

Ekspertyza

dot. incydentów:

1. <http://www.zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/328>
2. <http://www.zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/797>

sporządzona przez adwokat Karolinę Jankowską

1. Przedmiot ekspertyzy

Przedmiotem ekspertyzy jest analiza dwóch oddzielnych zdarzeń internetowych posiadających cechy mowy nienawiści i opisanych przez stowarzyszenie Otwarta Rzeczpospolita Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii jako dyskryminujące ze względu na niepełnosprawność. Analiza jest przeprowadzana pod kątem konieczności wskazania granic swobody wypowiedzi we współczesnym świecie w sytuacjach, gdy publicznie głoszone treści mają charakter nienawistny.

Opinia została sporządzona w oparciu o informacje znajdujące się na stronach internetowych portalu społecznościowego Facebook.com i forum dyskusyjnego forum.o2.pl oraz materiały udostępnione autorce ekspertyzy przez stowarzyszenie **Otwarta Rzeczpospolita Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii** dotyczące zdarzeń, którym nadano w „Bazie Incydentów” Stowarzyszenia numery 328 i 797 zatytułowanych kolejno jako „Strona dyskryminująca osoby żyjące z HIV” i „Dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność”.

2. Stan faktyczny

2.1 Incydent numer 328

Użytkownik portalu społecznościowego Facebook.pl zarejestrowany pod nazwą Paweł Tomach utworzył publiczne wydarzenie pt. „Nie zarażę się HIV w 2015 roku”, do którego został przypisany link pod adresem <https://www.facebook.com/events/1623088401245470/>.

W ramach przedmiotowego wydarzenia zostały udostępnione liczne posty o zasięgu publicznym, w tym między innymi post zawierający pytanie o treści: „Jak na co dzień chronisz się przed HIV?”, który w dniu 26 stycznia 2015 roku zawierał 41 opcji dla udzielenia odpowiedzi, a na dzień 22 kwietnia 2016 roku już 57 opcji. Zaproponowane warianty odpowiedzi na powyższe pytanie to dla przykładu:

- *Jestem biały* (liczba odpowiedzi twierdzących: na dzień 26.01.2016 r. +675, na dzień 22.04.2015 r. +1331);
- *Nie wkładam siusiaka kolegom do pupy* (liczba odpowiedzi twierdzących: na dzień 26.01.2015 r. +263, na dzień 22.04.2015 r. +535);
- *Chodzę na prostytutki droższe niż 20zł za godzinę* (liczba odpowiedzi twierdzących: na dzień 26.01.2016 r. +169, na dzień 22.04.2016 r. +294).

Na publicznym wydarzeniu użytkownik Paweł Tomach umieścili również liczne tzw. memy internetowe w postaci zdjęć obrazujących między innymi czarnoskóre dzieci wraz z napisem o treści: „ZALAJKUJ, JEŻELI CHCESZ ABY NIE DOSTALI HIV ZIGNORUJ, JEŻELI CHCESZ ABY DOSTALI JEŚĆ” lub białą kobietę wraz z napisem o treści: „POKAŻ CYCKI JEŚLI NIE MASZ HIV NIE POKAZUJ JEŚLI MASZ HIV, I CHCESZ ZARAZIĆ NIM PAPIEŻA”. W dniu 26 stycznia 2015 roku pismem o sygnaturze IP/5/15 stowarzyszenie Otwarta Rzeczpospolita Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii (w dalszej części ekspertyzy: „Stowarzyszenie”) złożyło zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa ściganego z urzędu. Następnie w dniu 27 stycznia 2015 roku Fundacja Studio Psychologii Zdrowia, Stowarzyszenie JUMP’93 oraz Fundacja Inspiratornia złożyły pismo uzupełniające zawiadomienie Stowarzyszenia. Postanowieniem prokurator Prokuratury Rejonowej z dnia 9 kwietnia 2015 roku odmówiono wszczęcia dochodzenia w sprawie (sygnatura akt Ds. 283/15). W uzasadnieniu Postanowienia wskazano, że treść materiałów publikowanych przez użytkownika Paweł Tomach nie wypełnia znamion przestępstw określonych w art. 256 § 1 *Kodeksu karnego* i art. 257 k.k. *Kodeksu karnego*.

Termin ważności omawianego wydarzenia został określony przez jego organizatora na dzień 1 stycznia 2016 roku, jednak wydarzenie wraz z umieszczonymi na nim postami w dalszym ciągu jest dostępne dla nieokreślonej liczby odbiorców. Wydarzenie posiada aktualnie łącznie około 14 900 „gości”, którzy zgodnie z polityką portalu społecznościowego Facebook.pl otrzymują powiadomienia dotyczące aktualizacji wydarzenia.

2.2. Incydent numer 797

Osoba będąca zarejestrowanym użytkownikiem forum dyskusyjnego forum.o2.pl i posiadająca profil o nazwie Alkoholike. umieściła w dniu 15 sierpnia 2015 roku o godzinie 20:31, pod dyskusją o tytule „*ten skoorwysyn co zabił 10-latke ma zespół Touretta*”, komentarz o następującej treści: „*Dlatego właściwe jest twierdzenie iż wszystkie jednostki chore psychicznie należy exterminować*” (pisownia oryginalna). Publikacja komentarza nastąpiła z urządzenia o adresie IP numer 21931086.

W dniu 24 sierpnia 2015 roku pismem o sygnaturze IP/56/15 Stowarzyszenie złożyło zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu. Postanowieniem prokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa Ochota z dnia 10 września 2015 roku odmówiono wszczęcia dochodzenia w sprawie o czyn z art. 256 § 1 *Kodeksu karnego* wobec braku znamion czynu zabronionego (sygnatura akt 5 Ds. 1122/15/III). Zażaleniem z dnia 18 września 2015 roku Stowarzyszenie odwołało się od wyżej wymienionego postanowienia. Postanowieniem Sądu Rejonowego dla Warszawy Mokotowa, XIV Wydział Karny, z dnia 13 listopada 2015 roku zażalenia nie uwzględniono utrzymując w mocy zaskarżone postanowienie (sygnatura akt XIV Kp 3357/15). Omawiany komentarz użytkownika Alkoholike. do dnia dzisiejszego jest dostępny na stronie internetowej forum dyskusyjnego forum.o2.pl dla nieokreślonej liczby osób, a jego profil jest aktywny.

3. Niepełnosprawność

Analizowane incydenty dotyczą licznej grupy osób z niepełnosprawnościami lub nienależących w sposób rzeczywisty lub faktyczny do osób obciążonych cechami chronionymi, a jedynie błędnie utożsamianych lub kojarzonych z daną grupą.

W dniu 6 września 2012 roku Polska ratyfikowała Konwencję o prawach osób niepełnosprawnych (w dalszej części ekspertyzy : „Konwencja”), która definiuje niepełnosprawność jako okoliczność wynikającą z *interakcji między osobami z dysfunkcjami a barierami wynikającymi z postaw ludzkich i środowiskowymi, które utrudniają tym osobom pełny i skuteczny udział w życiu społeczeństwa, na zasadzie równości z innymi osobami.* Niepełnosprawność jest zjawiskiem obejmującym według danych Narodowego spisu powszechnego z 2011 roku 12,2 % populacji naszego kraju. Liczba osób zakażona ludzkim wirusem upośledzenia odporności HIV (dotyczy incydentu numer 328) wynosi w Polsce ogółem ponad 18 500 osób. Drogami zakażenia są przede wszystkim kontakty seksualne, przedostanie się zakażonej krwi do organizmu poprzez używanie tych samych igieł i

strzykawek przez więcej niż jedną osobą oraz w czasie ciąży, porodu lub podczas karmienia piersią przez matkę zakażoną HIV. Zakażenia HIV nie można wyleczyć całkowicie¹. Zespół Tourette'a (dotyczy incydentu numer 797) jest wrodzonym zaburzeniem neurologicznym charakteryzującym się przede wszystkim występowaniem licznych tików ruchowych i werbalnych. Choroba ta ma zasięg ogólnoswiatowy, dotyka ona przeciętnie 5 osób na 100 000. Na zespół Tourette'a choruje się zazwyczaj do końca życia, czasem pojawiają się krótkie okresy remisji.² Europejska Karta Praw Podstawowych wskazuje wprost, iż *zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na niepełnosprawność i wiek*. Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych wylicza dodatkowo szczegółowe zasady, na których bazują prawa i wolności osób niepełnosprawnych. Zasady te to poszanowanie godności ludzkiej, niedyskryminacja, pełne i efektywne uczestnictwo w życiu społecznym, poszanowanie dla odmienności, równe szanse, dostępność, poszanowanie potencjału dzieci niepełnosprawnych i poszanowanie ich prawa do tożsamości.³ Nie ulega wątpliwości, że Polska zobowiązała się do przestrzegania norm wskazanych w ratyfikowanej Konwencji i obejmujących wyżej wymienione zasady oraz do dostrojenia swojego prawa wewnętrznego do jej postanowień. Niestety do dnia dzisiejszego Polska nie ratyfikowała Protokołu Fakultatywnego do Konwencji, który stworzył procedurę składania skarg indywidualnych do Komitetu do spraw Osób Niepełnosprawnych.

Biorąc pod uwagę powyższe uniemożliwia to osobom, których prawa zostały bezsprzecznie naruszone w omawianych dwóch incydentach na tle ich niepełnosprawności, złożenie skargi indywidualnej na Polskę, której przepisy karne nie są wyczerpujące w odniesieniu do postanowień Konwencji, gdyż nie obejmują kwestii dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność.

Osoby pokrzywdzone mają jednak możliwość, przy zachowaniu tzw. kryteriów dopuszczalności, złożenia skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który w swoich rozstrzygnięciach często powołuje się na postanowienia Konwencji traktując je jako wyznaczniki istniejących międzynarodowych standardów.

¹ D. Pudzianowska, J. Jagura (red.), *Równe traktowanie uczestników postępowań. Przewodnik dla sędziów i prokuratorów.*, Warszawa 2016;

² http://www.poradnikautystyczny.pl/autyzm_a_inne_zaburzenia_genetyczne.

³ Jan Sandorski, *Prawnomiędzynarodowa ochrona osób starszych i niepełnosprawnych*, [w:] *Choroby neurodegeneracyjne problemem XXI wieku*, Poznań 2015, s. 102 – 124.

4. Granice swobody wypowiedzi a „mowa nienawiści”

Rozwiązania przyjęte w obecnie obowiązującym *Kodeksie karnym* mają charakter wolnościowej regulacji prawnej, ponieważ rezygnują z inkryminacji każdego przejawu dyskryminacji ograniczając się do kilku enumeratywnie wymienionych przymiotów. Stworzony w poszczególnych przepisach karnych zamknięty katalog dóbr chronionych rodzi istotne zagrożenie dla poszanowania godności ludzkiej i odmienności grup społecznych obciążonych cechami niepełnosprawności. Sytuacje opisane w incydentach numer 328 i 797 są niewątpliwym przykładem luki w zakresie istnienia uregulowań prawnych stworzonych dla zapewnienia należytej ochrony osób będących nosicielami wirusa HIV i cierpiących z powodu choroby zespołu Tourette’a. Zaniepokojenie dotyczące skuteczności w sposobie dostosowywania prawa polskiego do ratyfikowanych i obowiązujących norm prawa międzynarodowego wrażli między innymi Komitet Praw Człowieka wskazując, że projekt tzw. ustawy o równym traktowaniu nie jest wyczerpujący, gdyż nie obejmuje aktów dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i niepełnosprawność w poszczególnych sferach życiowych.⁴

Przedmiotem licznych rozważań Komitetu Praw Człowieka jest niebezpieczne zjawisko „mowy nienawiści” wobec osób szczególnie narażonych na ryzyko dyskryminacji. Penalizacja „mowy nienawiści” jest przedmiotem szerokiej debaty dzielącej jej uczestników na zwolenników ograniczenia swobody wypowiedzi w przypadku publicznego głoszenia treści o charakterze nienawistnym i przeciwników „karania za słowa”. Zakładając, że drogowskazem dla prawidłowego rozwoju naszego społeczeństwa mają być konstytucyjne wartości, na które składają się wymienione w art. 32 *Konstytucji RP* zasada równości oraz przeciwdziałania dyskryminacji, słusznym jest teza, iż należy stworzyć odpowiednie restrykcje wymierzone przeciwko upublicznionej przemocy werbalnej. Ochrona osób z niepełnosprawnościami, posiadających cechy po części od nich niezależne, powinna uzyskać pierwszeństwo przed ochroną wolności wypowiedzi.

W tym celu niezbędne jest nie tylko stworzenie otwartych katalogów dóbr chronionych w poszczególnych przepisach *Kodeksu karnego*. Równie ważna jest edukacja społeczeństwa poprzez uwrażliwienie przedstawicieli władzy publicznej i obywateli na materię licznie występujących ograniczeń w prawidłowym funkcjonowaniu organizmu człowieka, które w żadnym razie nie mogą stanowić uzasadnienia dla jakiegokolwiek rodzaju wykluczenia.

⁴ Uwagi końcowe z 2010 r. do sprawozdania Polski, CCPR/C/POL/CO/6;

5. Uwagi końcowe

Na podstawie omawianych incydentów można wyraźnie zaobserwować niepełne przyjęcie na siebie przez Państwo Polskie zobowiązań międzynarodowych do przeciwdziałania **wszelkiej** dyskryminacji i do przestrzegania zasady równości obywateli wobec prawa. Ponadto wnioski płynące z przebiegu procedury karnej w zakresie incydentów numer 328 i 797 wskazują wiele wątpliwości dotyczących rzeczywistego zakresu wykorzystywania szerokiego spektrum prawnych instrumentów przeciwdziałania dyskryminacji, które pozostają do dyspozycji w ramach uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka. Niezwykle istotnym jest, aby sędziowie i prokuratorzy wykonując swoje obowiązki dysponowali szeroką wiedzą w zakresie prawa unijnego i wiążących Polskę umów międzynarodowych, które odnoszą się do przeciwdziałania **wszelkiej** dyskryminacji, a nie określonych jej przypadków. Wiedza merytoryczna i kompetencje procesowe powinny być dodatkowo mocno skonsolidowane z wrażliwością przedstawicieli zawodów prawniczych na szybko zmieniające się czynniki tworzące zastaną rzeczywistość. Połączenie umiejętności merytorycznych ze zdolnością wyrozumiałego i empatycznego reagowania na zdarzenia będące przedmiotem incydentów numer 328 i 797 skutkować będzie spójnym i skutecznym działaniem władzy publicznej. Przejawem realizacji powyższego będą fundamenty, na których wśród obywateli wzrośnie zaufanie do przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości, co w konsekwencji zapewni trwałą rozwój i prawidłowe funkcjonowanie Państwa i społeczeństwa.