

KANCELARIA PREZESA RADY MINISTRÓW
SEKRETARZ STANU
PEŁNOMOCNIK RZĄDU
DS. RÓWNEGO TRAKTOWANIA

Warszawa, dnia 14 stycznia 2015 r.

Małgorzata Fuszara
BPRT 4420-15(9)/14/MC

Pan Cezary Grabarczyk
Minister Sprawiedliwości

Szanowny Panie Ministrze,

w odpowiedzi na pismo z dnia 24 września 2014 r. (znak: DPK-I-070/55/14/2) ponownie zwracam się z uprzejmą prośbą o podjęcie działań legislacyjnych, których skutkiem będzie penalizacja „mowy nienawiści” z powodu takich przesłanek jak płeć, niepełnosprawność, wiek, orientacja seksualna oraz tożsamość płciowa.

Jeszcze raz pragnę zauważyć, że ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.), zwana dalej „Kodeksem karnym”, w przepisach art. 119, art. 256 oraz art. 257 penalizuje „mowę nienawiści” jako odrębne przestępstwo jedynie, gdy dotyczy ona przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznania lub bezwyznaniowości.

Z raportu Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej, który poświęcony jest dyskryminacji na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej (*Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity, Agencja Praw Podstawowych, Luksemburg, 2010*), wynika, że homofobiczne i transfobiczne przestępstwa motywowane nienawiścią są coraz powszechniej penalizowane. Dla przykładu pragnę wskazać, że prawo karne takich państw członkowskich Unii Europejskiej jak: Belgia, Dania, Estonia, Hiszpania, Francja, Irlandia, Litwa, Holandia, Portugalia, Rumunia, Szwecja, Słowenia oraz Wielka Brytania przewiduje przestępstwa motywowane uprzedzeniami między innymi na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. Równocześnie przepisy ustaw karnych Belgii, Danii, Hiszpanii, Finlandii, Francji, Litwy, w Holandii, Portugalii, Rumunii, Szwecji i Wielkiej Brytanii uznają, że popełnienie przestępstwa motywowanego uprzedzeniami na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej jest okolicznością obciążającą. Dodatkowo pragnę zauważyć, że choć prawodawstwo niemieckie nie przewiduje kategorii przestępstwa z nienawiści na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, to kategorię taką wyodrębniło orzecznictwo; podobna sytuacja jest na Węgrzech. Na tle wymienionych krajów Polska jest jednym z nielicznych państw Unii Europejskiej, którego ani prawodawstwo ani orzecznictwo nie przewidują skutecznej ochrony prawnokarnej przed przestępczością motywowaną homofobicznie i transfobicznie. Krajowe przepisy prawa powinny brać również pod uwagę dorobek Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

w Strasburgu, który w orzeczeniu z dnia 9 lutego 2012 r. w sprawie Vejdeland przeciwko Królestwu Szwecji (numer skargi 1813/07) stwierdził, że „*podżeganie do nienawiści niekoniecznie pociąga za sobą wezwanie do popełnienia czynu z wykorzystaniem przemocy lub innych czynów zabronionych. Dokonywanie ataków na osoby poprzez obrażanie, wyśmiewanie lub obmawianie określonej grupy ludności mogą stanowić wystarczający powód dla zwalczania przez władze mowy nienawiści wobec nieodpowiedzialnego korzystania przez ich autorów z wolności wypowiedzi. Należy w tej mierze podkreślić, iż dyskryminacja ze względu na orientację seksualną jest równie poważna jak dyskryminacja ze względu na rasę, pochodzenie lub kolor skóry.*”. Wyrok ten stanowi wyraźną wskazówkę dla polskiego ustawodawcy mówiącą, że regulacja taka jest zgodna z europejskimi standardami ochrony praw człowieka i powinna zostać wprowadzona do polskiego systemu prawa karnego.

Ponadto pragnę wskazać, że Komitet Ministrów Rady Europy, której Polska jest członkiem od 1991 r., wydał w dniu 31 marca 2010 r. na 1081. posiedzeniu Zastępców Ministrów zalecenie dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej (CM/Rec(2010)5). W dokumencie tym rekomendowano, aby Państwa Członkowskie Rady Europy zbadały „*istniejące środki prawne i inne środki oraz dokonywały stałego ich przeglądu, gromadziły i analizowały właściwe dane w celu monitorowania i zadośćuczynienia jakiegokolwiek bezpośredniej bądź pośredniej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową.*”. Ponadto zalecono Państwom Członkowskim, aby zapewniły skuteczne, szybkie i niezależne śledztwo w sprawach domniemanych przestępstw i innych incydentów, co do których istnieje uzasadnione podejrzenie, że motywem sprawcy była orientacja seksualna lub tożsamość płciowa ofiary.

Ponadto, Komitet przeciwko torturom, powstały na mocy Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania (Dz. U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378, z późn. zm.) po rozpatrzeniu V i VI sprawozdania okresowego Polski przyjął w dniu 19 listopada 2013 r. istotne dla przedmiotowego problemu uwagi końcowe (CAT/C/SR 1202). Zgodnie z tymi uwagami Komitet przeciwko torturom zaleca, aby Polska wprowadziła do Kodeksu karnego przepisy w celu karania przestępstw z nienawiści jako aktów dyskryminacji i przemocy ze względu na orientację seksualną, niepełnosprawność oraz wiek. Komitet wezwał Polskę do podjęcia również wszystkich koniecznych działań w celu zwalczania dyskryminacji i przemocy skierowanej przeciwko osobom pochodzenia arabskiego, azjatyckiego i afrykańskiego, osób LGBT oraz osób należących do społeczności romskiej, jak również do pojęcia skutecznych

działań dla zapobiegania przejawom antysemityzmu we wszystkich formach. Komitet rekomendował Polsce zwrócenie szczególnej uwagi na monitorowanie działań prawnych i administracyjnych oraz planów szkoleń, które powinny wskazywać, że przestępstwa popełniane na tle nienawiści nie będą tolerowane, a tym samym odpowiednio karane.

Komitet Praw Człowieka, powstały na mocy Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167), po rozpatrzeniu VI okresowego sprawozdania Polski, wyraził troskę ze względu na fakt znacznego wzrostu liczby przejawów mowy nienawiści i nietolerancji wobec lesbijek, gejų, osób biseksualnych i transpłciowych. Komitet Praw Człowieka wyraził również żal, że w Kodeksie karnym brak jest przepisów uznających mowę nienawiści ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową za przestępstwa. Komitet Praw Człowieka rekomendował Polsce, aby wszystkie zarzuty o napaść i stosowanie gróźb wobec osób ze względu na ich orientację seksualną lub tożsamość płciową były dokładnie badane. Ponadto, Komitet Praw Człowieka zalecił Polsce znowelizować Kodeks karny poprzez wprowadzenie do niego definicji mowy nienawiści i przestępstw z nienawiści ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową oraz przez uznanie tych czynów za przestępstwa.

Należy jednocześnie podkreślić, że z powodu braku penalizacji „mowy nienawiści” ze względu na płeć, przeciwko Polsce złożono *quasi-skargę*, to jest zawiadomienie do Komitetu do spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet (działającego w ramach ONZ), czyli organu traktowego Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet (Dz. U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71). Zgodnie z art. 1 tej Konwencji dyskryminacja kobiet oznacza wszelki różnicowanie, wyłączenie lub ograniczenie ze względu na płeć, które powoduje lub ma na celu uszczuplenie albo umożliwienie kobietom, niezależnie od ich stanu cywilnego, przyznania, realizacji bądź korzystania na równi z mężczyznami z praw człowieka oraz podstawowych wolności w dziedzinach życia politycznego, gospodarczego i społecznego, kulturalnego, obywatelskiego i innych. Jedną z form dyskryminacji wobec kobiet jest przemoc, która może przybrać wymiar fizyczny, psychiczny, seksualny i ekonomiczny. Przedmiotem skargi było zachowanie polegające na zawarciu w podręczniku do nauki języka angielskiego treści pochwalających gwałt, a tym samym pochwalających przemoc ze względu na płeć. W publikacji „Angielskie czasy – już prościej się nie da” zawarto m.in. następujące sformułowania:

- „Ona nie zostanie zgwałcona do końca 2000 roku (biedna brzydulka).”;
- „Tomcio zgwałci Lindę jutro.”;
- „Linda miała nadzieję, że zostanie zgwałcona przed nadejściem lata.”.

Polska, w związku z brakiem w Kodeksie karnym przepisów dotyczących mowy nienawiści między innymi ze względu na płeć, nie ma skutecznych instrumentów ścigania tego rodzaju czynów. Utrzymanie obecnego stanu prawnego i nieściganie czynu polegającego na publikacji wyżej wymienionych treści, jako przestępstwa nawoływania do gwałtu (mowa nienawiści z powodu płci), stwarza zagrożenie dla określonych dóbr ogólnych i stanowić może *de facto* przyzwolenie na naruszenie porządku prawnego.

Jak wskazałam w piśmie z dnia 5 września 2014 r. (BPRT 4420-151/1/14/MC) Kodeks karny nie przewiduje *sui generis* przestępstw z nienawiści ukierunkowanych na płeć, wiek, niepełnosprawność orientację seksualną oraz tożsamość płciową. W swoim piśmie z dnia 24 września 2014 r. Pan Minister sam przyznaje, że w polskim prawie karnym brak jest szczególnego typu przestępstwa, który penalizowałby zachowanie określane potocznie jako „homofobiczna mowa nienawiści” czy typów przestępstw, do których znamion należałyby pozostałe wskazane kryteria takie jak płeć, wiek, niepełnosprawność, z powodu których realizowana jest czynność sprawcza. Fakt, że znaczna część zachowań składających się na zjawisko „mowy nienawiści” stanowi przestępstwo, jak Pan Minister podkreśla, nie jest w mojej opinii wystarczający dla ochrony określonych dóbr.

Przepis art. 190 § 1 Kodeksu karnego przewiduje dwa znamiona przestępstwa, to jest groźbę popełnienia zbrodni lub występku wobec danej osoby lub osoby dla niej najbliższej oraz uzasadnioną obawę, że groźba ta zostanie spełniona. W praktyce wymagane jest skonkretyzowanie adresata bądź adresatki groźby, poprzez wymienienie tej osoby bądź przez jej wyraźne wskazanie w inny sposób. Groźby, nawet pobicia i pozbawienia życia, kierowane pod adresem konkretnej grupy osób, np. klientów lokalu założonego zasadniczo z myślą o osobach np. homoseksualnych i osobach biseksualnych, nie są kwalifikowane ani z przepisu art. 190 § 1 Kodeksu karnego ani z jakiegokolwiek innego przepisu tej ustawy. Analogiczne groźby kierowane pod adresem osób uczęszczających do miejsca spotkań mniejszości religijnej (miejsca kultu, miejsca pochówku), etnicznej, rasowej bądź narodowościowej (ośrodka imigracyjnego, placówki kulturowej lub edukacyjnej), są kwalifikowane z art. 119 § 1 Kodeksu karnego i ścigane z urzędu. Nie jest przy tym wymagana konkretyzacja osób, wobec których kierowane są groźby, podobnie jak nie jest wymagane wystąpienie obawy przed ich spełnieniem – w związku z czym nie analizuje się tego, na ile realne było spełnienie groźby.

Przepisy art. 212 § 1 (zniesławienie) i art. 212 § 2 Kodeksu karnego (zniesławienie za pomocą środków masowego komunikowania) przewidują karalność zachowania polegającego na pomówieniu innej osoby bądź grupy osób o takie postępowanie lub właściwości, które

mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności. Podnosi się przy tym, że postępowanie bądź właściwość pomówionego były negatywne z punktu widzenia opinii publicznej (ochrona czci zewnętrznej pomówionego). Badania opinii publicznej przeprowadzane w tym zakresie w Polsce wskazują na to, że homoseksualność sama w sobie jest cechą postrzeganą jednoznacznie negatywnie. Orientacja seksualna jest cechą obiektywną, niezależną od woli i wysiłków jakiegokolwiek osoby, nie może też – podobnie jak np. kolor skóry – stanowić kryterium postrzegania i oceny tej osoby. Przypisywanie orientacji seksualnej negatywnych konotacji z zasady nie może zatem mieć miejsca. Zniesławienie osoby nieheteroseksualnej poprzez samo ujawnienie jej orientacji seksualnej, podobnie jak zniesławienie osoby heteroseksualnej przez błędne przypisanie jej biseksualności lub homoseksualności, nie są zatem możliwe. Zniesławieniem będzie natomiast takie zachowanie (przede wszystkim w formie wypowiedzi ustnej lub pisemnej), które powiąże konkretną orientację seksualną z cechą będącą jednoznacznie negatywnie postrzeganą a zarazem nieprawdziwą. Zniesławieniem będzie zatem nieprawdziwa wypowiedź o faktach – np. określenie biseksualności lub homoseksualności mianem zwyrodnienia, zboczenia, dewiacji czy choroby a także zestawienie ze sobą (przypisanie im takiego samego lub zbliżonego negatywnego ładunku) np. homoseksualności, biseksualności oraz pedofilii, zoofilii i nekrofilii.

Przepis art. 216 Kodeksu karnego (zniewaga) ma na celu ochronę czci wewnętrznej każdego człowieka, zatem ochronę przed obrażą, która ma dotknąć jego samego. Problem ze stosowaniem tego przepisu dla ochrony przed homofobicznie motywowaną mową nienawiści jest analogiczny do zarysowanego wyżej w przypadku art. 212 Kodeksu karnego. Osoba znieważona (w założeniu byłaby to osoba homoseksualna bądź biseksualna) sama musiałaby uważać homoseksualność lub biseksualność za cechy poniżające i obraźliwe, a nadto wykazać, że ich nie posiada.

Niezależnie od powyższego należy wskazać na słabość ochrony zapewnianej przez art. 212 oraz art. 216 Kodeksu karnego wynikającą z prywatnoskargowego charakteru tych przestępstw. W przypadku art. 119 § 1, art. 256 § 1 oraz art. 257 Kodeksu karnego ściganie przestępstw następuje z oskarżenia publicznego.

Na poziom ochrony zapewnianej przez przepisy art. 212 i art. 216 Kodeksu karnego wpływa też przewidziane w nich zagrożenie karą: przepis art. 212 § 1 Kodeksu karnego przewiduje karę grzywny, albo ograniczenia wolności; zniesławienie przy użyciu środków masowego komunikowania (przepis art. 212 § 2 Kodeksu karnego) zagrożone jest do jednego roku pozbawienia wolności, podczas gdy znieważenie zagrożone jest jedynie karami grzywny

i ograniczenia wolności, a znieważenie przy użyciu środków masowego komunikowania (przepis art. 216 § 2 Kodeksu karnego) – karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do jednego roku. Dla porównania: przepis art. 256 § 1 Kodeksu karnego przewiduje sankcję w postaci grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do dwóch lat, przepis art. 257 Kodeksu karnego – karę pozbawienia wolności do trzech lat, natomiast art. 119 Kodeksu karnego – karę pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat.

Warto też pamiętać, że już samo nawoływanie do popełnienia przestępstw z art. 119 § 1 Kodeksu karnego czy art. 257 Kodeksu karnego jest ścigane z art. 255 § 1 Kodeksu karnego. Ta dodatkowa ochrona osób należących do grup wymienionych w art. 119 § 1 Kodeksu karnego, art. 256 § 1 Kodeksu karnego i art. 257 Kodeksu karnego nie ma żadnego odpowiednika towarzyszącego regulacjom art. 212 Kodeksu karnego i art. 216 Kodeksu karnego.

Jak z powyższego dobitnie wynika, stosowanie przepisów art. 212 Kodeksu karnego i art. 216 Kodeksu karnego przez osoby homoseksualne i osoby biseksualne dla ich ochrony jest w najlepszym razie problematyczne. Dostępność ochrony przewidzianej w art. 212 Kodeksu karnego i art. 216 Kodeksu karnego jest mocno ograniczona przez prywatnoskargowy tryb ścigania, a przewidziane przez omawiane przepisy zagrożenie karą – niższe od przewidzianego w wyżej wymienionych przepisach.

W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że obecne regulacje, w szczególności art. 190 § 1 Kodeksu karnego, art. 212 Kodeksu karnego i art. 216 Kodeksu karnego nie zapewniają skutecznej, w tym ogólnodostępnej, prawnokarnej ochrony przed przestępstwami z nienawiści podyktowanej przesłanką płci, tożsamości płciowej, niepełnosprawności, wieku ani orientacji seksualnej. Stanowi to nie tylko brak wypełnienia konstytucyjnego zakazu dyskryminacji bez względu na wyżej wymienione przesłanki. Brak ten jest dużo wyraźniejszy i groźniejszy, jeśli uwzględnić sytuację społeczną wokół wykluczanych grup, a w szczególności odczucia społeczne wobec osób transpłciowych, osób biseksualnych, lesbijek i gejów. Przestępstwa z nienawiści popełnione wobec osób z tych grup również zagrażają dobrom ogólnym, w szczególności porządkowi publicznemu. Niezrozumiałe wydaje się zatem różnicowanie wzmożonej ochrony prawnej i objęcie tą ochroną osób wyłącznie ze względu na ich przynależność narodową, etniczną, rasową, polityczną, wyznanie bądź bezwyznaniowość, podczas gdy inne osoby – te które mogą być pokrzywdzone przestępstwem z powodu płci, niepełnosprawności, wieku, orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej – pozostają chronione na niższym poziomie. Nie mogę

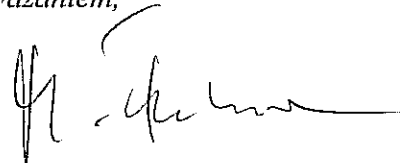
zgodzić się z lakonicznym stwierdzeniem zawartym w piśmie Ministra Sprawiedliwości, że „*brak jest jednocześnie szczególnego uzasadnienia aksjologicznego dla wprowadzania surowszej odpowiedzialności karnej sprawcy, który dopuszcza się wskazanych przestępstw motywowanych orientacją seksualną bądź tożsamością płciową osoby pokrzywdzonej.*”.
Możliwe było odstępianie od zasady jednakowej ochrony dóbr prawnych przez ustawodawcę, który uznał, że zachowanie polegające na „mowie nienawiści” wobec osób z powodu ich przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej oraz bezwyznaniowości zagrażają ogólnospołecznym dobrom. Mowa nienawiści wobec osób z powodu ich płci, niepełnosprawności, wieku, orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej – jak wykazałam powyżej – również ma taki poważny charakter. Podstawy rozróżnienia na te dwie grupy chronione w odmienny sposób upatruję w źródłach Kodeksu karnego, który powstawał w okresie, gdy problem homofobii nie był nagłaśniany, a późniejsze działania legislacyjne nie były nakierowane na rozszerzenie liczby mniejszości podlegających silniejszej ochronie prawem karnym.

Dodatkowo pragnę wskazać, że Konstytucja RP stanowi, iż przyrodzona i niezbywalna godność człowieka jest źródłem wolności i praw człowieka i obywatela. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych. W tym kontekście, uwzględniając także prawo i zalecenia organizacji międzynarodowych, których Rzeczypospolita Polska jest członkiem oraz judykaturę Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, pragnę podkreślić, że obecna ochrona przed mową nienawiści motywowana płcią, niepełnosprawnością, wiekiem, orientacją seksualną oraz tożsamością płciową oparta jedynie na generalnych zasadach Kodeksu karnego, a więc głównie na art. 212, art. 216 oraz art. 190, jak również zawartych w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121) przepisach dotyczących ochrony dóbr osobistych, w mojej ocenie nie jest wystarczająca.

Kierując przedmiotowe pismo do Pana Ministra, jeszcze raz proszę o podjęcie prac legislacyjnych mających na celu postulowaną nowelizację Kodeksu karnego, która miałaby zapewnić skuteczniejszą ochronę praw i wolności członków wyżej wskazanych grup narażonych na zachowania o charakterze dyskryminacyjnym. Propozycję nowelizacji przepisów Kodeksu karnego przekazuję Panu Ministrowi w załączeniu do przedmiotowego wystąpienia.

Załącznik 1

Z poważaniem,



Propozycja nowelizacji przepisów Kodeksu karnego w zakresie przestępstw na tle dyskryminacji, określonych przepisami art. 119, art. 256 i art. 257 Kodeksu karnego

„Art. 119. § 1 Kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej, z powodu bezwyznaniowości lub ze względu na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.”.

„Art. 256. § 1 Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa albo nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.”.

„Art. 257. Kto publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególłą osobę z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu bezwyznaniowości, jak również ze względu na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.”.