugeruje on, iż

³⁷ A. Michalska – Warias, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, 2013, s. 333

³⁸ [por. E. Pływaczewski, A. Sakowicz (w:) Kodeks karny..., red. A. Wąsek, R. Zawłocki, t. 2, s. 490; A. Herzog (w:) Kodeks karny..., red. R.A. Stefański, Legalis/el. 2012, komentarz do art. 256].

³⁹ <http://www.unesco.pl/kultura/dziedzictwo-kulturowe/swiatowe-dziedzictwo/polskie-objekty>

jest to najlepsze wyjście z tzw. „kryzysu uchodźczego”. Tym samym podkreślić należy, iż internauta w sposób bestialski odnosi się do uchodźców. Tekst, jaki zamieścił na bramie Auschwitz w sposób jasny i nie budzący żadnych wskazuje, iż według niego uchodźcy powinni trafić do obozów koncentracyjnych i tam też powinni zostać zgładzeni. Użytkownik ten równocześnie nakłania do przyjęcia praktyk nazistowskich, które doprowadziły do katastrofalnych skutków, w wyniku których zgładzone zostały miliony istnień ludzkich, jak i dehumanizuje uchodźców. Doprowadza to do kategoryzowania ludzi ze względu na kolor skóry, wyznania, czy różnice narodowościowe. Tym samym w sposób rażąco dyskryminuje określoną grupę narodową i pozbawia ją godności, która jest nieodłącznym elementem każdego człowieka. Działania takie są wyraźnie zabronione zarówno przez prawo krajowe, jak i rozmaite akty prawa międzynarodowego, które to wyraźnie wskazują na niezbywalną godność każdej istoty ludzkiej, jako jedną z najwyższych wartości, bezwzględnie zasługującą na ochronę.

Co więcej należy zaznaczyć, iż szczególnie niebezpieczne są tego typu działania w czasie postępującej eskalacji tzw. „kryzysu uchodźczego” i problemów związanych z traktowaniem wyznawców Islamu. Rozpowszechnianie poglądów tożsamyh z ideologią totalitarną, głoszącą, iż eliminacja określonej grupy narodowej, bądź też etnicznej czy religijnej, stanowi wyjście z jakiegokolwiek sytuacji kryzysowej, zasługuje na szczególną dezaprobatę i wyraźną reakcję ze strony organów państwa. Poszerzanie przekonania, iż powinno się mordować określoną grupę ludzi, prowadzić może do tragicznych skutków, z którymi świat zmierzył się w XX wieku. Zjawisko takie wystąpiło bowiem nie tylko podczas II wojny światowej, lecz także w Rwandzie, czy też w Kenii. Rzezie, jakie zostały dokonane w tych państwach ze względu na pochodzenie etniczne określonej grupy społecznej wskazują na ogromną rolę mediów i wszelkiego rodzaju środków masowego przekazu w eskalowaniu nienawiści skierowanej w konkretną grupę. Akceptacja mowy nienawiści, opartej na uprzedzeniach i podszytej lękiem, niejednokrotnie prowadziła do przechodzenia ze sfery werbalnej w pozawerbalną, dlatego też chcąc chronić zarówno porządek publiczny, jak i życie każdego człowieka, nie można pozostawać obojętnym wobec tego typu zachowań. Wszelkie bagatelizowanie tego typu wypowiedzi, tak silnie nacechowanych nienawiścią do danej grupy społecznej i mocno oddziaływującej na pozostałą, bliżej nieokreśloną część społeczeństwa, może okazać się niezwykle tragiczne w skutkach. Tym samym

prowadzić może do powtórzenia katastrofalnych wydarzeń, które miały miejsce w uprzednich wiekach.

B. Przedmiot czynności sprawczej

W czynności sprawczej art. 256 § 1 nie występuje przedmiot czynności sprawczej.⁴⁰ Odmienne zdanie ma natomiast Z. Ćwiąkalski, który nie zgadza się z poglądem, iż do dokonania wyżej wymienionego przestępstwa nie jest konieczne faktyczne wywołanie określonej wcześniej nienawiści.⁴¹

Przedmiotem czynności sprawczej w art. 256 § 2 k.k. są druk, nagranie lub inny przedmiot zawierające zakazane treści. (A. Michalska – Warias, w: M.Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, 2013, s. 339). Zaznaczyć należy, iż wymagane jest, aby przedmiot ten był istniejącym, materialnym obiektem.

Druk należy rozumieć jako odbicie obrazu z formy drukowej na podłoże drukowe. Będzie to zatem każdy przedmiot zawierający drukowany tekst wyrażający treści określone w art. 256 § 1 k.k. Drukiem nie będą np. teksty przepisane ręcznie. Będą one jednak „innymi przedmiotami”

Nagranie to zarejestrowane warstwy dźwiękowe, obraz, sekwencje obrazów ruchomych, przy użyciu jakiejkolwiek techniki i niezależnie od rodzaju użytego nośnika np. płyty kompaktowe, kasyety video, kasyety magnetofonowe, płyty DVD itp.

Inny przedmiot oznacza rzeczy materialne postrzegane zmysłami jako odrębny element rzeczywistości, zawierające zakazane treści np. dysk twardy komputera.

C. Okoliczności czynności sprawczej

Ustawodawca określa, iż warunkiem bezprawności i karalności zachowań określonych w art. 256 k.k. jest ich publiczne dopuszczenie się przez sprawcę.

⁴⁰ (A. Michalska – Warias, w: M.Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, 2013, s. 339).

⁴¹ Z. Ćwiąkalski, w: A.Zoll (red.), Kodeks karny, Część szczególna, t. II, 2008, s. 1178

Propagowanie faszyzmu lub innego ustroju totalitarnego w zamkniętym gronie rodzinnym lub towarzyskim pozostaje poza zakresem omawianego przepisu.⁴²

Bezspornym faktem jest także to, iż poprzez publikację grafiki przedstawiającej symbol Holocaustu – jednego z najtragiczniejszych wydarzeń w historii XX wieku – na stronie internetowej, trafia ona do nieograniczonej liczby osób. Wspomnieć bowiem należy, iż aby zapoznać się z treścią strony nie jest wymagane posiadanie na niej konta internetowego. Z tego też względu każdy użytkownik Internetu, bez względu na wiek, może się z nią zapoznać. Co więcej w Polsce stałe łącze posiada 9,5 mln osób.⁴³ Każda z nich ma potencjalną możliwość obejrzenia przedstawionej przez użytkownika loveandpeace grafiki wraz z komentarzem. Nie można zaprzeczyć, iż grono odbiorców jest spektakularne. Ponadto strona www.sadistic.pl nie jest portalem podrzędnym, którego oglądalność jest znikoma. Wręcz przeciwnie – strona ta liczy 284 tys. kliknięć „lubię to”, co oznacza, iż wszelkie treści, które są na niej publikowane niemalże natychmiast trafiają bezpośrednio do każdego z tych „lubiących to” użytkowników na jego konto na portalu www.facebook.pl.

Ponadto zaprezentowana przez internautę grafika poprzez upublicznienie „w sieci” zaczyna żyć własnym życiem. Ze strony na którą została dodana przez tego użytkownika, następnie trafia do niezliczonej ilości przeglądarek, stron, folderów innych osób, które w dowolnej ilości mogą dalej rozpowszechniać ten obraz, chociażby poprzez zwykłe kliknięcie ikony „lubię to”. Powoduje to tym samym, iż treści propagujące dyskryminację rasową, nawołujące do nienawiści, odwołujące się do zbrodniczych systemów totalitarnych, dostępne są publicznie dla nieograniczonego kręgu osób. Ponadto szybkość rozpowszechniania tego typu wiadomości jest niewiarygodna. Tym samym w świadomości setek tysięcy, o ile nie milionów, osób może pojawiać się myśl, iż rozwiązania przyjęte przez nazistów są tymi najlepszymi. Pociągać to może za sobą kolejne skutki, a mianowicie przyjęcie mordowania wyznawców Islamu za jedyne słuszne rozwiązanie i wprowadzenie niniejszego przekonania do świata rzeczywistego.

D. Skutek

W przypadku czynności sprawczej stypizowanej w art. 256 k.k. zarówno w § 1 jak i § 2 k.k. ma ona charakter formalny. Oznacza to tym samym, iż nie jest konieczne, aby

⁴² E. Pływaczewski, A. Sakowicz (w:) Kodeks karny..., red. A. Wąsek, R. Zawłocki, t. 2, s. 492

⁴³ <http://www.spidersweb.pl/2015/05/dostep-do-internetu-w-polsce.html>

ktokolwiek został przekonany do wskazanych w § 1 ustrojów, ani też wywołanie nienawiści na tle określonych różnic.

E. Tryb ścigania

Występki stypizowane w art. 256 k.k. ścigane są z oskarżenia publicznego z urzędu.

2.4. Strona podmiotowa czynu zabronionego

A. Treść znamion strony podmiotowej

Oba występki stypizowane w art. 256 k.k. mogą być popełnione wyłącznie umyślnie z zamiarem bezpośrednim.⁴⁴ Ponadto § 2 wyżej wspomnianego artykułu musi przybrać postać zamiaru zabarwionego celem działania (*dolus directus coloratus*).

Czynność sprawcza dotycząca propagowania lub nawoływania do nienawiści objęta ma być nie tylko świadomością, ale także wolą sprawcy, który chce propagować ustrój totalitarny, bądź też wzbudzić w innych osobach nienawiść na tle różnic wskazanych w art. 256 § 1. Nawiązując do publicznego charakteru zachowania sprawcy wystarczającym jest, iż sprawca owy charakter przewidywał i się na to godził.

W przypadku występkę stypizowanego w art. 256 § 2 k.k. sprawca musi dopuszczać się czynu z zamiarem zabarwionym celem działania. Tym samym wszystkie wymienione w powyższym przepisie czynności sprawca podejmuje „w celu rozpowszechniania”, co znaczy umożliwienie jak największej liczbie osób zapoznanie się z zabronionymi treściami. Uznaje się, iż karalność czynności przygotowawczych powinna zostać ograniczona do zachowań podejmowanych w celu publicznego rozpowszechniania.⁴⁵

Odmienne stanowisko zawarte zostało w: Kodeks karny część szczegółowa. Komentarz, pod red. J.W. Giezka, LEX 2014 stanowiąc, iż *należy uznać, że do wypełnienia znamion podmiotowych zarówno czynów zabronionych z § 1, jak i § 2 konieczna jest umyślność w postaci zamiaru bezpośredniego o szczególnym intencjonalnym zabarwieniu. Ustawodawca wprost wskazał na tę postać zamiaru (dolus directus coloratus), posługując się sformułowaniami*

⁴⁴ E. W. Pływaczewski, A. Sakowicz, w: A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny, s. 491

⁴⁵ A. Michalska – Warias, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczegółowa, t. II, 2013, s. 335

nacechowanymi ekspresywnie: "propaguje", "nawołuje do nienawiści" oraz wskazując na działanie "w celu rozpowszechniania".

3. Konkluzje

Analizując, czy publikowanie grafiki przedstawiającej bramę obozu koncentracyjnego Auschwitz z napisem *Refuges Welcome* wraz z komentarzem „Tak to powinni rozwiązać” spełnia wyżej wymienione znamienia przestępstwa z art. 256 k.k. należy mieć na względzie wszelkie zobowiązania Polski wynikające z umów międzynarodowych oraz ustawodawstwa europejskiego. Podkreślić należy także ogromną wagę rozstrzyganego zagadnienia poprzez przypomnienie wytycznych Prokuratora Generalnego w zakresie prowadzenia postępowań o przestępstwa z nienawiści z dnia 26 lutego 2014 r.⁴⁶ W wytycznych tych każde postępowanie przygotowawcze o przestępstwo z nienawiści uznano za sprawę dużej wagi w rozumieniu §81 regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Mając na względzie powyżej przeprowadzoną analizę należy jednoznacznie stwierdzić, iż bezsprzecznie doszło do realizacji znamion przestępstwa stypizowanego w art. 256 k.k. Równocześnie podkreślić należy, iż niezbędne jest podjęcie odpowiednich kroków w celu zwalczania zachowań, które stwarzają zagrożenie dla porządku prawnego oraz dla życia milionów osób. Wszelkie zachowania polegające na bagatelizowaniu wyżej omawianego problemu stanowią aprobatę dla rozpowszechniania ideologii totalitarnej oraz nienawiści do określonych grup społecznych. Tym samym stanowi to narażenie nie tylko wyznawców Islamu na utratę życia i całkowitej dehumanizacji, ale i zagrożenie dla polskich obywateli ze względu na eskalację rasowej segregacji, bądź też masowych eksterminacji. Bogatsi o doświadczenia XX wieku bez wątpienia powinniśmy przeciwdziałać przestępstwom opartym na nienawiści i uprzedzeniach, dlatego też konieczne jest podjęcie przez Prokuraturę zdecydowanych działań.

Ekspertyzę prawną sporządziła Dominika Błaszak

05.04.2015

⁴⁶

<http://lex.amu.edu.pl.lexwintranecie.bu-169.bu.amu.edu.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false#content.rpc?nro=286510759&wersja=0&>

