

Ekspertyza

opublikowanego na portalu: <http://zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/730>

sporządzona przez adwokat Karolinę Jankowską

1. Przedmiot ekspertyzy

Przedmiotem ekspertyzy jest analiza wpisu internetowego osoby będącej w dniu 7 lipca 2015 roku zarejestrowanym użytkownikiem portalu społecznościowego prowadzonego pod adresem www.wykop.pl, która zamieściła pod postem udostępniającym artykuł pt. „Amerykańscy Żydzi chcą od Polaków olbrzymiego odszkodowania za mienie zagrabione przez niemieckich i rosyjskich okupantów?” komentarz o następującej treści: "No cóż. Pozostało dokończyć robotę Adolfa".

Analiza jest przeprowadzana pod kątem próby wskazania kwalifikacji prawnej dla wyżej opisanego zachowania internauty, możliwych do zastosowania środków prawnych oraz oceny przebiegu procedury karnej wszczętej na skutek złożenia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa.

Opinia została sporządzona w oparciu o informacje znajdujące się na stronach internetowych serwisu Wykop.pl oraz materiały udostępnione autorce ekspertyzy przez stowarzyszenie **Otwarta Rzeczpospolita Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii**, dotyczące zdarzenia, któremu nadano w „Bazie Incydentów” Stowarzyszenia numer 730 i scharakteryzowano jako „wpis promujący rozwiązania nazistowskie”.

2. Stan faktyczny

Osoba zarejestrowana pod nazwą „swiru69” i posiadająca konto w serwisie internetowym Wykop.pl umieściła w dniu 7 lipca 2015 roku o godzinie 14:45:26 pod postem udostępniającym

artykuł pt. „*Amerykańscy Żydzi chcą od Polaków olbrzymiego odszkodowania za mienie zagrabione przez niemieckich i rosyjskich okupantów?*” komentarz o następującej treści: „*No cóż. Pozostało dokończyć robotę Adolfa*”. Użytkownik „swiru69” to osoba fizyczna mająca ukończone trzynaście lat (punkt 3 ust. 1 *Regulaminu serwisu Wykop.pl*), która na skutek prawidłowo przeprowadzonej i zakończonej rejestracji zaakceptowała warunki określone Regulaminem i zawarła ze spółką prowadzącą serwis Wykop.pl umowę o świadczenie usług drogą elektroniczną (punkt 3 ust. 4 i 5 *Regulaminu serwisu Wykop.pl*). Internauta posiadał w dniu zamieszczenia komentarza pełen dostęp do funkcjonalności serwisu Wykop.pl, w tym możliwość komentowania w każdej chwili dowolnego tzw. „Znaleziska”. W omawianym incydencie numer 730 „Znaleziskiem” jest link do wyżej wymienionego artykułu wraz z utworzonym przez osobę udostępniającą artykuł opisem (punkt 2 ust. 7 *Regulaminu serwisu Wykop.pl*) w brzmieniu: „[...zagrabione przez niemieckich i rosyjskich okupantów?!](#)”.

Pismem z dnia 17 lipca 2015 roku stowarzyszenie Otwarta Rzeczpospolita Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii (w dalszej części ekspertyzy: „Stowarzyszenie”) złożyło zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu (sygnatura pisma I/71/15), a polegającego na zamieszczeniu przez użytkownika „swiru69” komentarza nawołującego do nienawiści i przemocy ze względu na pochodzenie oraz propagującego ustrój nazistowski. Postanowieniem z dnia 30 października 2015 roku prokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa Ochota odmówiła wszczęcia dochodzenia w sprawie o czyn z art. 256 § 1 k.k. wobec braku znamion czynu zabronionego (sygnatura akt sprawy 5 Ds. 1051/15/III). W dniu 19 listopada 2016 roku Stowarzyszenie złożyło zażalenie na postanowienie prokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa Ochota. Postanowieniem Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie, II Wydział Karny, z dnia 17 marca 2016 roku zażalenia nie uwzględniono i utrzymano w mocy zaskarżone postanowienie o odmowie wszczęcia dochodzenia (sygnatura akt sprawy II KP 182/16). W uzasadnieniu postanowienia Sąd Rejonowy dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie wskazał, iż czyn sprawcy nie zawierał znamion czynu zabronionego, ponieważ nie nawoływał do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, czy wyznaniowych, a jedynie „manifestował swój osobisty pogląd”.

W nieokreślonej dacie konto i login użytkownika „swiru69” zostało usunięte. Usunięcie konta nie wiązało się z usunięciem zgłoszonego zawiadomieniem z dnia 17 lipca 2015 roku komentarza, który do dnia dzisiejszego jest dostępny na stronach internetowych serwisu Wykop.pl.

3. Stan prawny

Stowarzyszenie składając zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa nie podporządkowało zdarzenia przedstawianego organom ścigania żadnemu konkretnemu przepisowi prawa karnego, pozostawiając dokonanie odpowiedniej kwalifikacji prawnej czynu prokuratorowi prowadzącemu sprawę. Należy wskazać, iż sama konstrukcja opisu czynu osoby zarejestrowanej w serwisie Wykop.pl pod nazwą „swiru69”, który został zawarty w zawiadomieniu Stowarzyszenia, a mianowicie: „zamieściła komentarz (...) nawołujący do nienawiści i przemocy ze względu na pochodzenie oraz propagujący ustrój nazistowski” jednoznacznie wskazuje na zarzut popełnienia co najmniej dwóch lub więcej przestępstw skodyfikowanych w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. *Kodeks karny*. Pomimo powyższego, zarówno prokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa Ochota, jak i Sąd Rejonowy dla Warszawy Śródmieści w Warszawie podporządkowali stan faktyczny sprawy wyłącznie pod jeden przepis karny, tj. art. 256 § 1 *Kodeksu karnego*. Metody stosowania prawa nakazywałyby gruntownie przeanalizować w zakresie omawianego incydentu numer 730 zastosowanie w zaistniałych okolicznościach sprawy, poza powoływanym w wyżej wymienionych postanowieniach wydanych w sprawie - przepisie art. 256 § 1 *Kodeksu karnego*, również przepisów art. 126a *Kodeksu karnego* oraz art. 255 § 2 i 3 *Kodeksu karnego*. Wszystkie trzy wyżej wymienione artykuły *Kodeksu karnego* realizują zobowiązania konwencyjne dotyczące karalności różnych form przestępstwa motywowanego nienawiścią i uprzedzeniami wobec określonej grupy lub jednostki należącej do tej grupy.

3.1. Art. 126a *Kodeksu karnego* jako *lex specialis* art. 255 § 2 i 3 *Kodeksu karnego*

W aktualnie obowiązującym systemie prawa krajowego istnieją normy prawne penalizujące nawoływanie do zbrodni i pochwalanie popełnienia przestępstwa. Przepis art. 255 § 2 *Kodeksu karnego* w sposób ogólny określa, iż kto publicznie nawołuje do popełnienia zbrodni, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3, natomiast w § 3 tego przepisu wskazano, że publiczna pochwała popełnienia przestępstwa podlega karze grzywny do 180 stawek dziennych, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do roku. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż zgodnie z definicją kodeksową zbrodnią jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat trzech albo karą surowszą. Przepis art. 126a *Kodeksu karnego*, dodany do ustawy nowelizacją z dnia 20 maja 2010 roku, penalizuje publiczne nawoływanie i publiczne pochwalanie określonych rodzajów czynów zabronionych wskazanych w art. 118 – 125 *Kodeksu karnego*, zaostrzając tym samym istniejącą już ogólną

odpowiedzialność karną z art. 255 *Kodeksu karnego*. Ustawodawca realizując obowiązek dostosowania polskich regulacji kodeksowych do rozwiązań *Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego* z dnia 17 lipca 1998 roku wprowadził w art. 126a *Kodeksu karnego* surowszą sankcję w postaci kary pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Biorąc pod uwagę powyższą analizę, przepis art. 126a *Kodeksu karnego* stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 255 § 2 i 3 *Kodeksu karnego*, a zatem w przedstawionym stanie faktycznym opiniowanego incydentu numer 730, pierwszeństwo zastosowania będzie miał art. 126a *Kodeksu karnego*.

3.2 Analiza znamion strony przedmiotowej

Komentarz osoby zarejestrowanej pod nazwą „swiru69” i posiadająca konto w serwisie internetowym Wykop.pl w brzmieniu: *"No cóż. Pozostało dokończyć robotę Adolfa"* odnosi się do osoby Adolfa Hitlera i jego działań związanych z eksterminacją Żydów będących konsekwencją nazistowskich programów ludobójstwa. Takie stanowisko zostało potwierdzone w uzasadnieniu postanowienia Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie z dnia 17 marca 2016 roku: *„W uznaniu Sądu bezsprzeczny jest także fakt, że autor niniejszego komentarza poprzez użycie słowa „Adolfa” miał na myśli Adolfa Hitlera”*. Wobec powyższego, analizy przepisu art. 126a *Kodeksu karnego* w odniesieniu do incydentu numer 730 należy dokonać w powiązaniu ze zbrodnią ludobójstwa unormowaną w art. 118 *Kodeksu karnego*. Zgodnie z art. 6 *Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego* w zakresie tego pojęcia mieści się zabójstwo członków grupy dokonane z zamiarem zniszczenia w całości lub części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej. Dobrami chronionymi przez art. 118 *Kodeksu karnego* są zatem życie oraz zdrowie członków grup wyodrębnionych na podstawie kryteriów przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub ze względu na światopogląd, zagrożone bezpośrednimi zamachami lub stworzeniem wyniszczających warunków bytowania¹. Rolą przepisu art. 126a *Kodeksu karnego* jest natomiast obrona porządku prawnego zagrożonego działaniem sprawcy, który wytwarza, przybliża lub zwiększa stan zagrożenia dla najcenniejszych dóbr prawnych człowieka i grup ludności, takich jak życie, zdrowie i wolność².

W celu wypełnienia znamion strony przedmiotowej analizowanego czynu zabronionego niezbędnym jest wystąpienie co najmniej jednej z dwóch czynności sprawczych polegających

¹ A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz.*, Wyd. 4, Warszawa 2016.

² *Ibidem*.

na nawoływaniu do popełnienia przestępstwa lub publicznym pochwalaniu popełnienia czynu zabronionego. Doktryna i jurysdykcja definiuje nawoływanie jako oddziaływanie na psychikę innych, bliżej nieokreślonych osób na przykład poprzez wzywanie lub zachęcanie ich w różny sposób do popełnienia czynu zabronionego.³ Pochwała natomiast wiąże się z uznaniem za właściwy, usprawiedliwiony lub za godny naśladowania czyn skodyfikowany jako zabroniony, który ma zostać popełniony lub popełniony już został w całości lub w części, jak to miało miejsce w przypadku zbrodni nazistowskich, w tym zaplanowanej eksterminacji i zagłady ludności żydowskiej, do której nawiązuje komentarz użytkownika o nazwie „swiru69”.

Omawiane przestępstwo karane jest wyłącznie w sytuacji, gdy zachowanie sprawcy miało charakter publiczny, tj. zostało skierowane do bliżej nieoznaczonego kręgu osób, w przeciwnym razie podlegałoby kwalifikacji prawnej określonej mianem podżegania określonego w art. 18 § 2 *Kodeksu karnego*. Podkreślenia wymaga fakt, iż przestępstwo określone w art. 126a *Kodeksu karnego* jest formalne, a zatem do znamion strony przedmiotowej nie należy skutek w postaci popełnienia zbrodni przez bliżej niedookreślone osoby, do których zwracała się użytkownik serwisu internetowego Wykop.pl zarejestrowany pod nazwą „swiru69”.

Na podstawie stanu faktycznego incydentu numer 730 można przyjąć, iż wszystkie wyżej wymienione przesłanki wystąpiły z dużym prawdopodobieństwem, co należało zweryfikować poprzez przeprowadzenie wymienionych w art. 297 *Kodeksu postępowania karnego* czynności sprawdzających w postępowaniu przygotowawczym.

3.3. Analiza znamion strony podmiotowej

Podmiotem czynu zabronionego polegającego na nawoływaniu lub publicznym pochwalaniu popełnienia przestępstwa eksterminacji może być każdy człowiek zdolny do poniesienia odpowiedzialności karnej. Omawiany czyn zabroniony może być popełniony wyłącznie umyślnie z zamiarem bezpośrednim. Badając zachowanie sprawcy pod kątem wypełnienia znamion strony podmiotowej przestępstwa należy rozpocząć rozważania od tezy powstałej na gruncie punktu 1 ust. 4 *Regulaminu serwisu Wykop.pl* (w dalszej części pisma: „Regulamin”) wskazującego, iż serwis Wykop.pl nie modyfikuje informacji zawartych w przekazie swoich użytkowników.

Wobec powyższego, słuszne jest założenie na rzecz prowadzonej analizy, że komentarz zamieszczony na portalu społecznościowym w dniu 7 lipca 2015 roku o godzinie 14:45:26

³ *Ibidem.*

stanowi wyłączne autorstwo użytkownika „swiru69”. W drugiej kolejności należy podnieść, że istotną rolę odgrywa ocena elementu wolicjonalnego u sprawcy, który polega na posiadaniu lub nie woli popełnienia danego czynu zabronionego. W punkcie 9 ust. 5 Regulaminu ustanowiono zasadę, iż rozwiązanie umowy z użytkownikiem i usunięcie jego konta nie powoduje automatycznego usunięcia treści jakie użytkownik zamieścił w serwisie Wykop.pl. Wobec powyższego, dobrą praktyką w zakresie incydentu numer 730, byłoby szczegółowe zweryfikowanie profilu internetowego użytkownika „swiru69”, w tym wszystkich jego tzw. „Znalezisk”, komentarzy i oddanych głosów pod kątem scharakteryzowania nastawienia psychicznego sprawcy wobec realizacji przestępstwa z nienawiści. Powyższe umożliwiłoby ustalenie jego postawy wobec przewidywanego ryzyka naruszenia dobra prawnego i tym samym dookreślenie czy zostały wypełnione znamiona strony podmiotowej przestępstwa określonego w art. 126a *Kodeksu karnego*. Analiza taka została zaniechana, a zatem nie sposób doszukać się jakiegokolwiek podstawy dla zawartego w postanowieniu prokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa Ochota o odmowie wszczęcia dochodzenia z dnia 30 października 2015 roku (sygnatura akt: 5 Ds. 1051/15/III) stwierdzenia: „zamieszczenie wpisu przez użytkownika posługującego się nickiem „swiru69” należy oceniać wyłącznie w kategoriach prowokacji autora (...)” Niezrozumiałe jest także poczynione w uzasadnieniu omawianego postanowienia założenie, iż brzmienie nazwy użytkownika „swiru69” wskazuje „na zamiar i cel zamieszczenia zakwestionowanego wpisu”. Powyższe nie zostało w żaden sposób wytłumaczone. Teza, że login „swiru69” definiuje zamiar i cel działania sprawcy jest sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania, które są stosowane w dedukcji prawniczej.

W dalszej kolejności należy podnieść, że sprawca czynu zabronionego przepisem art. 126a *Kodeksu karnego* powinien mieć świadomość działania na rzecz naruszenia dobra prawnego. Jest to tak zwany element kognitywny relacji między znamionami strony podmiotowej i przedmiotowej⁴. Przy dokonywaniu oceny spełnienia tej przesłanki powinno się brać pod uwagę fakt, że w celu zamieszczenia komentarza na stronie internetowej serwisu Wykop.pl należy być zarejestrowanym użytkownikiem tego portalu. Użytkownikiem serwisu internetowego Wykop.pl była osoba korzystająca z konta o nazwie „swiru69”, która dokonała poprawnie zweryfikowanej rejestracji i zobowiązała się do przestrzegania Regulaminu. Na podstawie zasad korzystania z serwisu Wykop.pl zawartych w punkcie 5 przepisów regulaminowych, użytkownik „swiru69” zobowiązał się do podejmowania działań zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami,

⁴ M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I*, Wyd. 1, 2013.

oraz do nie dostarczania treści o charakterze bezprawnym. Co więcej, w Regulaminie literalnie zakazano tworzenia treści propagujących przemoc, bądź nawołujących do szerzenia nienawiści, rasizmu, ksenofobii lub konfliktów między narodami, a użytkownik „swiru69” powyższe postanowienia zaakceptował. Biorąc pod uwagę już tylko powyżej przytoczone uwagi, należy uznać, iż umieszczając komentarz o treści "No cóż. Pozostało dokończyć robotę Adolfa" pod udostępnionym publicznie w serwisie internetowym artykułem, który w swojej treści dotyczył ludności pochodzenia żydowskiego, autor miał świadomość działania na rzecz naruszenia dobra prawnego i winien uwzględnić ryzyko naruszenia tego dobra.

4. Uwagi końcowe

Żydzi doświadczają wrogości i prześladowań od ponad dwóch tysięcy lat. Problem nawoływania do zabijania lub krzywdzenia Żydów w imię ekstremistycznych poglądów lub usprawiedliwianie takich aktów istnieje w wielu wymiarach i wywiera destrukcyjny wpływ na społeczeństwa, w których ta forma dyskryminacji występuje. Na skutek rozwoju międzynarodowych modeli ochrony praw człowieka organy państwowe stają się lepiej przygotowane do przeciwdziałania przestępstwom motywowanym nienawiścią i uprzedzeniami wobec ludności żydowskiej lub jednostce należącej do tej grupy. Antysemityzm nazywany „najstarszą nienawiścią”⁵ i „śmiertelną obsesją”⁶ w ujęciu prawnym może stanowić formę rasizmu, dyskryminacji rasowej, a także jedną z postaci ksenofobii - trudno uznać, aby społeczna szkodliwość tego typu przestępstw była znikoma. Uzasadnionym jawi się restrykcyjne zastosowanie wobec osoby zarejestrowana pod nazwą „swiru69” i posługującą się antysemicką „mową nienawiści”, środków prawnych realizujących koncepcję tzw. „demokracji obronnej”. Bez względu na to jaką kwalifikację prawną przyjmie się dla czynu opisanego w incydencie numer 730, niezbędną praktyką jest interpretacja danego przepisu *Kodeksu karnego* z uwzględnieniem norm wynikających z ratyfikowanych przez Polskę umów międzynarodowych, czego wydaje się nie dokonano w zastanym stanie faktycznym sprawy. Mając na uwadze między innymi postanowienia Międzynarodowej konwencji nowojorskiej w *sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej*, Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, czy Protokołu Dodatkowego do Konwencji o cyberprzestępczości, należy uznać, iż w przypadku incydentu numer 730 zachodzi podejrzenie popełnienia przestępstwa publicznego nawoływania

⁵ R.S. Wistrich, *Antisemitism. The Longest Hatred*, London 1991;

⁶ R.S. Wistrich, *A lethal obsession...*, s. 79-80.

lub publicznego pochwalania eksterminacji, a zatem bezsprzecznie należało wszcząć dochodzenie w sprawie.