

adw. dr Anna Demenko

apl. adw. Agnieszka Orfin

Wydział Prawa i Administracji UAM

Ekspetyza prawna

*dotycząca kwalifikacji prawnej wpisu internetowego “powtórzyć holocaust jebanych Żydów”,
jako wypełniającego znamiona czynu z art. 256 § 1 k.k. w zb. z art. 257 k.k. w zw. z art. 11 § 2
Kodeksu Karnego*

I. Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest analiza zachowania internauty polegającego na umieszczeniu na portalu społecznościowym Facebook.com wpisu o treści “*powtórzyć holocaust jebanych Żydów*”, pod kątem wypełnienia przez to zachowanie znamion czynu zabronionego w kodeksie karnym i ewentualnego popełnienia przez niego przestępstwa.

Opinię oparto na informacjach umieszczonych w zgłoszeniu na stronie internetowej Stowarzyszenia „Otwarta Rzeczpospolita”, w Bazie Incydentów, jako incydent nr 1927 pod adresem <http://www.zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/1927>.

Opinię sporządzono dla „Otwartej Rzeczpospolitej” Stowarzyszenia przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii.

II. Stan faktyczny

Internauta na portalu społecznościowym Facebook.com na swoim profilu umieścił wpis o treści “*powtórzyć holocaust jebanych Żydów*”. Incydent został zgłoszony Stowarzyszeniu „Otwarta Rzeczpospolita” w dniu 24 marca 2016 r. Stowarzyszenie tego samego dnia zawiadomiło Prokuraturę o możliwości popełnienia przestępstwa ściganego z urzędu.

III. Podstawa prawna

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

IV. Stan prawny

1) Przepis art. 256 § 1 k.k.

Przepis art. 256 § 1 k.k. penalizuje zachowania noszące znamiona publicznego propagowania ustrojów totalitarnych lub ustroju faszystowskiego, a także nawoływania do nienawiści z powodu różnic narodowościowych, wyznaniowych czy rasowych. Przepis ten jest konsekwencją obowiązywania licznych unormowań międzynarodowych jak i krajowych, w tym m.in.: [art. 20 ust. 2](#) Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ (MPPOiP) - nakładającego na sygnatariuszy obowiązek, aby popieranie nienawiści narodowej, rasowej lub wyznaniowej, stanowiące podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu, było ustawowo zakazane pod groźbą kary, [art. 13](#) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej - zakazującego istnienia organizacji totalitarnych oraz odwołujących się do nienawiści rasowej i narodowościowej oraz rozdziału II Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej dotyczącego wolności, praw i obowiązków człowieka i obywatela. Nadto przepis ten powiązany jest z [art. 55](#) ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu przewidującym odpowiedzialność karną tego, kto publicznie i wbrew faktom zaprzecza zbrodniom nazistowskim lub komunistycznym¹.

Przedmiotem ochrony omawianej regulacji jest funkcjonowanie państwa w sposób demokratyczny, w ramach takiego ustroju, i w sposób zapewniający obywatelom i innym osobom zamieszkałym na jego terytorium ochronę ich praw².

Przestępstwo to ma charakter powszechny co oznacza, że jego podmiotem może być każdy człowiek zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej. Strona podmiotowa polega na umyślności w formie zamiaru bezpośredniego (*dolus directus coloratus*), co oznacza, że sprawca działa w określony sposób ponieważ chce popełnić czyn zabroniony³.

Strona przedmiotowa przestępstwa może polegać na publicznym propagowaniu ustrojów totalitarnych lub ustroju faszystowskiego lub nawoływaniu do nienawiści z powodu

¹ D. Gruszecka, *Komentarz do art. 256 Kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, J. Giezek (red.), LEX 2014.

² Uzasadnienie projektu ustawy nowelizacyjnej z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589) [druk sejmowy nr VI.1288].

³ Drugą, obok zamiaru bezpośredniego, ujętą w kodeksie karnym formą umyślności jest zamiar ewentualny (*dolus eventualis*), który polega na tym, że sprawca wprawdzie nie chce popełnić czynu zabronionego, ale przewiduje możliwość jego popełnienia i na to się godzi (art. 9 § 1 k.k.).

różnic narodowościowych, wyznaniowych czy rasowych. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02⁴, 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. Propagowanie publiczne oznacza, że następuje w takim miejscu, w taki sposób lub w takich okolicznościach, że zachowanie sprawcy może być odebrane przez większą, bliżej nieokreśloną liczbę osób. Przez pojęcie „ustroju faszystowskiego” należy rozumieć totalitarny ustrój państwa o skrajnie nacjonalistycznym charakterze, zaś przez „inny totalitarny ustrój państwa” – każdy ustrój, w którym występuje skrajna postać rządów autorytarnych.

Z kolei w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2007 r., IV KK 406/06⁵, Sąd wskazał, że 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 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. Dla realizacji znamienia "nawoływanie do nienawiści" wystarczy, że sprawca nawołując zmierza do pojawienia się uczucia wrogości wobec określonych w przepisie osób. Nawoływanie musi zatem zawierać takie treści, które są w stanie wzbudzać nienawiść, to jest wrogość, silną niechęć do kogoś⁶. W przeciwieństwie do podżegania, które skierowane musi być do konkretnego adresata, nawoływanie odnosi się przy tym do niezindywidualizowanych odbiorców, w nieokreślonej liczbie, także nieznanymi sprawcy - wszystkich potencjalnych słuchaczy jego wypowiedzi⁷.

Przestępstwo to ma charakter formalny, tj. aby można było mówić o jego popełnieniu nie jest konieczne spowodowanie jakichkolwiek konsekwencji.

Jest to występki zagrożony karą grzywny, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. W konkretnych przypadkach biorąc pod uwagę indywidualny charakter sprawy sąd może warunkowo umorzyć postępowanie, a nawet odstąpić od wymierzenia kary i poprzestać na orzeczeniu środka karnego (art. 59 § 1 k.k.).

Możliwy jest właściwy zbieg art. 256 § 1 k.k. z innymi przestępstwami rozdziału XXXII k.k., w tym w szczególności z art. [257](#) k.k. Zbieg ten związany jest z zasadą, że jeden

⁴ OSNKW 2002, nr 5-6, poz. 32.

⁵ OSNwSK 2007, nr 1, poz. 367.

⁶ Z. Ćwiąkalski, *Komentarz do art. 256 Kodeksu Karnego*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, A. Zoll (red.), Zakamycze 2006; S. Hoc, *O przestępstwach z art. 256 k.k.*, s. 53 i n.

⁷ J. Giezek (red.), *Kodeks karny...* op. cit., s. 61.

czyn może stanowić jedno przestępstwo (art. 11 § 1 k.k.). Rzeczywisty właściwy zbieg przepisów ustawy (skutkujący przyjęciem tzw. kumulatywnej kwalifikacji - [art. 11 § 2](#)) ma miejsce wtedy, gdy jeden czyn sprawcy wyczerpuje znamiona typów czynów zabronionych określonych w co najmniej dwóch przepisach ustawy karnej, pominięcie zaś w kwalifikacji któregoś ze zbiegających się przepisów spowodowałoby, iż nie byłaby oddana w kwalifikacji prawnej zawartość bezprawia tego czynu. Warunkiem zachodzenia rzeczywistego zbiegu przepisów jest krzyżowanie się zakresu przepisów⁸.

2) Przepis art. 257 k.k.

Przepis art. 257 k.k. stanowi, że *„Kto publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególną osobę z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.”*

Przedmiotem ochrony w/w regulacji są - z jednej strony - prawa i wolności człowieka, jego godność i nietykalność, a z drugiej - porządek publiczny. Cześć i nietykalność cielesna człowieka, w tym ujęciu rozpatrywana jest zatem nie tyle w aspekcie indywidualnym, ale w odniesieniu do funkcjonowania całego porządku publicznego.

Strona przedmiotowa omawianego przestępstwa polega na publicznym⁹ znieważeniu osoby lub grupy ludności lub naruszeniu nietykalności cielesnej innej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości. Pojęcie „znieważa” nie zostało zdefiniowane w kodeksie karnym. Znaczenie słowa jest jednak spójne z obowiązującym w języku powszechnym i oznacza naruszenie czyjejś godności, obrażenie kogoś, ublizanie komuś¹⁰. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2008 r., [III KK 234/07](#)¹¹ znieważenie polega na użyciu słów obelżywych lub sformułowaniu zarzutów obelżywych lub ośmieszających, postawionych w formie niezracjonalizowanej. O uznaniu określonych sformułowań za "znieważające" decydują przyjęte w społeczeństwie oceny i normy obyczajowe, a nie subiektywne przekonanie osoby rzekomo znieważonej¹². Dodatkowo należy podkreślić, że znaczenie poszczególnych słów można również

⁸ M. Mozgawa. *Komentarz do art. 11 Kodeksu Karnego*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, M. Mozgawa (red.), WK 2015.

⁹ Uwagi odnośnie znaczenia publicznego zachowania – patrz str. 2 niniejszego opracowania.

¹⁰ Słownik Języka Polskiego PWN, źródło: <http://sjp.pwn.pl/>, data odczytu: 2 kwietnia 2016 r.

¹¹ Biul. PK 2008, nr 10, s. 33.

¹² Por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2012 r., [SNO 26/12](#), LEX nr 1231618.

uznać za obelżywe z uwagi na tak przyjęte ich rozumienie w lokalnej społeczności¹³. Przy kwalifikacji zachowania jako zniewagi w świetle art. 257 k.k. należy podkreślić konieczność wystąpienia związku między określonym postępowaniem a jego motywacją dyskryminacyjną. Warto dodać, że zniewagi można dopuścić się w różnych formach, tj. słownie, pismem, drukiem, wizerunkiem, przeważnie przez działanie.

Przestępstwo określone w art. 257 k.k. ma charakter dwojaki: w przypadku znieważenia przestępstwo ma charakter formalny, a w przypadku zaś naruszenia nietykalności cielesnej – materialny. Jego przedmiotem jest osoba lub grupa ludności charakteryzująca się wspólną cechą, np. wyznawaniem tej samej religii¹⁴.

Podmiotem przestępstwa, podobnie jak w przypadku art. 256 k.k., może być każdy człowiek zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej, bowiem jest to przestępstwo powszechne. Jeżeli zaś chodzi o stronę podmiotową, to należy wskazać, że polega ona na umyślności w postaci: według większości przedstawicieli doktryny - zamiaru bezpośredniego, a według mniejszości – również zamiaru ewentualnego (np. A. Zoll, J. Piórkowska-Flieger). Wydaje się jednak, że bardziej przekonujący jest pogląd przemawiający za konstatacją, że przestępstwo to można popełnić tylko w zamiarze bezpośrednim, który wskazuje kierunkowość działania sprawcy zabarwioną swoistą motywacją dyskryminacyjną. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w orzeczeniu z dnia 20 kwietnia 2015 r. II Aka 26/15, LEX nr 1711578: *„Sprawca musi bowiem zarówno mieć świadomość określonych cech pokrzywdzonego (rasy, narodowości, wyznania czy bezwyznaniowości), jak i chcieć naruszenia jego godności lub nietykalności cielesnej właśnie z ich powodu i przede wszystkim z ich powodu. Istota powyższego czynu nie polega bowiem jedynie na samym znieważeniu (naruszeniu nietykalności cielesnej), ale okazaniu osobom przeciwstawianym sobie przez sprawcę, charakteryzowanym jako "inne", ich niższości i zanegowaniu ich prawa do równego traktowania. Racją penalizacji jest tu przecież zwalczanie celowej, intencjonalnej wrogości o podłożu rasistowskim, nacjonalistycznym lub religijnym. Wszak obojętność woli zamiaru ewentualnego musiałaby oznaczać także obojętność dla różnic wymienionych w dyspozycji komentowanego przepisu”*¹⁵.

Analizowane przestępstwo jest występkiem zagrożonym karą pozbawienia wolności do lat 3. Art. 257 k.k. może pozostawać w zbiegu z innymi przepisami sankcjonującymi czyny skierowane przeciwko porządkowi publicznemu (rozdział XXXII k.k.). Na marginesie warto

¹³ Z. Cwiakalski, *Kodeks karny. Część szczególna*, A. Zoll (red.), t. 2, 2013, s. 1389.

¹⁴ J. Piórkowska-Flieger, *Kodeks karny. Komentarz*, T. Bojarski (red.) s. 671.

¹⁵ D. Gruszecka, *Komentarz do art. 257 Kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, J. Giezek (red.), LEX 2014.

również dodać, że przepis [art. 257](#) stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisów [art. 216 § 1](#) k.k. (zniewaga) i [art. 217 § 1](#) k.k. (naruszenie nietykalności cielesnej).

V. Ocena prawna

W doktrynie i judykaturze podkreśla się, że fundamentem demokratycznego państwa prawa jest pluralizm i szanowanie podstawowych praw i wolności innych osób, a w konsekwencji zwalczanie wszelkich przejawów prześladowań i nietolerancji. Prawnokarna ochrona przed tzw. przestępstwami popełnianymi z nienawiści (*hate crimes*) stanowi jeden z elementów antydyskryminacyjnej polityki państwa demokratycznego¹⁶. Zarówno przepis art. 256 § 1 k.k. jak i art. 257 k.k. opisują przestępstwa popełniane z nienawiści (*hate crimes*), a ściślej - mowy nienawiści (*hate speech*).

Analiza opisanego w pkt. II zachowania z uwzględnieniem przedstawionej powyżej wykładni przepisów art. 256 i 257 k.k. prowadzi do wniosku, że zachowanie internauty zamieszczającego wpis na portalu społecznościowym Facebook.com o treści „*powtórzyć holocaust jebanych Żydów*” mogło wypełnić znamiona tych czynów zabronionych.

Sformułowanie „*powtórzyć holocaust*” może być traktowane jako nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych i rasowych. Nawołanie do nienawiści to wypowiedź, która przez członków danej społeczności, tj. społeczności osób, do których jest skierowana, postrzegana jest jako taka, która ma wzbudzić uczucie wrogości. Jej treść oraz charakter interpretować należy przede wszystkim z uwzględnieniem okoliczności, w których została rozpowszechniona. W niniejszej sprawie brak szczegółowych informacji na temat owego kontekstu oraz tego, czy wypowiedź była skierowana do jakiejś szczególnej grupy odbiorców, którzy mogliby interpretować ją w sposób odmienny od interpretacji wynikającej z obecnie powszechnie w Polsce przyjmowanych znaczeń wykorzystanego przez sprawcę sformułowania. Holocaust (*gr. holokaustos* – „całopalenie, ofiara całopalna”; „zagłada Żydów”) to termin przyjęty na określenie [ludobójstwa](#) milionów europejskich [Żydów](#) oraz innych prześladowanych grup dokonanego w czasie [II wojny światowej](#) przez [III Rzeszę](#) i wspieranego w różnym stopniu przez uzależnione od niej państwa sojusznicze. Znaczenie tego pojęcia wśród historyków jest utrwalone i można tu mówić o notorium sądowym¹⁷. Powtórzenie Holocaustu to nic innego jak dokonanie powtórnej zagłady milionów ludzi, ich wymordowanie i wyniszczenie. Nadto, wobec tego, że ofiarami nazistowskiego ludobójstwa byli nie tylko Żydzi ale też członkowie innych

¹⁶ D. Gruszecka, *Komentarz do art. 257 Kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, J. Giezek (red.), LEX 2014.

¹⁷ Por. art. 168 k.p.k. oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2011 r. V KK 98/11, LEX nr 950444.

narodowości, wypowiedź internauty można rozumieć szerzej aniżeli skierowaną tylko do Żydów. Użycie zwrotu „*powtórzyć holocaust*” należy więc traktować jako wypowiedź nacechowaną ładunkiem agresji, która wywołuje nienawiść i gniew, jest pobudzająca do przemocy i zachęcająca do buntu. Słowa te wywołują negatywne emocje i naruszają część i godność osobistą ze względu na pochodzenie, a tym samym mogą być traktowane jako nawołujące do nienawiści na tle różnic narodowościowych¹⁸.

To, czy sprawca publikując tak sformułowany wpis na portalu społecznościowym wypełnił przedmiotowe znamiona czynu z art. 256 § 2 k.k. uzależnione będzie od publicznego bądź też niepublicznego sposobu jego rozpowszechniania i ustalenia, czy był on dostępny tylko dla wybranych osób, znajomych sprawcy czy też był dostępny publicznie i mógł zostać odczytany przez bliżej nieokreśloną liczbę osób. Co do zasady internetowy portal społecznościowy Facebook jest miejscem, w którym z komentarzami (wpisami) może zapoznać się duża, bliżej nieokreślona liczba odbiorców. Sam jego charakter świadczy o tym, że jest to przede wszystkim miejsce do wymieniania swoich poglądów i opinii na szeroką, światową skalę. Zamieszczając dany wpis na tym portalu autor – o ile nie zastosuje specjalnych ustawień swojej prywatności - musi liczyć się z tym, że trafi on do szerokiego grona odbiorców, co więcej – najczęściej w tym też celu to czyni. Biorąc pod uwagę, że przedmiotowa dla niniejszej opinii wypowiedź dotarła do czytelnika, który zgłosił incydent jak opisano w pkt. I domniemywać należy, że post był dostępny publicznie i mógł być odczytany przez niezindywidualizowane grono odbiorców.

Opis stanu faktycznego nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, czy sprawca działał w zamiarze bezpośrednim popełnienia czynu z art. 256 § 1 k.k. Jednak charakter i forma wypowiedzi przemawiają za przyjęciem, że celem autora było wzbudzenie wśród odbiorców nienawiści i wrogości - o bezpośrednim zamiarze działania sprawcy, świadczy już samo publiczne nawoływanie do nienawiści.

O ile wypowiedź „*powtórzyć holocaust*” może stanowić wypełnienie znamion czynu z art. 256 § 1 k.k., o tyle użycie epitetu „*jebani Żydzi*” może zostać uznane za znieważające w rozumieniu art. 257 k.k. Podobnie jak opisano powyżej, o charakterze danej wypowiedzi jako znieważającej, decyduje jej kontekst oraz to, czy jest ona rozpoznawana w społeczności jej adresatów jako „*zelźenie*”¹⁹. Ponieważ stan faktyczny nie daje podstaw do tego aby

¹⁸ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 września 2013 r., II AKa 301/13, Biul.SAKa 2013/4/8-9, KZS 2014 nr 2, poz. 70.

¹⁹ Por. R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym*, Zeszyty Naukowe UJ – Prace z nauk politycznych, z. 37, Kraków 1989, s. 115.

przedmiotową wypowiedź umieszczać w jakimś szczególnym kręgu kulturowym, odwołać należałoby się przy tym do powszechnych ocen obowiązujących obecnie w polskim społeczeństwie. Zwrot „jebani” uznawany jest za oczywiście obraźliwy, jest wulgaryzmem, który wywołuje negatywne emocje, najbardziej zbliżone do „wrogości”. Użycia tego terminu nie można przy tym interpretować jedynie jako wyrażenie dezaprobaty i niechęci. Przymiotnik ten w powszechnym odczuciu jest odbierany jako uwłaczający. Użycie w stosunku do kogoś omawianego wulgaryzmu poniża go i obraża, a dodatkowo na tle rasowym – degradowuje.

W analizowanym przypadku, z przyczyn wskazanych powyżej, prawdopodobnie wypełnione zostało również znamię działania publicznego oraz umyślnego, w zamiarze bezpośrednim. Wobec tego, że przestępstwo z art 257 k.k., podobnie jak czyn z art. 256 § 1 k.k. ma charakter formalny, nie jest natomiast konieczne ustalenie, czy jakikolwiek odbiorca poczuł się znieważony.

Popelniony przez internautę czyn należałoby więc oceniać z perspektywy rzeczywistego (właściwego) zbiegu przepisów, jako wyczerpujący nie tylko znamiona opisane w przepisie art. 256 § 1 k.k., ale również art. 257 k.k. Autor wpisu nie tylko nawoływał do nienawiści na tle narodowościowym, ale jednocześnie dopuścił się zniewagi. Wobec tego, że w świetle polskiego prawa jeden czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo, a czyn sprawcy wyczerpuje znamiona dwóch typów czynów zabronionych koniecznym byłoby przyjęcie tzw. kumulatywnej kwalifikacji czynów ([art. 11 § 2](#)).

VI. Konkluzje

Udostępniony w zgłoszeniu stan faktyczny nie pozwala na jednoznaczne rozstrzygnięcie o odpowiedzialności karnej sprawcy czynu. Przyjmując opisane powyżej założenia (które powinny zostać zweryfikowane w ewentualnym postępowaniu karnym) należałoby stwierdzić, że jego zachowanie wypełniło podmiotowe i przedmiotowe znamiona występku określonego w przepisie art. 256 § 1 k.k. w zb. z art. 257 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Przypisanie sprawcy popełnienia przestępstwa uzależnione byłoby tym samym od ustalenia ponadto jego zawinienia, bezprawności oraz społecznej szkodliwości, przy czym trudno uznać, aby owa społeczna szkodliwość była znikoma.