

adw. dr Anna Demenko

Wydział Prawa i Administracji UAM

Katedra Prawa Karnego

OPINIA PRAWNA

w przedmiocie prawnokarnej kwalifikacji zachowania kibiców piłkarskich polegającego na umieszczeniu na trybunach stadionu podczas meczu transparentu z hasłem „A na drzewach zamiast liści będą wisieć komuniści”.

I. Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest analiza zachowania kibiców Lechii Gdańsk, którzy w dniu 31 lipca 2015 r. podczas meczu piłkarskiego między Lechią Gdańsk a Pogonią Szczecin na trybunach stadionu umieścili transparent z hasłem „A na drzewach zamiast liści będą wisieć komuniści”, pod kątem wypełnienia przez to zachowanie znamion czynu zabronionego w kodeksie karnym i ewentualnego popełnienia przez nich przestępstwa.

Opinię oparto na informacjach umieszczonych w zgłoszeniu na stronie internetowej Stowarzyszenia „Otwarta Rzeczpospolita”, w Bazie Incydentów, jako incydent nr 724 pod adresem <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/724>.

II. Stan faktyczny

31 lipca 2015 r. na stadionie Lechii Gdańsk (Pokoleń Lechii Gdańsk 1, 80-560 Gdańsk) podczas meczu między Lechią Gdańsk a Pogonią Szczecin kibice Lechii Gdańsk wywiesili transparent z hasłem „A na drzewach zamiast liści będą wisieć komuniści”.

Postanowieniem z dnia 10 września 2015 r. Prokuratura Rejonowa Gdańsk Śródmieście (sygn.akt 3 Ds. 156/15) odmówiła wszczęcia śledztwa w sprawie podejrzenia popełnienia przestępstwa z art. 126 a kk tj., przestępstwa publicznego nawoływania do popełnienia czynów

zabronionych w art. 118 kk, 118a kk, 119 § 1 kk i art. 120-125 kk, wobec stwierdzenia, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego, w szczególności, że przedmiotowy transparent nie stanowił nawoływania do popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 119 § 1 kk. W uzasadnieniu do postanowienia wskazano ponadto, że art. 126 a kk stanowi *lex specialis* do art. 255 kk, zaś art. 256 kk nie znajduje zastosowania albowiem nie występuje w nim znamię „na tle różnic politycznych”.

Hasło „*A na drzewach zamiast liści będą wisieć komuniści*” było hasłem wykorzystywanym przede wszystkim w latach 80- tych przez strajkującą opozycję, wymierzonym w komunistyczne wówczas władze państwowe.

III. Podstawa prawna

- ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks karny (Dz.U z 1997, nr 88, poz. 553), dalej jako: kk

IV Stan prawny

Zgodnie z art. 119 § 1 kk karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 podlega ten, kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości. W literaturze wskazuje się, że jest to przestępstwo powszechne, które ma charakter formalny, tj. aby można było mówić o jego popełnieniu nie jest konieczne spowodowanie jakichkolwiek negatywnych dla zdrowia pokrzywdzonego skutków użycia wobec niego przemocy, jak również nie jest konieczne, by stosowana groźba wywołała obawę spełnienia.¹ Może być ono popełnione tylko w zamiarze bezpośrednim, (sprawca chce popełnienia tego czynu), który musi charakteryzować się szczególną motywacją, związaną z przynależnością narodową, etniczną, rasową, polityczną, wyznaniową lub z bezwyznaniowością atakowanych osób.² Penalizowana czynność sprawcza polega na stosowaniu przemocy lub groźby bezprawnej. Zgodnie z art. 115 § 12 kk groźbą bezprawną jest zarówno groźba spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej jak i groźba karalna z art. 190 § 1 kk. Za groźbę karalną zgodnie z art. 190 § 1 kk opowiada ten, kto grozi innej osobie popełnieniem przestępstwa na jego szkodę lub szkodę osoby najbliższej, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona.

¹ J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 33- 34. Por. też np. A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, Warszawa 2013, s. 51.

² J. Giezek (red.), *Kodeks karny...* op. cit., s. 34. Por. też np. T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 337.

W art. 126 a kk penalizowane jest publiczne nawoływanie do popełnienia czynu określonego m.in. w art. 119 § 1 kk lub publiczne pochwalanie popełnienia takiego czynu. Przyjmuje się przy tym że „nawoływanie to wzywanie, namawianie innych osób do pewnego zachowania. W przeciwieństwie do podżegania, które skierowane musi być do konkretnego adresata, nawoływanie odnosi się do niezindywidualizowanych odbiorców, w nieokreślonej liczbie, także nieznanymi sprawcy - wszystkich potencjalnych słuchaczy jego wypowiedzi”³. Jest to „namawianie, zachęcanie, skłanianie, podburzanie, podżeganie, bez względu na to, czy odniosło jakikolwiek skutek”⁴. Pochwalanie natomiast to „wszelkie zachowania, zarówno werbalne, jak i pozawerbalne wyrażające aprobatę dla przestępstw już popełnionych lub dopiero planowanych”. Jest to wyrażanie dodatniej oceny czynu, jego akceptacji, wzbudzenie wrażenia, że popełnienie przestępstwa jest słuszne i zasługuje na aprobatę.⁵ Przestępstwo z art. 126 a kk jest także przestępstwem powszechnym, formalnym, które może być popełnione tylko w zamiarze bezpośrednim.

Art. 255 penalizuje publiczne nawoływanie do popełnienia występku lub przestępstwa skarbowego (§ 1), publiczne nawoływanie do popełnienia zbrodni (§ 2) oraz publiczne pochwalanie popełnienia przestępstwa (§ 3). Podobnie jak wyżej opisane, jest to przestępstwo powszechne, formalne, które może być popełnione tylko w zamiarze bezpośrednim.⁶ Czynność sprawcza polega przy tym na pochwalaniu lub nawoływaniu w powyżej przedstawionym znaczeniu.

Zgodnie z art. 256 § 1 kk karze podlega ten, 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. Według art. 256 § 2 i 3 kk tej samej karze podlega ten, 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, chyba że czynu dopuścił się w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej. Art. 257 kk sankcjonuje publiczne znieważenie grupy ludności albo poszczególnych osób z powodu ich przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby. Art. 256 i 257 kk, penalizują określone

³ J. Giezek (red.), *Kodeks karny...* op. cit., s. 61.

⁴ M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 688.

⁵ J. Giezek (red.), *Kodeks karny...* op. cit., s. 905. Por. też np.: T. Bojarski (red.), *Kodeks karny ...* op. cit., s. 757; A. Zoll (red.), *Kodeks karny ...* op. cit., s. 80.

⁶ Por. np. T. Bojarski (red.), *Kodeks karny ...* op. cit. s. 757- 758

formy zachowań ze względu na ich odniesienie do różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych oraz w przekonaniach w sferze religijnej.

IV. Analiza prawna

Przedstawione powyżej regulacje prawne są tymi, których zastosowanie należałoby rozważyć przy karnoprawnej kwalifikacji opisanego w pkt II zachowania. W postanowieniu o odmowie wszczęcia śledztwa z dnia 10 września 2015 r. w dość zwięzły sposób odwołano się jednak jedynie do możliwości popełnienia przez sprawców czynów z art. 126 a kk oraz 256 kk. Nie rozważono przy tym owych unormowań w sposób wyczerpujący ani też nie zweryfikowano możliwości przypisania sprawcom innych czynów zabronionych przez obowiązujące przepisy kodeksu karnego, pomimo iż charakter ich zachowania dawał do takiej analizy podstawy.

1. Realizacja znamion art. 256 kk oraz 257 kk

Art. 256 kk i 257 kk penalizują określonego rodzaju zachowania wymierzone w enumeratywnie w tych przepisach wskazane grupy społeczne, a mianowicie grupy wyróżniające się określoną narodowością, grupy etniczne, rasowe lub charakteryzujące się pewnym stosunkiem do religii. Ponieważ opisana w pkt. II wypowiedź odnosiła się do „komunistów” a więc osób, których wyróżnia nie narodowe, etniczne czy też rasowe pochodzenie, lecz określone poglądy polityczno - społeczne lub też określona przeszłość polityczna i zaangażowanie w struktury państwowe PRL, nie jest ona objęta zakresem zastosowania tych unormowań. Słusznie więc w decyzji o odmowie wszczęcia śledztwa wskazano, że regulacja art. 256 kk nie znajduje zastosowania. Pociągnięcie sprawców do odpowiedzialności na tej podstawie nie byłoby uzasadnione i to niezależnie od tego, czy wywieszenie plakatu może być traktowane jako czynność propagowania lub nawoływania w rozumieniu art. 256 § 1 kk, czy też posiadania przedmiotu zawierającego treść nawołującą do nienawiści w rozumieniu art. 256 § 2 kk. Zastosowania nie znajduje także art. 257 kk (i to niezależnie od tego czy sformułowanie „będą wisieć” można w ogóle traktować jako znieważenie) dlatego, że wśród znamion tej regulacji nie występuje znamię „przynależności politycznej”.

2. Realizacja znamion art. 255 kk

Prokuratura Rejonowa Gdańsk - Śródmieście nie rozważała przedmiotowego zachowania pod kątem wypełnienia znamion art. 255 kk. Zauważyła tylko, że art. 126 a kk stanowi *lex specialis* do art. 255 kk. Ewentualne stwierdzenie, że sprawcy swoim zachowaniem nie nawoływali do popełnienia enumeratywnie w art. 126 a kk wskazanych czynów zabronionych ani też tych czynów nie pochwalali nie wyklucza ustalenia, że nawoływali oni do popełnienia

innych czynów zabronionych lub też takie inne czyny pochwalali. Charakter zachowania kibiców - treść wywieszonego przez nich banneru - uzasadnia zweryfikowanie podejrzenia, czy nie doszło do popełnienia przez nich przestępstwa z art. 255 kk, poprzez nawoływanie do lub pochwalanie przestępstwa zabójstwa.

Jak wspomiano powyżej realizacja znamion przedmiotowych przestępstwa z art. 255 kk, polega na publicznym nawoływaniu bądź pochwalaniu popełnienia przestępstwa. Sformułowanie „*będą wisieć komuniści*”, może być traktowane jako nawoływanie bądź pochwalanie popełnienia zbrodni zabójstwa. W nauce prawa karnego przyjmuje się, że nawoływanie to zachowanie, które może wzbudzić u odbiorców określone uczucia, jest to kierowane *ad incertas personas* namawianie, zachęcanie, skłanianie. Ujęcie to odpowiada jednej z definicji słownikowych „nawoływania” - zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego „nawoływać” oznacza „wzywać do czegoś, zachęcać, nakłaniać”.⁷ Z perspektywy znamion czynów zabronionych opisanych w kodeksie karnym nawoływanie należy przy tym odróżnić od innego rodzaju penalizowanych wypowiedzi, polegających m.in. na propagowaniu, pochwalaniu, czy też grożeniu. Nawoływanie to wypowiedź, która przez członków danej społeczności, tj. społeczności osób, do których jest skierowana, postrzegana jest jako taka która ma zachęcać do pewnego rodzaju działań. Może ona co do zasady przyjąć każdą formę, w tym, w przypadku wypowiedzi słownych – każdą formę gramatyczną, przy czym z reguły na nawoływanie wskazywać będzie posłużenie się trybem rozkazującym. Nie jest to jednak w każdym przypadku konieczne. Treść oraz charakter danej wypowiedzi interpretować należy bowiem nie tylko na podstawie jej warstwy leksykalno-gramatycznej lecz przede wszystkim z uwzględnieniem szerszego kontekstu, w którym została ona rozpowszechniona. Mając na uwadze ów kontekst nie można wykluczyć, że nawoływanie przyjmie formę stwierdzenia czy też pytania – o jego charakterze decydować będzie sposób, w jaki będzie ono rozpoznawane przez społeczność adresatów nadanego komunikatu. Omawiana w niniejszej sprawie wypowiedź ma charakter zdania twierdzącego „(...) *będą wisieć komuniści* (...)”. Sposób oraz czas jej prezentacji nie pozwalają jednak w tym przypadku traktować jej, jako zachęty, nakłaniania czy też namawiania kogokolwiek (w szczególności obecnych na trybunach innych kibiców) do podjęcia określonych działań polegających na wieszaniu, lub też w inny sposób uśmiercaniu komunistów. Inaczej sytuacja wyglądałaby gdyby przykładowo była ona prezentowana podczas bezpośrednich starć z owymi „komunistami” i mogłaby być odebrana jako rodzaj „zagrzewania do boju”.

⁷ E. Sobol (red.), *Nowy Słownik Języka Polskiego*, Warszawa 2002.

Prezentowanie omawianego banneru nie stanowi także czynności „pochwalania”, tj. jak się przyjmuje w literaturze, czynności polegającej na wyrażeniu aprobaty. Wyrażenie aprobaty może przyjąć każdą formę, w szczególności wypowiedzi werbalnej w formie zdania twierdzącego („będą wisieć”). Podobnie jak w przypadku nakłaniania należy ją jednak odróżnić od innego rodzaju wypowiedzi penalizowanych w kodeksie karnym. Każda z tych wypowiedzi także wyraża aprobatę sprawcy wobec określonego stanu rzeczy czy też zachowania. Przykładowo, groźba popełnienia wobec określonej osoby czynu zabronionego także stanowi aprobatę takiego czynu, inaczej nie zostałaby wypowiedziana. Zniesławienie - stanowi jednocześnie aprobatę dla rozpowszechnienia o danej osobie pewnego rodzaju informacji. Każda wypowiedź jest w sposób mniej lub bardziej bezpośredni aprobatą „czegoś”. Pochwalanie jest więc nie tyle wypowiedzią, z której można wyczytać aprobatę, lecz taką w której owa aprobata jest istotą treści i głównym przekazem. Ową treść i przekaz ustalać należy przy tym nie tylko na podstawie literalnego brzmienia wypowiedzi werbalnych lecz także z uwzględnieniem szerszego ich kontekstu (czasu, miejsca, nadawcy, adresata). W omawianej sprawie istotą stwierdzenia, że „będą wisieć komuniści” nie jest wyrażenie oceny takiego stanu rzeczy. Dlatego też nie można uznać aby banner miał charakter pochwalający w rozumieniu art. 255 kk. Tym samym, nie można uznać aby zachowanie kibiców wypełniało znamiona przedmiotowe z art. 255 kk.

3. Realizacja znamion art. 126 a kk

Z podobnych przyczyn sprawcy nie dopuścili się popełnienia przestępstwa z art. 126 a kk, penalizującego także czynności sprawcze polegające na nawoływaniu lub pochwalaniu. W tym zakresie za w pełni słuszne uznać należy postanowienie prokuratury o odmowie wszczęcia śledztwa – choć przedstawione uzasadnienie postanowienia jest dość lakoniczne.

4. Realizacja znamion art. 119 § 1 kk

Stwierdzenie, że sprawcy nie dopuścili się czynu z art. 126 a kk, tj. jest czynu nawoływania do popełnienia przestępstwa z art. 119 § 1 kk oczywiście nie wyklucza przyjęcia, że ich zachowanie „bezpośrednio” wypełniło znamiona czynu z 119 § 1 kk to jest stanowiło groźbę popełnienia przestępstwa skierowaną wobec określonej grupy osób z powodu jej przynależności politycznej. Wypowiedź twierdząca, zgodnie z którą ktoś „będzie wisieć” może być interpretowana nie tylko jako stwierdzenie pewnego stanu rzeczy, którego należy się spodziewać w przyszłości lecz przede wszystkim jako zapowiedź planowanych działań – zmierzających od pozbawienia życia określonej osoby lub osób. W przeciwieństwie do art. 190 § 1 kk penalizującego groźby kierowane wobec konkretnej osoby, dla ustalenia odpowiedzialności sprawcy z art. 119 § 1 kk nie jest przy tym konieczne aby wywołały one u ich adresatów

jakąkolwiek obawę, że będą spełnione.⁸ Niezbędne jest natomiast aby dana wypowiedź została przez członków danego społeczeństwa rozpoznana jako groźba,⁹ tj. jako zapowiedź negatywnych konsekwencji, jakie mogą spotkać osoby zagrożone. Właściwą grupą społeczną, według której ocen dokonywać należy stosownej kwalifikacji, jest społeczność, do której należy zaadresowana wypowiedzią grupa osób. W omawianej sprawie ustalenie takie jest problematyczne o tyle, o ile nie wiadomo dokładnie kim są owi zaadresowani komuniści - czy osoby faktycznie reprezentujące poglądy komunistyczne, czy też przede wszystkim osoby związane z PRL-owskim aparatem władzy, niezależnie od przyjmowanych przez nie poglądów czy też wreszcie szersze grono wszystkich osób reprezentujących przekonania lewicowe. Przedmiotowe hasło jest hasłem historycznym, było już wielokrotnie wykorzystywane, nie tyle w celu zakomunikowania faktycznego zamiaru zbijania komunistów, lecz przede wszystkim sprzeciwu wobec ich działań oraz zapowiedzi pociągnięcia ich za te działania do odpowiedzialności. Zapowiedź w nim zawarta nigdy, w bardziej przecież napiętych politycznie i społecznie czasach, nie została zrealizowana. Jako pewnego rodzaju hiperbola hasło to, co do zasady, nie powinno być więc traktowane w żadnej z ww. grup jako zapowiedź konsekwencji, które mogą spotkać określone osoby - aczkolwiek w ewentualnym postępowaniu karnym przeprowadzenie, m.in. za pomocą zeznań świadków, dowodu przeciwnego nie może być wykluczone.

Dalszym problemem, jaki pojawia się przy kwalifikacji omawianego czynu, jako przestępstwa z art. 119 § 1 kk, jest ustalenie czy prezentowana wypowiedź była skierowana do rzeczywistej, skonkretyzowanej grupy osób. Jak słusznie stwierdził Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 27 listopada 2003 r.¹⁰ nie stanowi przestępstwa z art. 119 § 1 k.k., groźba wyrażona wobec osoby trzeciej, ale skierowana przeciw osobom lub osobie niezindywidualizowanej. Sąd Apelacyjny zauważył m.in, iż z ustawowej definicji groźby bezprawnej, jak i groźby karalnej sformułowanej w art. 190 § 1 k.k., wynika ponad wszelką wątpliwość, że każdy rodzaj groźby musi być skierowany wprost do konkretnej, zindywidualizowanej osoby, przy czym >>nie inaczej kwestię stosowania groźby wobec pokrzywdzonych traktuje art. 119 § 1 k.k., co przede wszystkim wynika z użytego w tym przepisie zwrotu: "wobec grupy osób lub poszczególnej osoby"<<. W omawianym stanie faktycznym brak wystarczających informacji co do tego, czy przedmiotowa wypowiedź była

⁸ J. Giezek (red.), *Kodeks karny...* op. cit., s. 34.

⁹ Por. R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym*, Zeszyty Naukowe UJ – Prace z nauk politycznych, z. 37, Kraków 1989, s. 115.

¹⁰ Wyrok Sądu apelacyjnego w Lublinie z dnia 27 listopada 2003 r., sygn. akt II AKa 33338/03, System Informacji Prawnej Lex nr 151387.

skierowana do konkretnej grupy osób. Mogło tak być choćby w przypadku ustalenia, że na stadionie obecna była zindywidualizowana grupa osób np. powiązanych z postkomunistyczną nomenklaturą. Z dużym prawdopodobieństwem, można jednak przyjąć, że w sprawie nie wystąpiły żadne okoliczności pozwalające na wyodrębnienie określonej grupy adresatów przedmiotowej wypowiedzi. Przyjmując takie założenie należałoby stwierdzić, że zachowanie sprawców nie wypełniło znamion czynu z art. 119 § 1 kk i to z dwóch przyczyn, po pierwsze z uwagi na fakt, że prezentowanego przez nich tekstu nie można uznać za groźbę w rozumieniu art. 119 § 1 kk, jak i fakt, że wypowiedź nie była skierowana do zindywidualizowanej grupy osób.

V. Wnioski

Podsumowując powyższe, opisane w pkt. II zachowanie sprawców słusznie zostało uznane przez Prokuraturę Rejonową Gdańsk Śródmieście, jako niewypełniające znamion czynu z art. 126 a kk. Nie wypełniło ono także znamion czynu z art. 255 kk oraz z art. 256 i 257 kk. Nie można jednak wykluczyć, że zachowanie sprawców mogło stanowić czyn penalizowany w art. 119 § 1 kk. Do ustalenia takiej odpowiedzialności konieczne byłoby jednak doprecyzowanie stanu faktycznego i ustalenie, czy w tym konkretnym kontekście wywieszone na banerze hasło nie było skierowane do określonej grupy osób i nie było rozpoznawane, jako zapowiedź przyszłych negatywnych konsekwencji, które faktycznie mogą ich spotkać.