

Kraków, dnia 10.04.2016 roku

Opinia dotycząca możliwości kwalifikacji prawnej zdarzenia opisanego na stronie: <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1776> w oparciu o przepis art. 255 § 3 Kodeksu karnego.

Stan prawny na dzień 10.04.2016 roku

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

STAN FAKTYCZNY:

W dniu 11.02.2016 roku na stronie prowadzonej przez Otwartą Rzeczpospolitą Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii pod adresem: <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1776> zostało zarejestrowane zdarzenie polegające na tym, że użytkownik portalu społecznościowego Facebook umieścił na nim wpis o treści: „Nie porównuj singli do LGBT, single to ludzie, pedały to podludzie i ich powinno się zabijać”. W odpowiedzi na zgłoszenie w tym samym dniu Otwarta Rzeczpospolita złożyła zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa, zaś 30.03.2016 roku Komenda Powiatowa Policji zawiadomiła o odmowie wszczęcia dochodzenia wobec stwierdzenia braku znamion czynu zabronionego.

STAN PRAWNY:

Wprowadzenie

Zgodnie z brzemieniem art. 255 § 1 – 3 Kodeksu karnego (Dz.U. 1997, Nr 88, poz. 553 ze zm.): „§ 1. Kto publicznie nawołuje do popełnienia występku lub przestępstwa skarbowego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Kto

publicznie nawołuje do popełnienia zbrodni, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 3. Kto publicznie pochwała popełnienie przestępstwa, podlega grzywnie do 180 stawek dziennych, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.” Tym samym przepis ten reguluje trzy zasadnicze typy przestępstwa. Należą do nich: publiczne nawoływanie do popełnienia występku lub przestępstwa skarbowego, publiczne nawoływanie do popełnienia zbrodni oraz publiczne pochwalanie popełnienia przestępstwa. Typ określony w § 2 przywołanego przepisu nie jest przy tym typem kwalifikowanym, gdyż nie wzbogaca typu określonego w § 1 o dodatkowe znamiona, a jedynie zastępuje je nowym w postaci zbrodni (w miejsce występku lub przestępstwa skarbowego). Każde z przestępstw wymienionych w art. 255 § 1 – 3 k.k. ścigane jest z urzędu.

Przedmiot ochrony

Penalizacja publicznego nawoływania do popełniania przestępstwa nie jest rozstrzygnięciem nowym na gruncie polskiego prawa karnego. Rozwiązania przyjęte w obecnie obowiązującej ustawie zostały poprzedzone przez regulacje zawarte w art. 154 § 1 kodeksu karnego z 1932 roku, jak też art. 280 § 1 i 2 kodeksu z 1969 roku. Ponadto Dekret z dnia 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa w art. 2 określał przestępstwo publicznego nawoływania do określonych zbrodni lub ich pochwalania (R.A. Stefański, *Przestępstwo publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa* (art. 255 k.k.), *Prokuratura i Prawo* 1, 2006, s. 7). W porównaniu do wymienionych regulacji art. 255 § 1 – 3 ustawy z 1997 roku został rozbudowany, zmieniono również zakres sankcji, różnicując je według kryterium stopnia społecznej szkodliwości każdego z typów przestępstwa.

Tradycja związana z karnoprawną reakcją na zachowania polegające na publicznym nawoływaniu do popełniania przestępstwa jest wynikiem uznania porządku publicznego za wartość szczególną, podlegającą ochronie, co znajduje potwierdzenie w systematyce przepisu zamieszczonego w rozdziale XXXII zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”. Jednakże, jak wynika z uzasadnienia projektu rządowego do kodyfikacji karnych: „W rozdziale tym, podobnie jak w kodeksie karnym z 1969 roku, znalazły się przestępstwa, które trudno jest przyporządkować ze względu na przedmiot ochrony do innych rozdziałów. Jest to więc rozdział zawierający „inne przestępstwa”. Najczęściej dzieje się tak dlatego, że przedmiot ochrony nie może być w wypadkach tych typów przestępstw sprecyzowany *in abstracto* lub też chodzi o więcej niż jeden przedmiot ochrony. Dopiero konkretny czyn przestępny pozwala ustalić, jaki był przedmiot zamachu” (Uzasadnienie projektu rządowego (w:) *Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego, Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 1997, s. 202-203).

Według poglądów wyrażanych w doktrynie: „Nawoływanie do popełnienia przestępstwa lub pochwalanie go prowadzi do anarchii życia publicznego, stanowi zagrożenie dla funkcjonowania społeczeństwa, dla podstaw, na których oparte jest państwo prawa.” (Z. Ćwiąkalski w: A. Barczak-Opustil, G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzykiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, t. 2, Kraków 2006, s. 1157). Należy zatem uznać, że

w przypadku art. 255 k.k. przedmiotami ochrony wyrażonymi *in concreto* są bezpieczeństwo publiczne i porządek prawny.

Znamiona strony przedmiotowej

Czynność sprawcza nawoływania

W literaturze przedmiotu utrwalony jest pogląd, wedle którego nawoływanie do popełnienia przestępstwa jest specyficzną formą podżegania, wykraczającą poza zakres art. 18 § 2 k.k. (Z. Ćwiąkański w: A. Barczak-Opustil, G. Bogdan, Z. Ćwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzykiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks Karny..., s. 1156; R.A. Stefański, Przesładowanie..., s. 15-16). Podżeganie do przestępstwa charakteryzuje się tym, że działanie sprawcy zwrócone jest do konkretnej, oznaczonej indywidualnie osoby, podczas gdy nawoływanie do popełnienia przestępstwa nie wymaga skierowania *ad certam personam* (zob. też poniższe uwagi dotyczące znamienia publicznego charakteru zachowania sprawcy).

Nawoływać znaczy: «wzywać do czegoś» (Słownik języka polskiego PWN: <http://sjp.pwn.pl/sjp/;2487788> – dostęp na dzień 10.04.2016). W przypadku komentowanego przepisu, chodzi zatem o takie działanie sprawcy, u którego podstaw leży intencja nakłonienia odbiorców do popełnienia przestępstwa. Wypełnie znamienia nawoływania dokonuje się z chwilą wykonania tej czynności przez sprawcę i jest niezależne od tego, czy osiągnął on swym działaniem zamierzony skutek.

Czynność sprawcza pochwalania

Posługując się wykładnią językową należy uznać, że z pochwalaniem mamy do czynienia wówczas, gdy sprawca wyraża swoją pozytywną ocenę wobec określonych zachowań (w tym wypadku zachowań przestępczych). Słownik języka polskiego PWN definiuje pochwalanie jako uznawanie [czegoś] za słuszne, dobre, właściwe (<http://sjp.pwn.pl/sjp/pochwalac;2501726.html> – dostęp na dzień 10.04.2016). Jak trafnie wskazuje się w doktrynie: „Obojętne jest przy tym, czy przestępstwo zostało lub ma być popełnione przez samego sprawcę czy też przez inną osobę. Forma wyrażania aprobaty jest dowolna, zaś istotne jest jedynie to, by z zachowania sprawcy wynikało, że popełnienie przestępstwa jest słuszne, wskazane, celowe i zasługuje na aprobatę (np. prześladowanie imigrantów lub ludzi odmiennych przekonań politycznych, kulturowych lub religijnych, a także osób o odmiennych orientacjach seksualnych czy obyczajowych).” (Z. Ćwiąkański w: A. Barczak-Opustil, G. Bogdan, Z. Ćwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzykiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks Karny..., s. 1158).

Należy jeszcze raz podkreślić, że przestępstwo określone w art. 255 § 1 – 3 k.k. ma charakter bezskutkowy (jest przestępstwem formalnym z działania), zatem nie jest istotne, czy aktywność sprawcy faktycznie zaowocuje popełnieniem przestępstwa, do którego nawoływał lub które pochwałał.

Publiczny charakter zachowania sprawcy

Oba znamiona czasownikowe, tj. nawoływanie, o którym mowa w § 1 i 2 art. 255 k.k. oraz pochwalanie wymienione w § 3 muszą mieć charakter zachowań publicznych, tzn. skierowanych do bliżej nieokreślonego kręgu osób, które mogą stać się ich odbiorcami (uchwała SN z dnia 20 września 1973 roku, VI KZP 26/73, OSNKW 1973, nr 11, poz. 132 z glosą T. Bojarskiego, PiP 1974, nr 6, s. 174-177, glosą E. Szwedka, NP 1974, nr 4, s. 538-542 i glosą W. Kubali, OSPiKA 1974, nr 5, s. 220-222). Jak słusznie zauważa Sąd Najwyższy (wyrok SN z dnia 16 listopada 1972 roku, I KR 274/72, PiP 1973, nr 12, s. 175 z glosą M. Bogomilskiej, PiP 1973, nr 12, s. 175-178 oraz wyrok SN z dnia 26 marca 1973 roku, Rw 279/73, OSNKW 1973, nr 7-8, poz. 101 z glosą W. Kubali, PiP 1974, nr 2, s. 165-198), nie należy utożsamiać działania w miejscu publicznym z działaniem publicznym, bowiem dla stwierdzenia publicznego charakteru zachowania sprawcy decydujące jest nie miejsce jego działania, ale krąg podmiotów, do których je kieruje. „Nie traci charakteru publicznego działanie na zamkniętym terenie wojskowym albo w innym miejscu, np. w hali fabrycznej lub w zakładzie pracy dostępnym dla grona osób uprawnionych do przebywania w tym miejscu, o ile zachowanie sprawcy było lub realnie mogło być dostrzegalne przez nieokreśloną bliżej liczbę osób spośród grona tych, które ze względu na swój status lub szczególne zezwolenie znajdują się lub mogą przebywać w miejscu przestępnego działania sprawcy.” (wyrok SN z dnia 8 marca 1948 roku, K 3608/47, PiP 1948, nr 9-10, s. 185, za: R.A. Stefański, *Przestępstwo...*, s. 13-14).

Występek, przestępstwo skarbowe, zbrodnia

Zgodnie z art. 7 § 3 k.k. występkiem jest czyn zabroniony zagrożony grzywną powyżej 30 stawek dziennych albo powyżej 5000 złotych, karą ograniczenia wolności przekraczającą miesiąc albo karą pozbawienia wolności przekraczającą miesiąc. W kontekście § 2 przywołanego przepisu górna granica dla kary pozbawiania wolności musi być niższa niż 3 lata.

Według przepisów Kodeksu karnego skarbowego (Dz.U. 1999 Nr 83 poz. 930 ze zm.) przestępstwo skarbowe jest to czyn zabroniony przez kodeks pod groźbą kary grzywny w stawkach dziennych, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności.

Zbrodnia, o której mowa w art. 255 § 2 k.k., to w myśl art. 7 § 2 tejże ustawy, czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3 albo karą surowszą.

W przypadku czynności określonej w paragrafie 3 art. 255 k.k. (pochwalanie popełnienia przestępstwa) należy zauważyć, że komunikat sprawcy może dotyczyć przestępstwa, które już miało miejsce, jak i takiego, które dopiero ma zostać popełnione, niemniej musi być on na tyle konkretny, aby pozwalał na ustalenie o jakie przestępstwo chodzi. Jak słusznie zauważają przedstawiciele nauki prawa: „Nie jest jednak konieczne, by sprawca myślał językiem ustawy i posługiwał się precyzyjnym określeniem znamion przyszłego czynu przestępnego. Wystarczy dla określenia charakteru przestępstwa, jeśli wzywa na przykład do pobicia („dania fizycznej

nauczki”), do zaboru mienia („zabrania innym tego, czego mają za dużo”), do zabójstwa („fizycznej likwidacji”). (...) wystarczy możliwość ustalenia na podstawie wypowiedzianych przez sprawcę słów, że pochwalane zachowanie stanowi przestępstwo w myśl polskiego prawa karnego (Z. Cwiakalski w: A. Barczak-Opustil, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzykiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks Karny..., s. 1158).

Podmiot i znamiona strony podmiotowej

Przestępstwa określone w art. 255 § 1 - 3 k.k. mają charakter powszechny, a więc ich sprawcą może być każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej.

Można je popełnić wyłącznie poprzez działanie umyślne z zamiarem bezpośrednim, na co wskazują znamiona czasownikowe omówione powyżej, nie sposób bowiem przyjąć, iż nawoływanie lub pochwalanie mogłoby zostać podjęte z zamiarem ewentualnym (wyrok SN z dnia 17 marca 1999 roku, IV KKN 464/98, KZS 1999, z. 11, poz. 8).

OCENA PRAWNA:

Jak już wspomniano, o publicznym charakterze działania sprawcy decyduje nie miejsce jego działania, ale krąg podmiotów, do których je kieruje. Wobec postępującego rozwoju technik telekomunikacyjnych i współczesnych sposobów porozumiewania się na odległość należy ów pogląd uzupełnić o stwierdzenie, że o publicznym charakterze działania sprawcy mogą rozstrzygnąć również: sposób działania oraz okoliczności mu towarzyszące. Komunikat będący przedmiotem niniejszej oceny z pozoru wydaje się skierowany do wybranej osoby, na co wskazuje forma czasownika „porównywać” użytego w drugiej osobie liczby pojedynczej: „Nie porównuj singli do LGBT, single to ludzie, pedały to podludzie i ich powinno się zabijać”. Należy jednak zwrócić uwagę, że przedmiotowy wpis został opublikowany w internecie na popularnym portalu społecznościowym Facebook. Zgodnie z przyjętą na tym portalu polityką prywatności, użytkownicy strony mają do wyboru następujące opcje dotyczące udostępniania publikowanych przez siebie treści: a) publiczną - umożliwiającą dostęp dla wszystkich użytkowników sieci, b) znajomi znajomych - obejmującą wszystkich znajomych i ich znajomych, c) znajomi (a także znajomi wszystkich oznaczonych osób) - z opcją zawężenia grupy potencjalnych odbiorców w porównaniu do rozwiązania z punktu b) oraz d) tylko ja - która nieco wbrew swojej nazwie dopuszcza określenie także wybranej grupy odbiorców. Opcja: ustawienia niestandardowe umożliwi natomiast bardziej precyzyjne określenie potencjalnego kręgu odbiorców w stosunku do wcześniej wymienionych (za: <https://pl-pl.facebook.com/privacy/explanation> – dostęp na dzień 10.04.2016).

Jak wynika jednak z zasad funkcjonowania Facebooka, niezależnie od ustawień wybranych przez użytkownika, prywatność danych pozostaje w dużej mierze kwestią iluzji. Zgodnie z informacjami zawartymi na stronie okazuje się bowiem, że i tak gromadzone są: „treści i inne

informacje, otrzymywane (...) podczas korzystania z naszych usług, np. dane podawane przy rejestracji konta na Facebooku, tworzeniu treści i ich udostępnianiu oraz przy wymianie wiadomości i innego rodzaju komunikatów z innymi osobami. Mogą to być informacje zawarte w dostarczanych (...) treściach lub ich dotyczące, np. informacje o miejscu wykonania zdjęcia lub dacie utworzenia pliku. Gromadzimy też informacje na temat sposobów korzystania (...) z usług, np. rodzaju treści, które przeglądasz i na które reagujesz, a także częstotliwości i czasu trwania różnych Twoich działań”. Właściciel strony informuje również o tym, że: „Inne osoby korzystające z naszego serwisu mogą używać go do udostępniania dotyczących Cię treści dowolnie wybranej przez siebie grupie odbiorców. Na przykład mogą one udostępnić zdjęcie, na którym jesteś, wspomnieć o Tobie lub oznaczyć Cię w którymś z postów w geograficznie określonym miejscu, albo udostępnić innym udostępnione im przez Ciebie informacje. Jeśli masz wątpliwości co do czyjegoś posta, możesz skorzystać ze społecznościowego narzędzia zgłaszania, aby szybko i łatwo poprosić zaufane osoby o pomoc” (j.w.).

Polityka prywatności Facebooka stanowi ogólnodostępny zbiór zasad, a więc każdy, nie tylko użytkownik, może się z nią zapoznać. Wziąwszy to pod uwagę, a także fakt postępującej informatyzacji społeczeństwa nie sposób przyjąć, iż komunikat autora analizowanej wypowiedzi miał charakter prywatny skierowany wyłącznie do pojedynczej osoby. Autor wpisu musiał brać pod uwagę, że nawet jeżeli publikuje daną wypowiedź dla zamkniętego kręgu odbiorców, to czyniąc to w środowisku internetowym, na stronie należącej do firmy, której misją jest budowanie otwartego świata i ułatwianie komunikacji (j.w.), jednocześnie dopuszcza możliwość bezpośredniego powzięcia wiadomości o jej treści przez osoby postronne i na to się godził.

Z treści przekazu wynika, że motywacja autora wypowiedzi ma charakter homofobiczny. Wskazuje na to degradujący i nasilony szczególnie negatywnym zabarwieniem emocjonalnym zwrot: „pedały to podludzie”. Użyty w drugiej części zdania czasownik „powinno” służy wyrażeniu przekonania, że działaniem słusznym, wskazanym i celowym jest eksterminacja ludzi o tej orientacji seksualnej („ich powinno się zabijać”). Mamy zatem w tym przypadku do czynienia z publicznym pochwalaniem przestępstwa, które może zostać (zdaniem autora - powinno być) popełnione. Komunikat ten jest przy tym na tyle skonkretyzowany, że nie pozostawia wątpliwości, iż celem autora jest manifestacja pochwały dla przestępstwa zabójstwa określonego w art. 148 § 1 – 4 k.k.

KONKLUZJA:

Na podstawie oceny przedstawionego stanu faktycznego w oparciu o obowiązujące normy prawa karnego należy uznać, że działanie autora wpisu wypełnienia znamiona czynu określonego w art. 255 § 3 Kodeksu karnego. Ponadto, ze względu na treść wypowiedzi świadczącej o homofobicznej motywacji autora, należy przyjąć, że analizowane zachowanie jest przykładem przestępstwa, które w literaturze tematu określane jest mianem „przestępstw z nienawiści” (por. Zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy dla Państw Członkowskich w

zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej z 31 marca 2010 roku, CM/Rec(2010)5).

Karolina Kudyba