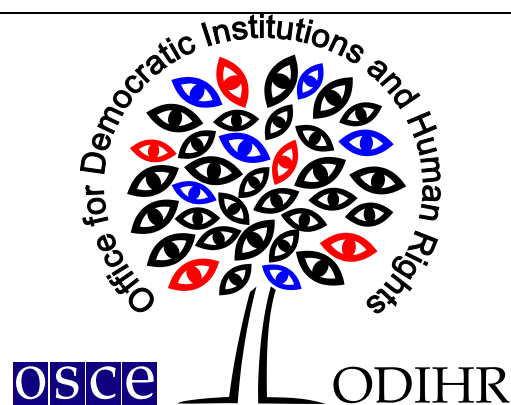


UNOFFICIAL TRANSLATION

Warszawa, 3 grudnia 2015 r.

Opinia nr: HCRIM-POL/277/2015 [AIC]

www.legislationline.org



OPINIA

O PROJEKCIE NOWELIZACJI NIEKTÓRYCH PRZEPISÓW POLSKIEGO KODEKSU KARNEGO

sporządzona w oparciu o nieoficjalne tłumaczenie projektu nowelizacji na język angielski zlecone przez Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE

*Niniejsza Opinia została poddana ocenie przez
Biuro Przedstawiciela OBWE ds. Wolności Mediów.*

Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE
ul. Miodowa 10, PL-00-251 Warszawa, tel. +48 22 520 06 00, faks +48 22 520 06 05

SPIS TREŚCI

I. WPROWADZENIE.....	3
II. ZAKRES OCENY	3
III. STRESZCZENIE	4
IV. ANALIZA I REKOMENDACJE	5
1. Standardy międzynarodowe i regionalne dotyczące przestępstw motywowanych uprzedzeniami	6
2. Uwagi ogólne na temat traktowania przestępstw motywowanych uprzedzeniami w prawie karnym	8
3. Lista cech chronionych	13
3.1. <i>Nowelizacja z 2014 r.</i>	<i>13</i>
3.2. <i>Nowelizacja z 2012 r.</i>	<i>15</i>
4. Uwagi dodatkowe	16
4.1. <i>Artykuł 119 Kodeksu karnego</i>	<i>16</i>
4.2. <i>Artykuły 194–196 Kodeksu karnego</i>	<i>17</i>
4.3. <i>Artykuły 256 i 257 Kodeksu karnego</i>	<i>19</i>
5. Uwagi końcowe	22

Załącznik: projekt nowelizacji polskiego Kodeksu karnego

I. WPROWADZENIE

1. *W dniu 18 września 2015 r. do Biura Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE (zwanego dalej „OBWE/BIDPC”) wpłynęło pismo od przewodniczącego podkomisji stałej ds. nowelizacji prawa karnego Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej. W piśmie tym przewodniczący podkomisji stałej wnioskował do OBWE/BIDPC o ocenę projektu nowelizacji niektórych przepisów polskiego Kodeksu karnego dotyczących niektórych przestępstw motywowanych uprzedzeniami (zwanego dalej „Projektem Nowelizacji”).*
2. *W dniu 29 września 2015 r. Dyrektor OBWE/BIDPC odpowiedział na powyższy wniosek, potwierdzając gotowość Biura do sporządzenia Opinii prawnej na temat zgodności Projektu Nowelizacji z międzynarodowymi standardami praw człowieka i zobowiązaniami OBWE.*
3. *Niniejszą Opinię sporządzono w odpowiedzi na wyżej wspomniany wniosek. OBWE/BIDPC dokonało tej oceny w ramach swojego mandatu, wyraźnie określonego decyzją Rady Ministerialnej OBWE nr 4/03 o tolerancji i niedyskryminacji, w której państwa uczestniczące OBWE zobowiązały się „gdy to właściwe, zwrócić się do BIDPC o pomoc w projektowaniu i przeglądzie takiego ustawodawstwa [służącego zwalczaniu przestępstw z nienawiści]”¹.*

II. ZAKRES OCENY

4. W zakres niniejszej Opinii wchodzi jedynie Projekt Nowelizacji, który zostanie także poddany ocenie w kontekście pozostałych przepisów Kodeksu karnego tam, gdzie będzie to właściwe i odpowiednie OBWE/BIDPC otrzymało dwa projekty nowelizacji, natomiast niniejsza Opinia skupia się przede wszystkim na nowszym projekcie z 2014 r., który ma szerszy zakres. Większość rekomendacji w niej zawartych ma jednak także zastosowanie do nowelizacji zaproponowanej w 2012 r. (dalej zwanej „Projektem Nowelizacji z 2012 r.”); we właściwych przypadkach opatrzone je dodatkowym komentarzem. Z racji ograniczenia zakresu, Opinia nie stanowi pełnej i wyczerpującej oceny całości ram prawnych i instytucjonalnych dotyczących zapobiegania przestępstwom motywowanym uprzedzeniami, ochrony przed nimi oraz ścigania sprawców w Rzeczypospolitej Polskiej.
5. W Opinii podniesiono najważniejsze kwestie i wskazano obszary budzące obawy. W trosce o zwięzłość, skupiono się w niej głównie na obszarach, które wymagają zmian lub udoskonaleń, nie zaś na pozytywnych aspektach Projektu Nowelizacji. Poniższe zalecenia oparte są na międzynarodowych i regionalnych standardach odnoszących się do praw człowieka i podstawowych wolności, a także na właściwych zobowiązaniach OBWE. W Opinii wskazano także we właściwych przypadkach dobre praktyki w tej dziedzinie w innych państwach uczestniczących OBWE.
6. Niniejsza Opinia została sporządzona w oparciu o nieoficjalne tłumaczenie Projektu Nowelizacji na język angielski na zlecenie OBWE/BIDPC, które dołączono do niniejszego dokumentu jako załącznik. Skutkiem mogą być błędy wynikające z tłumaczenia.
7. W związku z powyższym OBWE/BIDPC zaznacza, że niniejsza Opinia nie przesądza o wszelkich ewentualnych przyszłych pisemnych lub ustnych rekomendacjach i uwagach

¹ Zob. pkt 6 decyzji Rady Ministerialnej OBWE nr 4/03 na temat tolerancji i niedyskryminacji podjętej na posiedzeniu Rady Ministerialnej w Maastricht w dniu 2 grudnia 2003 r., dostępnej pod adresem <http://www.osce.org/mc/19382>.

jakie OBWE/BIDPC może wyrazić w związku z przedmiotowym oraz innym ustawodawstwem Rzeczypospolitej Polskiej.

III. STRESZCZENIE

8. Na wstępie należy wyrazić aprobatę wobec zamiaru specjalnego odniesienia się do przestępstw motywowanych uprzedzeniami w polskim prawie karnym. Chociaż obecny Kodeks karny zawiera już pewne przepisy zmierzające w tym kierunku, rozważane dodatkowe zmiany prawne, mające na celu sprawniejsze zapobieganie przestępstwom motywowanym uprzedzeniami oraz ich zwalczanie, są pozytywnym krokiem, zgodnym z niektórymi najnowszymi raportami i zaleceniami wydawanymi przez międzynarodowe i regionalne organy monitorujące przestrzeganie praw człowieka. Zgodnie z zaleceniami tych organów Projekt Nowelizacji wyraźnie chroni dodatkowe cechy osobiste, co stanowi zdecydowany wyraz potępienia społecznego dla szerszej grupy przestępstw motywowanych uprzedzeniami.
9. Jednocześnie sformułowania części przepisów Kodeksu karnego przedłożonych do oceny wydają się zbyt niedookreślone, aby spełniać wymogi pewności prawnej, przewidywalności i określoności właściwe dla prawa karnego. Niektóre z nich mogą też potencjalnie nadmiernie ograniczać wolność słowa i należy ponownie rozważyć je w całości bądź zawęzić ich zakres.
10. W celu dalszej poprawy zgodności Projektu Nowelizacji z międzynarodowymi standardami praw człowieka i dobrymi praktykami, OBWE/BIDPC przedstawia następujące główne rekomendacje:
 - A. Rozważyć wprowadzenie w systematyczny sposób surowszych kar do właściwych przepisów polskiego Kodeksu karnego za najpoważniejsze lub najczęstsze rodzaje przestępstw motywowanych uprzedzeniami, zapewniając jednocześnie, aby nie pokrywały się one z innymi przepisami Kodeksu karnego; [pkt 31]
 - B. Wskazać w art. 53 § 2 Kodeksu karnego, że podczas ustalania „motywacji” sprawcy, sąd powinien w szczególności uznawać potencjalne uprzedzenia wynikające z niektórych cech chronionych ofiary lub ofiar za okoliczność obciążającą, jeżeli uprzedzenia te nie stanowią znamienia samego czynu zabronionego; [pkt 33]
 - C. Wskazać, że przestępstwa motywowane uprzedzeniami obejmują również przestępstwa popełnione w związku z rzeczywistą lub domniemaną przynależnością ofiary do chronionej grupy lub jej związkiem z tą grupą, a także przypadki, w których cecha chroniona ofiary jest jednym z większej liczby motywujących czynników; [pkt 39–40]
 - D. Wskazać w Kodeksie karnym lub w innej ustawie, że wymierzenie surowszego wyroku ze względu na motywację wynikającą z uprzedzeń powinno być odnotowywane w rejestrze karnym; [pkt 34]
 - E. Zapewnić, aby kary za przestępstwa motywowane uprzedzeniami były surowsze od kar za te same przestępstwa popełnione bez takiej motywacji; [pkt 46 i 64]
 - F. Rozważyć, czy art. 194 i 196 powinny pozostać w Kodeksie karnym bądź co najmniej zawęzić zakres tych przestępstw; [pkt 48–51]

- G. Wskazać w art. 256 § 1, co należy rozumieć przez „propagowanie” oraz „faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa”, aby w bardziej jednoznaczny sposób ograniczyć zakres zakazu; [pkt 53–58]
- H. Wyjaśnić w art. 256 i 257, jakie formy publicznego znieważania lub nawoływania do nienawiści są karalne, zapewniając zarazem wąskie określenie ich zakresu; należy też wykluczyć możliwość wymierzenia kary pozbawienia wolności w przypadku „publicznego znieważania”; [pkt 61–64] oraz
- I. Rozszerzyć zakres wyłączającego karalność przepisu zawartego w obecnym art. 256 § 3, aby obejmował on nie tylko art. 256 § 2, ale też art. 256 § 1, rozważając także poszerzenie zakresu takich potencjalnych okoliczności wyłączających karalność lub wyjątków. [pkt 57 i 62]

W tekście Opinii zawarto także Dodatkowe Rekomendacje (wytluszczone).

IV. ANALIZA I ZALECENIA

- 11. Przepęstwa motywowane uprzedzeniami (lub „przepęstwa z nienawiści”) są zazwyczaj definiowane jako przepęstwa popełniane z motywów związanych z uprzedzeniami². Oznacza to, że każde przepęstwo – przeciwko osobie, życiu, nietykalności cielesnej lub mieniu – jest przepęstwem motywowanym uprzedzeniami, jeżeli co najmniej jednym z motywów jest domniemana lub rzeczywista przynależność osoby stanowiącej cel do określonej grupy bądź jej związek z tą grupą. Takie grupy mają zazwyczaj widoczną i niezmienną cechę wspólną (tj. aspekt tożsamości osoby, który jest niezmienny lub ma fundamentalne znaczenie dla poczucia tożsamości takiej osoby)³, jak na przykład narodowość, pochodzenie narodowe lub etniczne, język, wyznanie lub wiarę, orientację seksualną, tożsamość płciową, niepełnosprawność lub podobny element stanowiący wyznacznik tożsamości grupowej⁴. W ustawodawstwie dotyczącym przepęstw motywowanych nienawiścią, które ma na celu zapewnienie takim grupom szczególnej ochrony, cechy takie określone są mianem „cech chronionych”⁵.
- 12. „Przepęstwa z nienawiści” należy odróżnić od „mowy nienawiści”, w której przypadku samo działanie polegające na mówieniu nie ma charakteru przepęstczego, ale przepęstwem czyni je przekazywanie zabronionych treści⁶. Chociaż nie istnieje uniwersalna definicja „mowy nienawiści”, a w regionie OBWE brakuje jednoznacznego porozumienia co do tego, jakie podejście do tej koncepcji należy przyjąć, „mowa nienawiści” jest karalna w licznych państwach uczestniczących OBWE, a celem tej karalności jest ograniczenie wolności słowa osób w przypadkach, gdy wolność ta koliduje z prawami podstawowymi innych osób.
- 13. Przepęstwa motywowane uprzedzeniami należy także odróżnić od ogólnych zachowań dyskryminacyjnych, które obejmują działania dyskryminacyjne niekoniecznie stanowiące

² Zob. preambułę decyzji Rady Ministerialnej OBWE nr 9/09 o zwalczaniu przepęstw motywowanych nienawiścią dostępną pod adresem <http://www.osce.org/cio/40695?download=true>. Zob. też OSCE/ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide* (2009) (zwany dalej „Praktycznym przewodnikiem BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przepęstw z nienawiści z 2009 r.”), dokument dostępny pod adresem <http://www.osce.org/odihr/36426?download=true>, s. 16.

³ *Ibidem*, s. 38 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przepęstw z nienawiści z 2009 r.”).

⁴ *Ibidem*, s. 38 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przepęstw z nienawiści z 2009 r.”).

⁵ *Ibidem*, s. 16 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przepęstw z nienawiści z 2009 r.”).

⁶ *Ibidem*, s. 25–26 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przepęstw z nienawiści z 2009 r.”).

przestępstwo (np. zatrudnienie lub niezatrudnienie pracownika, wydanie nakazu administracyjnego itp.) i generalnie należą do sfery prawa cywilnego lub administracyjnego, podczas gdy do przestępstwa motywowanego uprzedzeniami dochodzi tylko wtedy, gdy samo zasadnicze działanie jest już przestępstwem⁷.

14. Przepisy przedłożone do oceny dotyczą przestępstw motywowanych nienawiścią (art. 119 § 1 i częściowo art. 257), a także przestępstw dotyczących treści wypowiedzi publicznych (art. 196, art. 256 § 1 i częściowo art. 257) oraz niektórych karalnych form zachowań dyskryminacyjnych (art. 194).

1. Standardy międzynarodowe i regionalne dotyczące przestępstw motywowanych uprzedzeniami

15. Na poziomie międzynarodowym ochrona przed przestępstwami motywowanymi uprzedzeniami wynika z ogólnych umów międzynarodowych, takich jak Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych⁸ (zwany dalej „MPPOiP”) oraz Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej⁹ (zwana dalej „konwencją w sprawie dyskryminacji”). Na mocy MPPOiP państwa mają obowiązek zachowania należytej staranności w celu zapobiegania przypadkom pozbawienia życia oraz innym aktom przemocy, prowadzenia postępowania w ich sprawie, karania sprawców oraz zadośćuczynienia przez przyjęcie środków ustawodawczych i innych w celu zapewnienia *każdej* osobie skutecznej ochrony przed takimi aktami¹⁰. W art. 20 ust. 2 MPPOiP odniesiono się konkretnie do pewnych form „mowy nienawiści”, stwierdzając, że „[p]opieranie w jakikolwiek sposób nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej, stanowiące podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu powinno być ustawowo zakazane”. Ponadto zgodnie z art. 4 lit. a) konwencji w sprawie dyskryminacji należy „uznać za przestępstwo podlegające karze zgodnie z prawem wszelkie rozpowszechnianie idei opartych na wyższości lub nienawiści rasowej, wszelkie podżeganie do dyskryminacji rasowej, jak również wszelkie akty przemocy lub podżeganie do tego rodzaju aktów wobec jakiegokolwiek rasy bądź grupy osób o innym kolorze skóry lub innego pochodzenia etnicznego”.
16. W art. 16 ust. 5 Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych (zwanej dalej „KPON”)¹¹ stwierdza się, że Państwa-Strony „przygotują do wdrożenia skuteczne regulacje prawne i politykę, w tym regulacje i politykę uwzględniającą sprawy kobiet i dzieci, aby przypadki wyzysku, przemocy i wykorzystywania osób niepełnosprawnych mogły zostać zidentyfikowane, zbadane i, w razie konieczności, ścigane sądownie”.

⁷ *Ibidem*, s. 25 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (zwany dalej „MPPOiP”) przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucją 2200A (XXI) z dnia 16 grudnia 1966 r. Polska Rzeczpospolita Ludowa ratyfikowała MPPOiP w dniu 18 marca 1977 r.

⁹ Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (zwana dalej „konwencją w sprawie dyskryminacji”) przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucją 2106 (XX) z dnia 21 grudnia 1965 r. Polska Rzeczpospolita Ludowa ratyfikowała tę konwencję w dniu 5 grudnia 1968 r.

¹⁰ Zob. art. 6 ust. 1 MPPOiP, w którym stanowi się, że „[k]ażda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia”, które jest chronione prawem; art. 7 Paktu, w którym stwierdza się, że „[n]ikt nie będzie poddawany torturom lub okrutnemu, nieludzkiemu albo poniżającemu traktowaniu lub karaniu”; art. 26 MPPOiP, w którym stanowi się: „Wszyscy są równi wobec prawa i są uprawnieni bez żadnej dyskryminacji do jednakowej ochrony prawnej. Jakakolwiek dyskryminacja w tym zakresie powinna być ustawowo zakazana oraz powinna być zagwarantowana przez ustawę równa dla wszystkich i skuteczna ochrona przed dyskryminacją z takich względów, jak: rasa, kolor skóry, płeć, język, religia, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuacja majątkowa, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności”. Zob. też UN Human Rights Committee, *General Comment No. 31 on the Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant* [„Uwaga ogólna nr 31 na temat charakteru ogólnego obowiązku prawnego spoczywającego na państwach-stronach paktu”], U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), pkt 7–8, dokument dostępny pod adresem http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.13&Lang=en.

¹¹ Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych (zwana dalej „KPON”) przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne rezolucją 61/106 z dnia 13 grudnia 2006 r. Rzeczpospolita Polska ratyfikowała KPON w dniu 25 września 2012 r.

17. Na szczęblu Rady Europy ogólne standardy antydyskryminacyjne zawarto w art. 14 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zwanej dalej „EKPC”)¹², w którym zakazuje się dyskryminacji w związku z korzystaniem z praw chronionych na mocy konwencji, w tym prawa do życia oraz bezpieczeństwa (art. 2 i 3 EKPC). W odniesieniu do przestępstw motywowanych uprzedzeniami Europejski Trybunał Praw Człowieka (zwany dalej „ETPC”) orzekł, że „[p]rowadząc postępowania w sprawie aktów przemocy, takich jak znęcanie się, władze państwowe mają obowiązek podjąć wszelkie uzasadnione kroki w celu ujawnienia możliwych motywów dyskryminacyjnych. Traktowanie przemocy i brutalności, mających w zamiarze dyskryminację, na równi z przypadkami, które nie mają takiego wydzźwięku, oznaczałoby przymknięcie oka na specyficzny charakter czynów szczególnie destruktywnych dla praw podstawowych”¹³.
18. Niedawno ratyfikowana przez Polskę Konwencja Rady Europy w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (zwana dalej „Konwencją Stambulską”)¹⁴ również wymaga od państw-stron, aby podjęły „konieczne środki prawne lub inne działania zapobiegające wszelkim formom przemocy, popełnianej przez osobę fizyczną lub prawną, objętym zakresem niniejszej Konwencji” (art. 12 ust. 2). Dotyczy to też przemocy wobec kobiet związanej z płcią, czyli przemocy skierowanej przeciwko kobiecie, gdyż jest ona kobietą, lub w nieproporcjonalnym stopniu wpływającej na kobiety (art. 3 lit. d) Konwencji Stambulskiej). W tym roku Polska stała się także państwem-stroną Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości i Protokołu do niej¹⁵, które w szczególności dotyczą karalności czynów o charakterze rasistowskim i ksenofobicznym popełnionych przy użyciu systemów komputerowych.
19. Komisja Rady Europy przeciw Rasizmowi i Nietolerancji (zwana dalej „ECRI”) także wezwała państwa członkowskie do zapewnienia, aby przepisy krajowe, w tym przepisy prawa karnego, zostały skierowane w szczególności przeciwko rasizmowi, ksenofobii, antysemityzmowi i nietolerancji. W zaleceniu CM/Rec(2010)5 w sprawie środków zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową zalecono również szereg środków w celu zapobiegania „przestępstwom na tle nienawiści” i „mowie nienawiści” ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową oraz ich zwalczania¹⁶.
20. Na szczęblu Unii Europejskiej Polska jest związana przepisami decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawno-karnych (zwanej dalej „decyzją ramową UE z 2008 r.”)¹⁷. Warto również wspomnieć, że w dyrektywie 2012/29/UE ustanawiającej minimalne standardy w zakresie praw, wsparcia i

¹² Konwencja Rady Europy o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zwana dalej „EKPC”), podpisana w dniu 4 listopada 1950 r., weszła w życie w dniu 3 września 1953 r. Rzeczpospolita Polska ratyfikowała EKPC w dniu 19 stycznia 1993 r., ale nie ratyfikowała jak dotąd Protokołu nr 12 do EKPC, który rozszerza zakaz dyskryminacji na wszelkie prawa ustanowione prawem.

¹³ Zob. sprawę *Identoba i inni przeciwko Gruzji*, wyrok ETPC z dnia 12 maja 2015 r. (skarga nr 73235/12), pkt 67, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-154400#{\"itemid\":\[\"001-154400\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-154400#{\).

¹⁴ Konwencja Rady Europy w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, CETS nr 210 (zwana dalej „Konwencją ze Stambułu”) została ratyfikowana przez Rzeczpospolitą Polską w dniu 27 kwietnia 2015 r. i weszła w życie na jej terytorium w dniu 1 sierpnia 2015 r.

¹⁵ Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości (CETS nr 185) oraz jej Protokół dotyczący penalizacji czynów o charakterze rasistowskim i ksenofobicznym popełnionych przy użyciu systemów komputerowych (CETS nr 189) zostały ratyfikowane przez Rzeczpospolitą Polską w dniu 20 lutego 2015 r. i weszły w życie na jej terytorium w dniu 1 czerwca 2015 r.

¹⁶ Zalecenie RE CM/Rec(2010)5 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej przyjęte w dniu 31 marca 2010 r., dostępne pod adresem [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec\(2010\)5&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec(2010)5&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet) [polska wersja dostępna pod adresem http://rownetraktowanie.gov.pl/sites/default/files/rec_cm_2010_5_rekomendacja_pl_2_.pdf – przyp. tłum.].

¹⁷ Dokument dostępny pod adresem <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:32008F0913>.

ochrony ofiar przestępstw¹⁸ uznano „ofiary przestępstw z nienawiści” za specyficzną kategorię ofiar zasługującą na szczególne traktowanie.

21. Liczne zobowiązania OBWE dotyczą także walki państw uczestniczących OBWE z dyskryminacją i przestępstwami z nienawiści¹⁹, zwłaszcza Decyzja Rady Ministerialnej nr 9/09 o zwalczaniu przestępstw z nienawiści, w której wzywa się państwa uczestniczące OBWE do „[u]chwalenia we właściwych przypadkach konkretnego, dostosowanego do potrzeb ustawodawstwa mającego na celu zwalczanie przestępstw z nienawiści, w którym należy przewidzieć skuteczne kary uwzględniające wagę takich przestępstw”²⁰. W poniższych rekomendacjach zostaną również we właściwych przypadkach zawarte odniesienia do „Praktycznego przewodnika OBWE/BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści” (2009)²¹, który – choć nie ma charakteru wiążącego – może służyć jako użyteczny zasób w kontekście reformy ustawodawstwa dotyczącej przestępstw z nienawiści i powiązanych kwestii.

2. Uwagi ogólne na temat traktowania przestępstw motywowanych uprzedzeniami w prawie karnym

22. Przestępstwa motywowane uprzedzeniami różnią się od zwykłych przestępstw nie tylko ze względu na motywację sprawcy, ale także pod względem skutków dla ofiary oraz jej społeczności, gdyż te rodzaje przestępstw niosą bardzo wyraźny sygnał, że ofiary nie przynależą do społeczeństwa; takie przestępstwa mają też potencjał zwiększania występujących napięć między grupami społecznymi i mogą odgrywać rolę w zamieszkach między grupami etnicznymi lub niepokojach społecznych²². Specjalne traktowanie przestępstw motywowanych uprzedzeniami w prawie karnym wskazuje na brak akceptacji społecznej i zerowej tolerancji dla takich czynów, a surowsze kary przewidziane w przepisach lub orzecznictwo wskazują na ich szczególny charakter i wagę²³.
23. Na szczeblu międzynarodowym Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej ONZ zalecił wprowadzenie do prawa karnego przepisu stwierdzającego, że „popelnienie przestępstwa motywowanego rasizmem lub w celu rasistowskim stanowi okoliczność obciążającą pozwalającą na surowsze karanie”²⁴. Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka zalecił także „[u]chwalenie przepisów dotyczących

¹⁸ Dyrektywa UE 2012/29/UE przyjęta w dniu 25 października 2012 r., której przepisy państwa członkowskie UE miały obowiązek włączyć do krajowego porządku prawnego do dnia 16 listopada 2015 r., art. 22 ust. 3, dokument dostępny pod adresem <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029&from=en>.

¹⁹ Zobacz np. decyzję Rady Ministerialnej OBWE nr 4/03 z dnia 2 grudnia 2003 r.: „Rada Ministerialna [...] 8. Uznaje potrzebę zwalczania przestępstw z nienawiści [...]”, pkt 8; decyzja Stałej Rady OBWE nr 621 w sprawie tolerancji i walki z rasizmem, ksenofobią i dyskryminacją z dnia 29 lipca 2004 r.: „Stała Rada [...] postanawia, 1. Uczestniczące państwa zobowiązują się do: – Rozważenia uchwalenia lub wzmocnienia, we właściwych przypadkach, przepisów zakazujących dyskryminacji lub podżegania do przestępstw z nienawiści [...]”, pkt 1. Zob. też załącznik do decyzji nr 3/03 w sprawie planu działań na rzecz poprawy sytuacji Romów i Sinti na obszarze OBWE, decyzja Rady Ministerialnej 3/03 z dnia 2 grudnia 2003 r., pkt 9, dokument dostępny pod adresem <http://www.osce.org/odihr/17554?download=true>, w którym zaleca się „[w]ymierzanie surowszych wyroków za przestępstwa na tle rasowym popelniane zarówno przez osoby prywatne, jak i funkcjonariuszy publicznych”.

²⁰ Zob. decyzję Rady Ministerialnej OBWE nr 9/09 o zwalczaniu przestępstw motywowanych nienawiścią z 2 grudnia 2009 r., pkt 9, dostępną pod adresem <http://www.osce.org/cio/40695?download=true>.

²¹ *Op.cit.*, przypis 2 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

²² *Ibidem*, s. 17 i 19–23 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

²³ *Ibidem*, s. 21–23 i 33–37 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

²⁴ Zob. UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation No. 30: Discrimination Against Non-Citizens [Zalecenie ogólne nr 30: dyskryminacja osób niebędących obywatelami]*, 19 sierpnia 2004 r., pkt 22, dokument dostępny pod adresem http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7502&Lang=en. Zob. też UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation No. 31 on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system [Zalecenie ogólne nr 31 o przeciwdziałaniu dyskryminacji rasowej w zarządzaniu systemem sądownictwa karnego i jego funkcjonowaniu]*, 2005, pkt 4 lit. a), dokument dostępny pod adresem http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7503&Lang=en.

przestępstw z nienawiści, zgodnie z którymi homofobia i transfobia będą traktowane jako okoliczności obciążające przy wymierzaniu kary²⁵.

24. Na szczycie europejskim ECRI wezwała państwa członkowskie Rady Europy do zapewnienia, aby w przepisach krajowych, w tym w przepisach prawa karnego, przewidziano surowe kary za czyny rasistowskie i ksenofobiczne przez przyjęcie metod, takich jak „zdefiniowanie przestępstw częstych, lecz mających charakter rasistowski lub ksenofobiczny, jako osobnych przestępstw [oraz] umożliwienie szczególnego uwzględnienia rasistowskich lub ksenofobicznych motywów przestępcy²⁶. Ponadto ECRI zaleciła, aby państwa członkowskie wprowadziły karalność różnych form mowy nienawiści, a w przypadku wszystkich przestępstw niezwiązanych z mową nienawiści, tworzeniem grup rasistowskich lub ludobójstwem motywacja rasistowska powinna stanowić okoliczność obciążającą²⁷. W zaleceniu CM/Rec(2010)5 Komitet Ministrów Rady Europy zaleca państwom członkowskim zapewnienie, aby „przy określaniu sankcji motywacja związana z uprzedzeniem na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej mogły zostać uznane za okoliczność obciążającą²⁸.
25. Z obowiązku ujawnienia potencjalnych motywów dyskryminacyjnych przestępstw wskazanego w kilku wyrokach ETPC (zob. pkt 17 powyżej) wynika, że w przypadku gdy okoliczności wskazują na przestępstwo motywowane uprzedzeniami, państwa mają proceduralny obowiązek podjęcia wszelkich uzasadnionych kroków w celu ustalenia, czy taki motyw w połączeniu z cechą chronioną mógł odegrać rolę w akcie przemocy²⁹. ETPC stwierdził również, że „skuteczne odstraszenie w przypadku poważnych przestępstw [...] można osiągnąć jedynie dzięki skutecznym przepisom prawa karnego wspartym działaniem organów ścigania³⁰. Zwłaszcza w sprawie *Angelova i Iliev przeciwko Bułgarii* ETPC wyraźnie wskazał kilka możliwych środków „osiągnięcia pożądanego rezultatu ukarania sprawców, którzy mają motywy rasistowskie”, takich jak oddzielna kryminalizacja motywowanych „rasowo³¹ zabójstw lub przypadków spowodowania

²⁵ Zob. UN High Commissioner for Human Rights, 2015 Update of Report A/HRC/19/41 (on discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity) [Aktualizacja z 2015 r. raportu A/HRC/19/41 (o dyskryminujących przepisach i praktykach oraz aktach przemocy wobec osób ze względu na ich orientację seksualną i tożsamość płciową)], A/HRC/19/23, 4 maja 2015 r., pkt 78 lit. a), dokument dostępny pod adresem <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Pages/ListReports.aspx>.

²⁶ Zob. Council of Europe's Commission on Intolerance and Racism (ECRI), *General Policy Recommendation No. 1 on Combating Racism, Xenophobia, Anti-Semitism and Intolerance* [„Ogólne zalecenie dotyczące polityki nr 1 w sprawie zwalczania rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu i nietolerancji”], przyjęte przez ECRI w dniu 4 października 1996 r., sekcja A „Law, Law Enforcement and Judicial Remedies” [„Prawo, egzekwowanie prawa i środki sądowe”], dokument dostępny pod adresem https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N1/Recommendation_1_en.asp. Zob. też ECRI, *General Policy Recommendation No. 9 on the Fight Against Anti-Semitism* [„Ogólne zalecenie dotyczące polityki nr 9 w sprawie walki z antysemityzmem”], przyjęte przez ECRI w dniu 25 czerwca 2004 r., dokument dostępny pod adresem https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N9/Recommendation_9_en.asp.

²⁷ Zob. ECRI, *General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination* [„Ogólne zalecenie dotyczące polityki nr 7 w sprawie ustawodawstwa krajowego zwalczającego rasizm i dyskryminację rasową”], przyjęte w dniu 13 grudnia 2002 r., pkt 18 i 21, dokument dostępny pod adresem https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/Recommendation_7_en.asp#P127_11468.

²⁸ *Op.cit.*, przypis 16, pkt 2 (Załącznik do zalecenia CM/Rec(2010)5 Rady Europy).

²⁹ Zob. np. *op.cit.*, przypis 13, pkt 67 (wyrok ETPC z 2015 r. w sprawie *Identoba i inni przeciwko Gruzji*). Zob. także sprawy *Beganović przeciwko Chorwacji*, wyrok ETPC z dnia 25 czerwca 2009 r. (skarga nr 46423/06), pkt 93–94; *B.S. przeciwko Hiszpanii*, wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2012 r. (skarga nr 47159/08), pkt 58–59; *Nachova i inni przeciwko Bułgarii*, wyrok ETPC z dnia 6 lipca 2005 r. (skargi nr 43577/98 i 43579/98), pkt 160–161; *Fedorchenko i Lozenko przeciwko Ukrainie*, wyrok ETPC z dnia 20 września 2012 r. (skarga nr 387/03), pkt 65.

³⁰ Zob. np. sprawy *O'Keefe przeciwko Irlandii*, wyrok ETPC z dnia 28 stycznia 2014 r. [Wielka Izba] (skarga nr 35810/09), pkt 148, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140235#{"itemid":\["001-140235"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140235#{); oraz *M.C. przeciwko Bułgarii*, wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2003 r. (skarga nr 39272/98), pkt 149. Zob. także sprawę *T.M. i C.M. przeciwko Republice Mołdawii*, wyrok ETPC z dnia 28 stycznia 2014 r. (skarga nr 26608/11), pkt 38–39, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140240#{"itemid":\["001-140240"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140240#{), w którym ETPC odniósł się także do obowiązku „stworzenia i stosowania w praktyce odpowiednich ram prawnych, zapewniających ochronę przed aktami przemocy ze strony osób prywatnych”.

³¹ Chociaż przyjmujemy do wiadomości, że termin „rasa” jest konstruktem czysto społecznym i pozbawionym podstaw jako koncepcja naukowa, dla celów niniejszej Opinii termin „rasa” lub „rasowy” może być stosowany w odniesieniu do międzynarodowych dokumentów zawierających ten termin, co ma zapewnić uwzględnienie wszelkich działań dyskryminacyjnych opartych na (postrzeganych lub rzeczywistych) cechach danej osoby, takich jak rzekoma „rasa”, pochodzenie, przynależność etniczna, kolor skóry lub narodowość – na

poważnego uszczerbku na zdrowiu, wyraźne przepisy zaostrzające kary w przypadku takich przestępstw, jak również wynikająca z ustawodawstwa krajowego możliwość wymierzania surowszych wyroków w zależności od m.in. motywów przestępcy³².

26. Na szczęblu Unii Europejskiej decyzja ramowa UE z 2008 r. wyraźnie wymaga karalności pewnych form mowy nienawiści (art. 1 i 2) oraz wskazania, że motywację rasistowską i ksenofobiczną należy uznać za okoliczność obciążającą bądź też alternatywnie motywację taką powinny brać pod uwagę sądy przy wymierzaniu wyroków (art. 4).

27. W tym kontekście należy podkreślić, że w różnych krajach panują bardzo odmienne praktyki w odniesieniu do wyborów dokonywanych przez decydentów i ustawodawców odnośnie przestępstw motywowanych uprzedzeniami. Poniższa lista ilustruje różne podejścia przyjęte przez poszczególne państwa uczestniczące OBWE:

- W niektórych krajowych kodeksach karnych zawarto ogólny, zaostrzający wymierzane wyroki przepis ; który wyraźnie wskazuje, że jeżeli motywem sprawcy były uprzedzenia, stanowi to okoliczność obciążającą, którą sąd powinien uwzględnić przy określeniu wymiaru kary dla sprawcy za popełnienie dowolnego przestępstwa; w niektórych kodeksach określa się stopień obostrzenia kary, w innych zaś nie³³.
- W innych krajowych kodeksach karnych zawarto przepisy zaostrzające kary w przypadku pewnych przestępstw, gdy dane przestępstwo było motywowane uprzedzeniami związanymi z pewnymi cechami chronionymi ofiary³⁴; jeżeli nie można dowieść ponad wszelką wątpliwość, że motywacją były uprzedzenia, sprawca nie może zostać skazany za kwalifikowany typ przestępstwa, ale może być skazany za jego typ zwykły.

ogół preferujemy jednak wykorzystanie terminów alternatywnych, takich jak „pochodzenie” bądź „pochodzenie narodowe lub etniczne” (zob. np. *op.cit.*, przypis 2, s. 41–42 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”); zob. też przypis pod pierwszym akapitem *General Recommendation N°7: National legislation to combat racism and racial discrimination* [„Ogólnego zalecenia dotyczącego polityki nr 7 w sprawie ustawodawstwa krajowego zwalczającego rasizm i dyskryminację rasową”] ECRI, gdzie stwierdza się: „[j]ako że wszyscy ludzie należą do tego samego gatunku, ECRI odrzuca teorie oparte na istnieniu różnych „ras”. W niniejszym zaleceniu ECRI używa jednak tego terminu w celu zapewnienia, aby osoby, które są na ogół błędnie postrzegane jako należące do «innej rasy», nie były wyłączone z ochrony przewidzianej w ustawodawstwie”. Z wyjątkiem sytuacji, gdy stanowią one część cytatu z dokumentu prawnego lub orzecznictwa, słowa „rasa” oraz „rasowy” umieszczono w niniejszej Opinii w cudzysłowie, aby wskazać, że leżące u podstaw takich rozróżnień teorie oparte na rzekomym istnieniu różnych „ras” nie są akceptowane.

³² Zob. sprawę *Angelova i Iliev przeciwko Bułgarii*, wyrok ETPC z dnia 26 lipca 2007 r. (skarga nr 55523/00), pkt 104, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81906#{"itemid":\["001-81906"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81906#{).

³³ Zob. np. nowy art. 42a Kodeksu karnego Czarnogóry (wprowadzony ustawą zmieniającą Kodeks karny z dnia 30 lipca 2013 r.), w którym stanowi się, że „[j]eżeli do przestępstwa doszło wskutek nienawiści ze względu na rasę, wyznanie, przynależność narodową lub etniczną, płeć, orientację seksualną lub tożsamość płciową innej osoby, sąd ocenia takie okoliczności jako obciążające, chyba że są one określone jako znamiona zwykłej lub kwalifikowanej postaci przestępstwa”; w art. 50 lit. j) Kodeksu karnego Albanii wymienia się „popełnienie przestępstwa z pobudek związanych z płcią, rasą, kolorem skóry, pochodzeniem etnicznym, językiem, tożsamością płciową, orientacją seksualną, przekonaniami politycznymi, religijnymi lub filozoficznymi, stanem zdrowia, predyspozycjami genetycznymi lub niepełnosprawnością” jako jedną z okoliczności obciążających. Zob. też art. 81A Kodeksu karnego Grecji (zmienionego w 2014 r.), w którym za szczególną okoliczność obciążającą uznaje się, „[j]eżeli czyn popełniono z nienawiści ze względu na rasę, kolor skóry, wyznanie, przodek, pochodzenie narodowe lub etniczne, orientację seksualną, tożsamość płciową lub niepełnosprawność osoby, która była celem napaści”; w przepisie wskazuje się podwyższony minimalny wymiar kary w takich przypadkach (zob. http://www.legislationline.org/download/action/download/id/5622/file/CC_Greece_excerpts_am_2014_en.pdf).

³⁴ Zob. np. Kodeks karny Belgii, w którym przewidziano podwojenie minimalnego wymiaru kary przewidzianego we właściwych artykułach lub zwiększenie go o dwa lata we właściwych przypadkach w odniesieniu do kar pozbawienia wolności za następujące przestępstwa: napaść na tle seksualnym i gwałt (art. 377 bis), zabójstwo i umyślne spowodowanie uszczerbku na zdrowiu (art. 405 quarter), nieudzielenie pomocy osobie w niebezpieczeństwie (art. 422 quarter), naruszenie wolności osobistej i mienia prywatnego (art. 438 bis), nękanie (art. 442 ter), bezczeszczenie grobów (art. 453 bis), podpalenie (art. 514 bis), niszczenie konstrukcji i maszyn (art. 525 bis), niszczenie rzeczy osobistych lub mienia (art. 532 bis), graffiti i niszczenie nieruchomości w inny sposób (art. 534 quarter), zob. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/15715>.

- Niektóre państwa wprowadziły odrębną kategorię przestępstw materialnych motywowanych uprzedzeniami, w których przypadku motyw wynikający z uprzedzeń stanowi znamię samego przestępstwa, jak to ma miejsce w Polsce³⁵.
 - Wreszcie, w kolejnej grupie kodeksów zastosowano połączenie powyższych rozwiązań³⁶, w którym ogólny przepis zaostrzający kary ma zastosowanie jedynie wtedy, gdy okoliczności obciążającej nie wymieniono konkretnie jako znamienia jednego z przestępstw³⁷.
28. Chociaż ustawodawcy mają różne możliwości traktowania przestępstw motywowanych uprzedzeniami w prawie karnym³⁸, ogólne przepisy zaostrzające kary bywają uznawane za niewystarczające dla zapewnienia skutecznego dochodzenia w sprawie „przestępstw z nienawiści” oraz ich ścigania. Istotnie, w takich sprawach uprzedzenia jako motywacja bywają nieuwzględniane w raportach/dochodzeniach policyjnych i postępowaniach sądowych³⁹. Ponadto takie podejście pozostawia całą kwestię zaostrzenia kary ze względu na motywację sprawcy do uznania sędziego. Dodatkowo może ono oznaczać, że uprzedzenia jako motywacja będą rzadziej wskazywane w odpowiedni sposób w wyroku sądu, rejestrze karnym i/lub statystykach urzędowych⁴⁰. Ta opcja legislacyjna może zatem nie wypełniać wskazanego przez ETPC pozytywnego obowiązku „ujawnienia” uprzedzeń jako motywu.
29. Ogólnie rzecz biorąc, Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej (zwana dalej „FRA”) zaleca, aby ustawodawcy wyszli poza ogólne przepisy wskazujące motywację sprawcy jako okoliczność obciążającą w przypadku wszystkich przestępstw, kierując się raczej modelem wprowadzenia zaostrzonych kar za „przestępstwa z nienawiści”⁴¹. Takie podejście skutkowałoby, jak się wydaje, uznaniem szczególnego charakteru i wagi tych przestępstw oraz potrzeby traktowania ich odmiennie od pozostałych czynów z uwagi na

³⁵ Zob. *op.cit.*, przypis 2, s. 32–33 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

³⁶ Zob. np. francuski Kodeks karny, który zawiera zarówno ogólny przepis zaostrzający kary (w art. 132-76 i 132-77 stanowi się, że kary za przestępstwo lub wykroczenie zostają zaostrzone, jeżeli popełniono je w związku z rzeczywistą lub domniemaną przynależnością lub też brakiem przynależności ofiary do danej grupy etnicznej, narodu, rasy czy wyznania bądź z powodu rzeczywistej lub rzekomej orientacji seksualnej, bądź tożsamości płciowej ofiary), jak i przepisy zaostrzające kary za następujące przestępstwa: zabójstwo (art. 221-4), tortury i złe traktowanie (art. 222-3), spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 222-10), spowodowanie lżejszego uszczerbku na zdrowiu (art. 222-12), groźbę popełnienia pewnych przestępstw lub wykroczeń (art. 222-18-1), gwałt (art. 222-24), przestępstwa seksualne (art. 222-30), bezczeszczenie grobów (art. 225-18), kradzież (art. 311-4), groźby bezprawne (art. 312-2), uszkodzenie lub zniszczenie przedmiotów lub mienia (art. 322-2 i 322-6), jak również za następujące wykroczenia: zniesławienie niemające charakteru publicznego (art. R624-3), znieważenie niemające charakteru publicznego (art. R624-4) oraz podżeganie do dyskryminacji, nienawiści lub przemocy niemające charakteru publicznego (art. R625-7).

³⁷ Zob. np. art. 77 § 2 Kodeksu karnego Republiki Mołdawii, który stanowi, że „[j]eżeli okoliczności, o których mowa w § 1 [w tym popełnienie przestępstwa z powodu nienawiści społecznej, narodowej, rasowej lub religijnej], wskazano również w odpowiednich artykułach Części Specjalnej Kodeksu jako znamiona przestępstwa, nie mogą one jednocześnie być uznawane za okoliczności obciążające”; art. 87 § 20 nowego Kodeksu karnego Chorwacji (stan na 2011 r.), który stanowi: „Przestępstwem z nienawiści jest przestępstwo popełnione ze względu na rasę, kolor skóry, wyznanie, pochodzenie narodowe lub etniczne, niepełnosprawność, płeć, orientację seksualną lub tożsamość płciową innej osoby. Takie czyny będą traktowane jako okoliczność obciążająca, jeżeli w niniejszej ustawie nie przewidziano wyraźnie surowszej kary”.

³⁸ Zob. *op.cit.*, przypis 2, s. 31–32 i ogólniej Część II („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

³⁹ Zob. s. 11 dokumentu Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej (FRA), *Report on Making hate crime visible in the European Union: acknowledging victims' rights* [„Raport dotyczący uwidocznienia przestępstw popełnianych z nienawiści: uznanie praw ofiar”], 2012 (zwanego dalej „Raportem FRA z 2012 r. o uwidocznieniu przestępstw z nienawiści”), dokument jest dostępny pod adresem http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012_hate-crime.pdf. Zob. też FRA, *Paper on Equal protection for all victims of hate crime – The case of people with disabilities* [„Równa ochrona wszystkich ofiar przestępstw popełnianych z nienawiści – przypadek osób niepełnosprawnych”] (marzec 2015), sekcja dotycząca „okoliczności obciążających” na s. 5, dokument jest dostępny pod adresem http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-focus-03-hate-crime-disability_en_0.pdf.

⁴⁰ Zob. *op.cit.*, przypis 2, s. 22 i 35–36 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

⁴¹ *Op.cit.*, przypis 39, s. 11 („Raport FRA z 2012 r. o uwidocznieniu przestępstw z nienawiści”). Zob. też FRA, *Opinion 02/2013 on the Framework Decision on Racism and Xenophobia – with special attention to the rights of victims of crime* [„Opinia nr 2/2013 na temat decyzji ramowej w sprawie rasizmu i ksenofobii ze szczególnym uwzględnieniem praw ofiar przestępstw”], 15 października 2013 r. (zwaną dalej „Opinią FRA nr 2/2013”), s. 14, dokument dostępny pod adresem http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-opinion-2-2013-framework-decision-racism-xenophobia_en.pdf.

większą krzywdę ofiar, ich wpływ na społeczność oraz potencjalnie poważne problemy w dziedzinie bezpieczeństwa i porządku publicznego, jakie mogą powodować⁴². Dodatkowo druga opcja może się przyczynić do stworzenia ram dla skuteczniejszej identyfikacji spraw i gromadzenia danych⁴³.

30. Obecny polski Kodeks karny zawiera już pewne przepisy dotyczące konkretnie przestępstw motywowanych uprzedzeniami oraz pewnych form wypowiedzi, które ingerują w prawa podstawowe innych osób⁴⁴; przepisy te odnoszą się do ograniczonej liczby cech chronionych (przynależności narodowej, etnicznej, „rasowej”, politycznej, wyznaniowej lub bezwyznaniowości). Ponadto w art. 53 Kodeksu karnego zawarto ogólny przepis stwierdzający, że wymierzając karę, sąd uwzględnia w szczególności, w granicach przewidzianych przez ustawę, motywację i sposób zachowania się sprawcy; w przepisie tym nie wspomina się jednak wyraźnie o *uprzedzeniach* jako motywie. Choć w przypadku niektórych przestępstw w polskim Kodeksie karnym także zawarto konkretne odniesienia do okoliczności obciążających skutkujących wymierzeniem surowszej kary, również nie wspomina się w nich o motywach wpływających z uprzedzeń jako takich. W szczególności w art. 148 Kodeksu karnego, który dotyczy zabójstwa, przewidziano zaostrenie kary w przypadku przestępstw popełnionych „w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie”; jest to jednak sformułowanie stosunkowo ogólnikowe i może skutkować odmiennymi interpretacjami sędziów co do tego, czy dotyczy ono motywacji wynikającej z uprzedzeń.
31. W oparciu o powyższe **zaleca się, aby polscy ustawodawcy rozważyli wprowadzenie surowszych kar do właściwych przepisów polskiego Kodeksu karnego w przypadkach, w których dane przestępstwa są motywowane uprzedzeniami. Powinno to w szczególności nastąpić w przypadku przepisów dotyczących najpoważniejszych lub najczęstszych rodzajów przestępstw, których celem są na ogół pewne osoby lub grupy ze względu na ich cechy chronione w kontekście krajowym⁴⁵, jeżeli nie pokrywają się one z innymi przepisami Kodeksu karnego⁴⁶, w szczególności art. 119 § 1 (dotyczącym przemocy i gróźb bezprawnych) oraz art. 257 (dotyczącym naruszenia nietykalności cielesnej innej osoby ze względu na cechy chronione).**
32. W tym kontekście należy zauważyć, że przestępstwa z nienawiści skierowane przeciwko przedmiotom i mieniu mogą mieć, podobnie jak przemoc fizyczna, destrukcyjny wpływ na osobę lub grupę, gdyż stanowią one również bezpośrednie i bardzo osobiste zagrożenie dla miejsca zamieszkania lub pracy danej osoby. Zazwyczaj niosą one również skutki dla grupy ludzi (np. rodziny) lub innych osób przebywających w budynku lub na obszarze będącym celem bądź podróżujących pojazdem będącym celem, a tym samym wysyłają bardzo wyraźny, wrogi sygnał do grupy lub społeczności. Jeżeli zostanie przyjęte takie

⁴² *Op.cit.*, przypis 32, pkt 117 (wyrok ETPC z 2007 r. w sprawie *Angelova i Iliev przeciwko Bułgarii*), dokument dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81906#{"itemid":\["001-81906"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81906#{), w którym ETPC uznał, że Bułgaria nie dokonała „wymaganego rozróżnienia od innych przestępstw niedokonywanych z pobudek rasowych, co jest nieuzasadnione i nie do pogodzenia z [zasadami niedyskryminacji zapisanymi w] art. 14 konwencji”. Zob. też *op.cit.*, przypis 2, s. 19–21 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

⁴³ Zob. *op.cit.*, przypis 2, s. 22 i 35–36 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

⁴⁴ Są wśród nich art. 119 dotyczący stosowania przemocy i groźby bezprawnej wobec grupy osób lub poszczególnych osób z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości; art. 194 do 196 dotyczące konkretnie przestępstw przeciwko wolności sumienia i wyznania; art. 256 § 1 dotyczący nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość; oraz art. 257 dotyczący publicznego znieważania grupy ludności albo poszczególnych osób z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości oraz naruszenia nietykalności cielesnej innej osoby z takich powodów.

⁴⁵ Np. zabójstwo, napaść fizyczna, gwałt i napaść na tle seksualnym, spowodowanie ciężkiego i lżejszego uszczerbku na zdrowiu, groźby, nękanie lub prześladowanie, podpalenie, rabunek/kradzież/włamanie, uszkodzenie lub zniszczenie przedmiotów i mienia, wandalizm oraz bezczeszczenie grobów.

⁴⁶ Zob. *op.cit.*, przypis 41, s. 14 („Opinia FRA nr 2/2013”).

systematyczne podejście, autorzy projektu powinni omówić ogólną spójność ram prawnych służących zwalczaniu i ściganiu „przestępstw z nienawiści” oraz to, czy art. 119 § 1 oraz art. 257 powinny pozostać w niezmienionej formie, aby zapobiec pokrywaniu się przepisów. Jeżeli nie zostanie ono przyjęte, należy co najmniej uczynić jaśniejszymi sformułowania dotyczące tych przestępstw oraz zaostrzyć kary za nie, aby odzwierciedlały one wagę popełnionych czynów (zob. uwagi na temat wspomnianych artykułów w pkt 45–46 i 64 poniżej).

33. **Ponadto ustawodawca powinien wskazać w art. 53 § 2 Kodeksu karnego, że podczas decydowania o wymiarze kary i ustalania „motywacji” sprawcy sąd powinien w szczególności uwzględnić potencjalne uprzedzenia wynikające z niektórych cech chronionych ofiary lub ofiar, jeżeli uprzedzenia te nie stanowią znamienia samego czynu zabronionego.** W takich przypadkach, aby ułatwić gromadzenie danych o przestępstwach z nienawiści, **można byłoby wprowadzić przepis zapewniający wyraźne wskazanie w wyroku przez właściwy sąd konkretnych okoliczności uwzględnionych przy ustalaniu wymiaru kary, jak uczyniono to w niektórych innych krajach⁴⁷.**
34. Od strony praktycznej istotne jest też zapewnienie w Kodeksie karnym lub Kodeksie postępowania karnego, publicznego ujawnienia, że zidentyfikowanym motywem popełnionego przestępstwa były uprzedzenia. Jest to niezbędne do ułatwienia gromadzenia danych o przestępstwach motywowanych uprzedzeniami, ale także, aby zapewnić możliwość uwzględnienia wcześniejszych przestępstw z nienawiści przy określaniu wymiaru kary w przypadku recydywistów⁴⁸. Zaleca się zatem **nowelizację właściwych przepisów, aby zapewnić ujawnienie w rejestrze karnym istniejących uprzedzeń jako motywacji skutkującej surowszą karą.**

3. Lista cech chronionych

3.1. Nowelizacja z 2014 r.

35. Proponowane zmiany art. 119 § 1 Kodeksu karnego skutkowałyby wprowadzeniem nowych cech chronionych w odniesieniu do aktów przemocy lub gróźb bezprawnych motywowanych uprzedzeniami wobec grupy osób lub poszczególnej osoby. Oprócz przynależności narodowej, etnicznej, „rasowej”, politycznej, wyznaniowej lub bezwyznaniowości skutkiem proponowanych zmian byłoby dodanie wyraźnych odniesień do „płci, tożsamości płciowej, wieku, niepełnosprawności lub orientacji seksualnej”.
36. Jest to ogólnie pozytywna zmiana w świetle niedawnych zaleceń wydanych Polsce przez międzynarodowe i regionalne organizacje monitorujące przestrzeganie praw człowieka. Zarówno Komitet ONZ przeciwko Torturom, jak i Komitet Praw Człowieka ONZ zalecają w swoich najnowszych wnioskach końcowych dotyczących Polski uwzględnienie w Kodeksie karnym dodatkowych przestępstw bądź jego nowelizację w celu zapewnienia należytego karania przestępstw, których celem są osoby ze względu na ich orientację seksualną, tożsamość płciową, niepełnosprawność lub wiek⁴⁹. Rzeczpospolita Polska

⁴⁷ Zob. np. art. 50 szwajcarskiego Kodeksu karnego z dnia 21 grudnia 1937 r. (ze zmianami na dzień 1 lipca 2014 r.), w którym stanowi się, że „[w] przypadku, gdy wyrok wymaga uzasadnienia, sąd wskazuje także okoliczności uwzględnione przy określeniu wymiaru kary i ich wagę”.

⁴⁸ *Op. cit.*, przypis 2, s. 36–37 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

⁴⁹ Zob. wnioski końcowe Komitetu ONZ przeciwko Torturom dotyczące Rzeczypospolitej Polskiej (23 grudnia 2013 r.), pkt 25, dokument dostępny pod adresem http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fPOL%2fCO%2f5-6&Lang=en; oraz wnioski końcowe Komitetu Praw Człowieka ONZ dotyczące Rzeczypospolitej Polskiej (15 listopada 2010 r.), pkt 8, dokument dostępny pod adresem http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fPOL%2fCO%2f6&Lang=en.

zgodziła się również wdrożyć zalecenia płynące z powszechnego przeglądu okresowego z 2012 r. dotyczące uznawania „tożsamości płciowej i orientacji seksualnej jako motywów za okoliczność obciążającą w przypadku przestępstw z nienawiści”⁵⁰ oraz ogólniej wzmocnienia środków prawnych i innych w celu uporania się z problemem przestępstw motywowanych uprzedzeniami⁵¹. Wreszcie, odnotowując pewne postępy poczynione przez Polskę, ECRI w wydanym w bieżącym roku najnowszym raporcie z monitorowania dotyczącym Polski zaleca zarazem wyraźne dodanie orientacji seksualnej i tożsamości płciowej do motywów czynów zabronionych wymienionych w art. 118, 119 i 255 do 257 Kodeksu karnego⁵².

37. Zmiany takie odpowiadałyby również obecnej praktyce w większości państw uczestniczących OBWE, które wyraźnie uwzględniają orientację seksualną i tożsamość płciową jako cechy chronione w swoich kodeksach karnych lub odwołują się do nich⁵³. W zmianach w art. 256 § 1 i 257 Kodeksu karnego uwzględniono te motywy w odniesieniu do nawoływania do nienawiści, a także odpowiednio „publicznego znieważania” oraz naruszenia „nietykalności cielesnej innej osoby” i są to także kroki we właściwym kierunku (zob. dodatkowe uwagi dotyczące w szczególności art. 256 § 1 i 257 Kodeksu karnego w pkt 59–64 poniżej). Jak wspomniano powyżej (pkt 22, 29 i 32), dowodziłyby one świadomości szczególnego charakteru tych przestępstw oraz umożliwiłyby dokładniejsze rejestrowanie danych, co pozwoliłoby z kolei uzyskać lepsze podstawy podejmowania decyzji i formułowania polityki w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych.
38. Jednak w przypadku „wieku”, chociaż niektóre kraje uwzględniają tę cechę chronioną w swoim prawie karnym⁵⁴, można się zastanawiać, czy rzeczywiście stanowi on silny wyznacznik tożsamości grupowej oraz aspekt tożsamości osoby mający fundamentalne znaczenie dla poczucia tożsamości takiej osoby (zob. pkt 11 powyżej). Nie jest też oczywiste, czy pewne grupy wiekowe są postrzegane jako uciskana grupa w polskim kontekście, a tym samym zasługują na szczególną wzmiankę w Kodeksie karnym. **Autorzy projektu powinni rozważyć, czy ta cecha powinna zostać uwzględniona w świetle kontekstu krajowego.**
39. Jednocześnie w powyższych przepisach nie wzięto pod uwagę możliwości, że sprawca może wybrać jako cel daną osobę ze względu na jej możliwą przynależność (rzeczywistą lub domniemaną) do pewnej grupy bądź związek z nią (rzeczywisty lub domniemany). Nie powinno to co do zasady uniemożliwiać zakwalifikowania przestępstwa jako

⁵⁰ Zob. w szczególności zalecenia 90.68 (i 90.66) Raportu Grupy Roboczej na temat powszechnego okresowego przeglądu dotyczące Polski, A/HRC/21/14, 9 lipca 2012 r., dokument dostępny pod adresem <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/150/70/PDF/G1215070.pdf?OpenElement>; oraz stanowiska dotyczące wniosków lub zaleceń, dobrowolne zobowiązania i odpowiedzi przedstawione przez Polskę (w tym listę zaleceń z powszechnego okresowego przeglądu przyjętych przez Polskę), A/HRC/21/14/Add.1, 7 września 2012 r., dokument dostępny pod adresem <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/165/80/PDF/G1216580.pdf?OpenElement>.

⁵¹ Zob. w szczególności przyjęte przez Polskę zalecenia z powszechnego okresowego przeglądu 90.45 do 90.47, 90.49, 90.50, 90.54, 90.55, 90.57, 90.60, 90.64, 90.65 oraz 90.94.

⁵² Zob. ECRI, *Report on Poland (5th monitoring cycle)* [„Raport dotyczący Polski (5. cykl monitorowania)“], przyjęty 20 marca 2015 r. i opublikowany 9 czerwca 2015 r., pkt 27–28 i 46–47, dokument dostępny pod adresem <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Poland/POL-CbC-V-2015-20-ENG.pdf>.

⁵³ Objęte ochroną „orientacja seksualna” lub „tożsamość płciowa” bądź podobne cechy zostały wyraźnie wymienione w przepisach prawa karnego wielu państw uczestniczących w OBWE jako okoliczność obciążająca lub w kontekście nawoływania do nienawiści wynikającego z takich cech (zob. <http://www.legislationline.org/topics/country/4/topic/4/subtopic/79>), np.: Albania, Austria, Andora, Azerbejdżan („motyw przynależności seksualnej”, choć pojawia się on jedynie w art. 109 dotyczącym dyskryminacji), Belgia, Bośnia i Hercegowina, Kanada, Chorwacja („płeć” i „preferencje seksualne”), Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Gruzja, Grecja, Węgry, Islandia („skłonności seksualne”), Litwa, Luksemburg, Malta, Monako, Czarnogóra, Niderlandy („płeć” lub „orientacja heteroseksualna lub homoseksualna”), Norwegia („orientacja homoseksualna”), Portugalia, Rumunia, Serbia, Słowenia, Hiszpania, Słowacja, Szwecja, Zjednoczone Królestwo i Stany Zjednoczone.

⁵⁴ Zob. np. *op.cit.*, przypis 2, s. 43–44 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

motywowanego uprzedzeniami⁵⁵. W związku z tym zaleca się uzupełnienie wspomnianych wyżej przepisów, aby obejmowały one również przestępstwa popełnione w związku z rzeczywistą lub domniemaną przynależnością ofiary do chronionej grupy lub jej rzeczywistym lub domniemanym związkiem z tą grupą, co powinno obejmować przypadki, w których przestępstwa takie są popełniane w błędnym przekonaniu, że ofiara posiada pewną cechę chronioną.

40. Wreszcie, trzeba pamiętać, że aby przestępstwo było „przestępstwem z nienawiści”, motyw uprzedzeń lub nienawiści nie musi być jedynym motywem czynu⁵⁶. Przestępstwa, w tym przestępstwa motywowane uprzedzeniami, są generalnie popełniane z różnych powodów (różnorodnych motywów). W celu zapewnienia pełnej skuteczności przepisów o przestępstwach z nienawiści oraz uwzględnienia złożoności motywów przestępców zaleca się wyjaśnienie, że surowsze kary (lub orzekane wyroki) mają zastosowanie nawet, jeżeli motyw związany z uprzedzeniami był tylko jednym z większej liczby motywów.

3.2. Nowelizacja z 2012 r.

41. W proponowanej nowelizacji z 2012 r. nowe cechy chronione na mocy art. 256 § 1 obejmują „przynależność narodową, etniczną, rasową, polityczną, społeczną, naturalne bądź nabyte cechy osobiste lub przekonania”.
42. Po pierwsze, takie sformułowanie („naturalne bądź nabyte cechy osobiste”) skutkuje potencjalnie otwartym katalogiem cech chronionych. W tym kontekście ETPC uznał, że „wiele przepisów jest nieuchronnie sformułowanych w sposób w większym lub mniejszym stopniu niedookreślony” oraz że „stopniowy rozwój prawa karnego przez orzecznictwo jest dobrze zakorzenioną i niezbędną częścią tradycji prawnej w Państwach-Stronach Konwencji”, zauważając jednocześnie, że „jedną ze standardowych technik regulacji jest zastosowanie ogólnych kategorii w przeciwieństwie do wyczerpujących wykazów”⁵⁷. Wątpliwe jest jednak, czy zaproponowane sformułowanie byłoby zgodne z zasadami określonymi w art. 7 EKPC, w szczególności tą, że nie ma przestępstwa ani kary bez ich określenia we właściwym prawie (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁵⁸. Z zasady tej wynika, że przestępstwa oraz wymierzane za nie kary muszą zostać wyraźnie określone przez prawo, co oznacza, że dana osoba powinna móc samodzielnie lub z pomocą pełnomocnika wywieść z treści właściwego przepisu, jakie działania i zaniechania skutkują odpowiedzialnością karną oraz jaka kara za nie grozi⁵⁹.

⁵⁵ Zob. *op.cit.*, przypis 2, s. 49–51 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”). Zob. np. art. 132-76 i 132-77 francuskiego Kodeksu karnego, które zawierają odniesienie do *rzeczywistej* lub *domniemanej* przynależności bądź braku przynależności ofiary do danej grupy chronionej; oraz sekcję 216 Kodeksu karnego Węgier, która dotyczy przemocy wobec członków pewnych grup chronionych niezależnie od tego, czy należą oni do tych grup „rzeczywiście lub w sposób domniemany”; zob. także pewne przepisy Kodeksu karnego Republiki Czeskiej, w tym przepisy zaostrzające kary za przestępstwa motywowane uprzedzeniami wynikającymi z „rzeczywistych lub postrzeganych” cech chronionych (zob. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/15725>).

⁵⁶ Zob. *op.cit.*, przypis 2, s. 55–56 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”). Zob. też sprawę *Balázs przeciwko Węgrom*, wyrok ETPC z dnia 20 października 2015 r. (skarga nr 15529/12), pkt 70, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-158033"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

⁵⁷ Zob. np. sprawę *Del Rio Prada przeciwko Hiszpanii*, wyrok ETPC z dnia 21 października 2013 r. [Wielka Izba] (skarga nr 42750/09), pkt 91–93, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-127697#{"itemid":\["001-127697"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-127697#{); oraz *Perinçek przeciwko Szwajcarii*, wyrok ETPC z dnia 15 października 2015 r. [Wielka Izba] (skarga nr 27510/08), pkt 134, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158235#{"itemid":\["001-158235"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158235#{).

⁵⁸ Zob. np. sprawę *Kokkinakis przeciwko Grecji*, wyrok ETPC z dnia 25 maja 1993 r. (skarga nr 14307/88), pkt 52, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827#{"itemid":\["001-57827"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827#{).

⁵⁹ Zob. np. sprawę *Rohlana przeciwko Republice Czeskiej*, wyrok ETPC z dnia 27 stycznia 2015 r. [Wielka Izba] (skarga nr 59552/08), pkt 78–79, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119066#{"itemid":\["001-119066"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119066#{).

43. Chociaż niektóre kraje zamieszczają otwarte katalogi cech chronionych w przepisach zaostrzających kary⁶⁰, grozi to stworzeniem niedookreślonych podstaw prawnych do nakładania surowych sankcji karnych, w tym wyroków pozbawienia wolności do lat 2. Z kolei ustawodawstwo przeciwdziałające dyskryminacji, które ma z natury charakter prywatny/cywilny lub administracyjny oraz nakłada się w nim sankcje niemające charakteru karnego, może wykazywać większą elastyczność i często spotyka się w nim otwarte katalogi. Ze względu na pozostawienie szerokiego marginesu interpretacji organom publicznym, sformułowania zmienionego art. 256 § 1 Kodeksu karnego wydają się zbyt niedookreślone, aby spełniać wymogi pewności prawnej, przewidywalności i określoności właściwe dla prawa karnego⁶¹. **Prawodawcy powinni raczej rozważyć uwzględnienie dodatkowych konkretnych cech osobistych (takich jak płeć, niepełnosprawność, orientacja seksualna lub tożsamość płciowa), podobnie jak w nowelizacji z 2014 r. oraz zgodnie z zaleceniami międzynarodowych i regionalnych organizacji monitorujących przestrzeganie praw człowieka.**
44. Po drugie, „przynależność polityczna lub społeczna” nie jest na ogół uważana za cechę niezmienną lub kluczową, gdyż taka przynależność może zmieniać się w czasie i nie stanowi wyznacznika tożsamości grupowej (zob. pkt 11 powyżej) porównywalnego z innymi potencjalnie zmiennymi cechami, takimi jak wyznanie. Ponadto możliwość ścigania wyrażania nienawiści lub znieważania osoby lub grupy osób ze względu na ich „przynależność polityczną” na mocy zmienionego art. 256 § 1 mogłaby prowadzić do arbitralnego wszczynania postępowań karnych przeciwko pewnym osobom jedynie za krytykowanie pewnych poglądów politycznych lub partii politycznych⁶². Cecha chroniona „przynależności społecznej”, oprócz tego, że niekoniecznie jest ona wyznacznikiem tożsamości grupowej, jest także dość niejasna i może umożliwiać szeroką, potencjalnie arbitralną wykładnię⁶³. W związku z tym, **jeżeli projekt nowelizacji z 2012 r. jest nadal rozważany, autorzy projektu powinni ponownie rozważyć uwzględnienie takich motywów, jak cechy chronione w zmienionym art. 256 § 1 Kodeksu karnego.**

4. Uwagi dodatkowe

4.1. Artykuł 119 Kodeksu karnego

45. Na mocy art. 119 § 1 karalna jest „przemoc” lub „groźba bezprawna” wobec pewnych osób lub grup z powodu ich cech chronionych. Podczas gdy „groźbę bezprawną” zdefiniowano w art. 115 § 12 Kodeksu karnego, pojęcie „przemocy” nie zostało zdefiniowane i ma ono samo z siebie dość ogólny charakter. W celu wyjaśnienia tego przepisu oraz podkreślenia nielegalności zamierzonych czynów **zaleca się usunąć pojęcie „przemocy” i w jego miejsce wskazać, które przestępstwa związane z przemocą obejmuje przepis, np. przez włączenie wyraźnych odniesień do pewnych przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu z rozdziału XIX Kodeksu karnego.** Prawodawcy powinni

⁶⁰ Zob. np. art. 144 ust. 4 i art. 319 Kodeksu karnego Bylej Jugosłowiańskiej Republiki Macedonii; oraz sekcję 216 Kodeksu karnego Węgier, w którym odniesiono się do „pewnej grupy ludności – zwłaszcza ze względu na niepełnosprawność, tożsamość płciową lub orientację seksualną”; oraz art. 116 Kodeksu karnego Słowenii odnoszący się do zabójstwa motywowanego „naruszeniem równości”.

⁶¹ Zob. np. *op.cit.*, przypis 2, s. 46 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”). Zob. też OBWE/BIDPC, *Opinion on draft Amendments to the Moldovan Criminal Code Related to Hate Crimes* [„Opinia na temat projektu nowelizacji Kodeksu karnego Mołdawii dotyczącego przestępstw z nienawiści”] (7 czerwca 2010 r.), pkt 24, dokument dostępny pod adresem <http://www.legislationline.org/documents/id/15840>.

⁶² Zob. też *ibidem*, pkt 35 („Opinia na temat projektu nowelizacji Kodeksu karnego Mołdawii dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2010 r.”).

⁶³ Zob. też *op.cit.*, przypis 2, s. 45 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

również zapewnić uwzględnienie w Kodeksie karnym „przestępstw z nienawiści” przeciwko mieniu (zob. pkt 32 powyżej) na podstawie art. 119 lub innych właściwych przepisów. Należy przypomnieć, że jeżeli zalecenie zamieszczone w pkt 31 powyżej (tj. systematyczne dodanie przepisów zaostrzających kary za najpoważniejsze lub najczęstsze przestępstwa) zostanie przyjęte, art. 119 § 1 może stać się nieaktualny; w każdym razie autorzy projektu powinni unikać powielania przepisów.

46. W tym kontekście należy zauważyć, że zgodnie z art. 156 Kodeksu karnego spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10, podczas gdy spowodowanie mniej poważnego uszczerbku na zdrowiu podlega na mocy art. 157 Kodeksu karnego karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. W art. 119 Kodeksu karnego przewidziano ten sam przedział kar, jak w tym ostatnim artykule (od 3 miesięcy do 5 lat). **Jednak ze względu na ich szczególną wagę przestępstwa motywowane uprzedzeniami powinny co do zasady być karane surowiej w porównaniu do podobnych przestępstw o charakterze ogólnym⁶⁴. W związku z tym autorzy projektu powinni zapewnić odpowiednie dostosowanie kar przewidzianych w art. 119 za akty przemocy motywowane uprzedzeniami.**

4.2. Artykuły 194–196 Kodeksu karnego

47. W swojej obecnej postaci art. 194 Kodeksu karnego stanowi, że „[k]to ogranicza człowieka w przysługujących mu prawach ze względu na jego przynależność wyznaniową albo bezwyznaniowość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Zachowując to samo sformułowanie, w projekcie nowelizacji wprowadzono możliwość wymierzenia surowszej kary, gdy przestępstwo zostało popełnione przez funkcjonariusza publicznego w związku z wykonywaniem jego funkcji.
48. Jak wskazano powyżej (zob. pkt 13), ważne jest odróżnienie przepisów dotyczących „przestępstw z nienawiści” od bardziej ogólnych przepisów antydyskryminacyjnych, które znajdują się zazwyczaj w ustawodawstwie administracyjnym lub prywatnym/cywilnym. W art. 194 Kodeksu karnego zarzucane przestępstwo polega na ograniczaniu praw osoby, co nie musi samo w sobie stanowić czynu przestępczego. Należy jednak podkreślić, że niektóre kraje wprowadziły do swoich kodeksów karnych przepisy, na mocy których karalne są działania dyskryminacyjne osób fizycznych lub funkcjonariuszy publicznych⁶⁵, chociaż definicje odpowiednich przestępstw są czasem sformułowane w bardzo szeroki i ogólnikowy sposób – zapewne niezgodnie z zasadą określoności prawa karnego (zob. pkt 42 powyżej). **Autorzy projektu powinni rozważyć, czy w świetle kontekstu krajowego oraz orzecznictwa związanego z art. 194 istnieje uzasadnienie dla pozostawienia takiego przepisu w Kodeksie karnym (w szczególności czy istnieje potrzeba kryminalizacji takich zachowań w celach prewencyjnych, ochronnych lub retrybucyjnych w danym kontekście), czy też powinien on raczej stać się częścią właściwego ustawodawstwa antydyskryminacyjnego.**
49. Nawet jeżeli zostałaby ona zachowana w Kodeksie karnym, wątpliwe jest, czy definicja przestępstwa zawarta w art. 194 byłaby zgodna z zasadami zawartymi w art. 7 EKPC, w którym wymaga się, by prawo karne było na tyle określone, aby dana osoba mogła przewidzieć, jakie działania i zaniechania będą skutkować odpowiedzialnością karną (zob. pkt 42 powyżej w odniesieniu do art. 7 EKPC)⁶⁶. W obecnej postaci sama wzmianka o

⁶⁴ *Ibidem*, s. 23 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

⁶⁵ Zob. np. Albania, Bośnia i Hercegowina, Chorwacja, Estonia, Francja, Łotwa, Litwa, Luksemburg, Mołdawia, Czarnogóra, Serbia, Słowenia itp.

⁶⁶ Zob. np. *op.cit.*, przypis 59, pkt 78–79 (wyrok ETPC z 2015 r. w sprawie *Rohlena przeciwko Republice Czeskiej* [Wielka Izba]).

czynnie polegającym na ograniczeniu innych osób w przysługujących im prawach bez określenia, jakie działania obejmuje termin „ograniczenie”, oraz o jakich prawach jest mowa⁶⁷, wydaje się zbyt niedookreślone, by spełnić te warunki. Chociaż, jak wskazano w kilku wyrokach ETPC⁶⁸, przepisy są generalnie formułowane w sposób ogólny, a przepisy prawa karnego na ogół ewoluują stopniowo pod wpływem orzecznictwa sądów, **autorzy projektu powinni rozważyć wyjaśnienie w tym przepisie, o jakie prawa konkretnie chodzi.**

50. Jednocześnie, nawet jeżeli powyższy przepis stałby się częścią ogólniejszego ustawodawstwa antydyskryminacyjnego lub innego o charakterze innym niż karne, odnosiłyby się do niego podobne uwagi: w obecnym brzmieniu art. 194 nie wyjaśnia w wystarczającym stopniu, jakie zachowania i czyny są zabronione, a tym samym nie spełnia ogólnych międzynarodowych standardów pewności prawnej i przewidywalności prawa.
51. W odniesieniu do proponowanych zmian art. 196 Kodeksu karnego, dotyczącego obrazy uczuć religijnych innych osób, należy zauważyć, że podjęto wysiłki, aby określić i zawęzić zakres tego przestępstwa. Po pierwsze, w nowym zmienionym przepisie wyraźnie zapisano, że postępowanie karne może zostać wszczęte jedynie „z oskarżenia prywatnego”. Po drugie, czyn karalny (*actus reus*) jest teraz bardziej jednoznacznie zdefiniowany dzięki określeniu, co rozumie się przez umyślną obrazę uczuć religijnych innych osób: „publiczne znieważenie miejsca przeznaczonego do wykonywania obrzędów religijnych lub znajdującego się w tym miejscu przedmiotu czci religijnej”. Termin „znieważenie” może jednak nadal być interpretowany w różny sposób. Co ważne, istnienie takiego przestępstwa nie powinno być wykorzystywane w celu zapobiegania krytyce idei, przekonań lub ideologii, religii czy instytucji religijnych bądź przywódców religijnych lub też komentarzom na temat doktryny religijnej i dogmatów wiary bądź w celu karania powyższych⁶⁹. Dodatkowo należy zauważyć, że Komitet Praw ONZ jednoznacznie uznał, iż „[z]akazy przejawiania braku szacunku dla religii lub innego systemu wierzeń, w tym przepisy dotyczące bluźnierstwa, są niezgodne z paktem, z wyjątkiem szczególnych okoliczności przewidzianych w art. 20 ust. 2 paktu”, czyli gdy stanowią one podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu⁷⁰. W art. 196 nie odniesiono się do takich szczególnych okoliczności, a nawet gdyby tak uczyniono, mogłoby to z kolei skutkować pokrywaniem się z art. 256 § 1 dotyczącym nawoływania

⁶⁷ Zob. np. art. 225-1 do 225-4 francuskiego Kodeksu karnego, które dotyczą przestępstwa dyskryminacji (ze względu na wymienione cechy chronione) zdefiniowanego jako dowolne rozróżnienie między osobami fizycznymi lub prawnymi z powodu ich (rzeczywistych lub domniemanych) cech chronionych, „gdy polega ono na: (1) odmowie dostawy towarów lub świadczenia usług; (2) utrudnianiu normalnego prowadzenia jakiejkolwiek działalności gospodarczej; (3) odmowie zatrudnienia, karaniu lub zwolnieniu z pracy; (4) uzależnieniu dostawy towarów lub świadczenia usług od spełnienia warunku dotyczącego jednej z [cech chronionych]; (5) składaniu ofert zatrudnienia, stażu lub praktyki zawodowej z zastrzeżeniem spełnienia warunku dotyczącego jednej z [cech chronionych]; przestępstwo to jest zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3 i grzywną w wysokości do 45 000 euro.

⁶⁸ Zob. np. *op.cit.*, przypis 57, pkt 91–93 (wyrok ETPC z 2013 r. w sprawie *Del Rio Prada przeciwko Hiszpanii*); oraz pkt 134 (wyrok ETPC z 2015 r. w sprawie *Perinçek przeciwko Szwajcarii*).

⁶⁹ Zob. UN Human Rights Committee, *General Comment No. 34 on Article 19: Freedoms of opinion and expression* [„Uwaga ogólna nr 34 na temat art. 19: Wolność wyrażania opinii i słowa”], 12 września 2011 r., pkt 48, dokument dostępny pod adresem <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>. Zob. też zasadę 12.3 zawartą w dokumencie Camden Principles on Freedom of Expression and Equality [„Zasady Camden dotyczące wolności słowa i równości”] (2009) sporządzonym przez międzynarodową organizację pozarządową Article 19 na podstawie rozmów na temat zagadnień wolności słowa i równości z udziałem wysokiego szczebla urzędników ONZ i innych organizacji oraz przedstawicieli społeczeństwa obywatelskiego, jak też ekspertów akademickich w dziedzinie międzynarodowych przepisów dotyczących praw człowieka; dokument jest dostępny pod adresem <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/the-camden-principles-on-freedom-of-expression-and-equality.pdf>.

⁷⁰ Zob. *ibidem*, pkt 48 („Uwaga ogólna Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 34”). Zob. też UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the Organization of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression and the African Commission on Human and Peoples’ Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, *2010 Joint Declaration on Ten Key Threats to Freedom of Expression* [„Wspólna deklaracja z 2010 r. na temat dziesięciu głównych zagrożeń dla wolności słowa”], 3 lutego 2010 r., sekcja 2 dotycząca zniesławienia karalnego, dokument dostępny pod adresem <http://www.osce.org/fom/154846?download=true>.

do nienawiści (zob. sekcję 4.3.2 Opinii poniżej). W związku z tym, w świetle powyższego, **autorzy projektu powinni ponownie rozważyć zasadność włączenia takiego przestępstwa do Kodeksu karnego lub co najmniej zawęzić zakres zakazu zawartego w art. 196 Kodeksu karnego w celu zapewnienia, aby nie ograniczał on nadmiernie wolności słowa.**

4.3. Artykuły 256 i 257 Kodeksu karnego

4.3.1. „Propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa”

52. W swoim obecnym kształcie art. 256 § 1 Kodeksu karnego czyni przestępstwem propagowanie „faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa”.
53. Po pierwsze, jako że celem takiego przepisu jest ograniczenie wolności słowa, musi on spełniać ściśle kryteria wyznaczone przez międzynarodowe standardy praw człowieka w tym zakresie. W chroniących prawo do wolności słowa oraz wyrażania opinii art. 19 MPPOiP i art. 10 EKPC wymieniono konkretne wyjątkowe sytuacje, w których prawo to może zostać ograniczone. W szczególności wszelkie ograniczenia muszą spełniać trzy wymogi, tj. być „przewidziane przez ustawę”, służyć „uzasadnionemu celowi” wskazanemu w międzynarodowych przepisach dotyczących praw człowieka oraz być „niezbędne w społeczeństwie demokratycznym”, a więc odpowiadać na pilne potrzeby społeczne. Warto zauważyć, że w art. 5 ust. 1 MPPOiP oraz w art. 17 EKPC wyłączono z zakresu ochrony odpowiednio MPPOiP i EKPC wszelkie „akty zmierzające do zniweczenia praw i wolności” wymienionych w tych dokumentach. Należy jednak podkreślić, że zgodnie z orzecznictwem ETPC pojęcie wolności słowa ma zastosowanie również do informacji lub idei, które „obrażają, szokują lub wprowadzają niepokój”⁷¹, nawet gdy zawierają one elementy przesady lub prowokacji⁷². Komitet Praw Człowieka ONZ w swojej uwadze ogólnej nr 34 uznał także, że art. 19 chroni również wypowiedzi „które mogą być uznawane za głęboko obraźliwe”⁷³. W związku z tym wszelkie ograniczenia wolności słowa nie mogą być zbyt ogólne ani szerokie i powinny być interpretowane zawężająco, a konieczność nałożenia ograniczeń musi zostać przekonująco dowiedziona⁷⁴.
54. Po drugie, ponownie wątpliwości budzi, czy sformułowanie tego przepisu jest zgodne z zasadami zapisanymi w art. 7 EKPC, zwłaszcza że z treści właściwego przepisu powinno jednoznacznie wynikać, jakie działania i zaniechania skutkują odpowiedzialnością karną (zob. pkt 42 powyżej). Różne międzynarodowe organizacje praw człowieka uznają, że „wszelkie karne ograniczenia treści [wypowiedzi] – w tym odnoszące się do mowy nienawiści, bezpieczeństwa narodowego, porządku publicznego i terroryzmu/ekstremizmu – powinny ściśle spełniać standardy międzynarodowe, w tym [...] nie zawierać terminów niedookreślonych lub nadmiernie szerokich [...]”⁷⁵, wskazując przy tym, że terminy, takie

⁷¹ Zob. sprawę *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r. (skarga nr 5493/72), pkt 49, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499#{\"itemid\":\[\"001-57499\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499#{\); zob. też sprawę *Vona przeciwko Węgrom*, wyrok ETPC z dnia 9 lipca 2013 r. (skarga nr 35943/10), pkt 53, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122183#{\"itemid\":\[\"001-122183\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122183#{\).

⁷² *Op.cit.*, przypis 57, pkt 204–208 (wyrok ETPC z 2015 r. w sprawie *Perinçek przeciwko Szwajcarii*).

⁷³ *Op.cit.*, przypis 69, pkt 53 („Uwaga ogólna Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 34”).

⁷⁴ Zob. np. sprawę *Observer i Guardian przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok ETPC z dnia 26 listopada 1991 r. (skarga nr 13585/88), pkt 59, dostępny pod adresem [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57705#{\"itemid\":\[\"001-57705\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57705#{\).

⁷⁵ Zob. UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, *2015 Joint Declaration on Freedom of Expression and Responses to Conflict Situations* [„Wspólna deklaracja z 2015 r. na temat wolności słowa i

- jak „gloryfikowanie”, „usprawiedliwianie”, „propagowanie” lub „zachęcanie”, zwykle odnoszą się do pojęć niedookreślonych⁷⁶.
55. Ponadto OBWE/BIDPC i Europejska Komisja na rzecz Demokracji przez Prawo (tzw. Komisja Wenecka) uznały pewne pojęcia, zwłaszcza „ideologie totalitarne” oraz „faszyzm i komunizm”, za ogólnikowe i niedookreślone. Dodatkowo stwierdziły one, że zakaz „propagowania ideologii totalitarnych” nie jest zgodny ze standardami europejskimi, gdyż taka terminologia nie jest wystarczająco dookreślona, przez co czyni trudnym dla obywateli dostosowanie postępowania do wymogów regulacji prawnej⁷⁷.
56. W tym kontekście należy odnotować, że w innych krajach także obowiązuje zakaz podobny do tego, o którym mowa w art. 256 § 1 Kodeksu karnego. Ogranicza się w nich jednak wyraźniej zakres takiego zakazu, np. jednoznacznie określając cel „faszystowskich” lub „totalitarnych” ruchów i ustrojów (np. opowiedzenie się za przejęciem władzy przemocą, tłumieniem praw człowieka i wolności lub podżeganiem do wrogości lub przemocy wobec pewnych grup) bądź jednoznacznie wskazując pewne ruchy czy organizacje (np. odniesienie do „dawnej organizacji narodowosocjalistycznej” w niemieckim Kodeksie karnym)⁷⁸.
57. Wreszcie, dodatkowym sposobem na częściową mitygację potencjalnie szerokiej wykładni pojęcia „propagowanie” może być uwzględnienie okoliczności wyłączających karalność lub wyjątków od zasady określonej w art. 256 § 1, na przykład w odniesieniu do stwierdzeń prawdziwych lub takich, które miały w zamiarze stanowić część prowadzonej w dobrej wierze dyskusji na tematy religii, edukacji, badań naukowych, polityki lub inne tematy będące przedmiotem zainteresowania publicznego⁷⁹. Chociaż w art. 256 § 3 zawarto taką okoliczność wyłączającą karalność, odnosi się ona tylko do art. 256 § 2 dotyczącego produkowania, utrwalania, sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia lub przesyłania w celu rozpowszechniania druków, nagrań lub innych przedmiotów zawierających treści określone w art. 256 § 1 Kodeksu karnego (zob. konkretne zalecenie w tym zakresie w pkt 62 poniżej).
58. W związku z powyższym **autorzy projektu powinni dokonać rewizji art. 256 § 1 Kodeksu karnego i określić, co jest rozumiane przez „propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa”, aby zawęzić zakres wspomnianego zakazu.**

reakcji na sytuacje konfliktowe”] (4 maja 2015 r.), pkt 3 lit. a) i b), dokument dostępny pod adresem <http://www.osce.org/fom/154846?download=true>.

⁷⁶ *Ibidem*. W odniesieniu konkretnie do pojęcia „propagowania” zob. też UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, *2005 Joint Declaration* [„Wspólna deklaracja z 2005 r.”] (21 grudnia 2005 r.), pkt 9, dokument dostępny pod adresem <http://www.osce.org/fom/99558?download=true>.

⁷⁷ Zob. OSCE/ODIHR-Venice Commission, *Joint Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of Moldova on the compatibility with European Standards of Law No. 192 of 12 July 2012 on the prohibition of the use of symbols of the totalitarian communist regime and of the promotion of totalitarian ideologies of the Republic of Moldova* [„Wspólna opinia amicus curiae dla Trybunału Konstytucyjnego Mołdawii na temat zgodności ze standardami europejskimi ustawy nr 192 z dnia 12 lipca 2012 r. o zakazie używania symboli totalitarnego reżimu komunistycznego oraz propagowania ideologii totalitarnych Republiki Mołdawii”], przyjęta przez Komisję Wenecką podczas 94. sesji plenarnej (Wenecja, 8–9 marca 2013 r.), pkt 74–78 i 125, dokument dostępny pod adresem <http://www.legislationline.org/documents/id/17873>.

⁷⁸ Zobacz np. przykłady Republiki Czeskiej i Niemiec, *ibidem*, pkt 33–34, 60–63 i 74–78 („Wspólna opinia amicus curiae OBWE/BIDPC-Komisji Weneckiej z 2013 r.”).

⁷⁹ Zob. np. OSCE Representative on Freedom of the Media, *Legal Analysis of the Proposed Bill C-51, the Canadian Anti-terrorism Act, 2015: Potential Impact on Freedom of Expression* [„Analiza prawna proponowanej ustawy C-51, czyli kanadyjskiej ustawy o zwalczaniu terroryzmu z 2015 r.: potencjalny wpływ na wolność słowa”] (maj 2015 r.), s. 9–10, dokument dostępny pod adresem <http://www.osce.org/fom/156261?download=true>.

4.3.2. *Nawoływanie do nienawiści (art. 256) oraz publiczne znieważanie (art. 257) niektórych osób lub grup*

59. Na mocy art. 256 § 1 i art. 257 Kodeksu karnego karalne jest nawoływanie do nienawiści i publiczne znieważanie osób lub grup ze względu na pewne cechy chronione. Jednak żaden z tych przepisów, art. 115 Kodeksu karnego (który zawiera definicje terminów używanych w Kodeksie karnym) ani żaden inny przepis nie wydaje się dawać odpowiednich wskazówek, w jaki sposób zdefiniować, co w praktyce stanowi „nawoływanie do nienawiści” lub „publiczne znieważanie”.
60. W tym kontekście należy zauważyć, że ETPC uznał „niemożliwość osiągnięcia absolutnej precyzji w formułowaniu prawa” „nawet w przypadkach, w których ingerencja w prawo skarżących do wolności wypowiedzi przybrała formę sankcji karnej”, zauważając, że w tej dziedzinie sytuacja zmienia się w zależności od poglądów przeważających w społeczeństwie⁸⁰. Ponadto podczas projektowania ustawodawstwa w tym zakresie cenną wskazówką mogą być czynniki uwzględniane przez ETPC przy ocenie, czy skazanie za nawoływanie do przemocy i „mowę nienawiści” stanowi w danym przypadku ingerencję w korzystanie z prawa do wolności słowa. Są one następujące: czy dana wypowiedź padła w napiętych okolicznościach politycznych lub społecznych; czy takie wypowiedzi, rzetelnie interpretowane i postrzegane w bezpośrednim lub szerszym kontekście, mogą być postrzegane jako bezpośrednie lub pośrednie nawoływanie do przemocy bądź uzasadnienie przemocy, nienawiści lub nietolerancji; forma wypowiedzi; możliwość, że wypowiedź będzie miała – bezpośrednio lub pośrednio – szkodliwe konsekwencje; oraz proporcjonalność sankcji⁸¹.
61. W związku z tym, nawet jeżeli nie da się osiągnąć absolutnej precyzji, sformułowania art. 256 § 1 i art. 257 mogą stwarzać obywatelom trudności w rozróżnieniu między dopuszczalnymi stwierdzeniami bądź ideami, które obrażają, szokują lub budzą niepokój (zob. pkt 53 powyżej) a publicznymi wypowiedziami potencjalnie znieważającymi pewne osoby lub grupy osób bądź nawołującymi do nienawiści, a tym samym skutkującymi odpowiedzialnością karną. Krajowe ramy prawne dotyczące nawoływania do nienawiści powinny raczej opierać się na art. 20 MPPOiP (tj. „popieranie [...] nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej, stanowiące podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu [„*violence*” – *poza kontekstem MPPOiP termin ten jest tłumaczony w niniejszej Opinii jako „przemoc” – przyp. tłum.]*”) i należy w tym kontekście rozważyć zamieszczenie należytych definicji kluczowych pojęć, takich jak: „nienawiść”, „dyskryminacja”, „przemoc” lub „wrogość”⁸². Ponadto zgodnie z zaleceniem specjalnego sprawozdawcy ds. promowania i ochrony prawa do wolności słowa i wyrażania opinii „[w] celu zapobiegania wszelkim nadużyciom przepisów o mowie nienawiści [...] jedynie poważne

⁸⁰ *Op.cit.*, przypis 57, pkt 133 (wyrok ETPC z 2015 r. w sprawie *Perinçek przeciwko Szwajcarii* [Wielka Izba]).

⁸¹ *Ibidem*, pkt 204–208 (wyrok ETPC z 2015 r. w sprawie *Perinçek przeciwko Szwajcarii*).

⁸² Zob. 2012 *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence* [„Plan działania z Rabatu z 2012 r. dotyczący zakazu popierania nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej stanowiącej podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub przemocy”], czyli wnioski i zalecenia z czterech regionalnych warsztatów eksperckich zorganizowanych przez Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka w 2011 r., przyjęte przez ekspertów w Rabacie w Maroku w dniu 5 października 2012 r., pkt 19, dokument dostępny pod adresem http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf. Zob. też UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, *Joint Declaration on Defamation of Religions, and Anti-Terrorism and Anti-Extremism Legislation* [„Wspólna deklaracja na temat ustawodawstwa dotyczącego zniesławiania religii, przeciwdziałania terroryzmowi i ekstremizmowi”] (10 grudnia 2008 r.), s. 3, dokument dostępny pod adresem <http://www.osce.org/fom/99558?download=true>, w którym stwierdza się, że „[z]akres ograniczenia wolności słowa w celu zapobiegania nietolerancji powinien sprowadzać się jedynie do popierania nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej stanowiącego podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub przemocy”.

i skrajne przypadki nawoływania do nienawiści [powinny] być zabronione jako przestępstwo”⁸³.

62. Ogólnie w art. 256 i 257 należy wyraźnie wskazać, jakie formy publicznego znieważania lub nawoływania do nienawiści są karalne, zapewniając zarazem wąskie określenie ich zakresu. Ponadto autorzy projektu powinni rozważyć rozszerzenie zakresu przepisu wyłączającego karalność zawartego w obecnym art. 256 § 3, aby obejmował on nie tylko art. 256 § 2, ale też art. 256 § 1, rozważając także poszerzenie zakresu takich potencjalnych okoliczności wyłączających karalność lub wyjątków od zasady (zob. pkt 57 powyżej).
63. Wreszcie należy zauważyć, że karą za nawoływanie do nienawiści (art. 256) jest ograniczenie wolności lub pozbawienie wolności do lat 2, czyli jest ona znacznie niższa od kary przewidzianej za publiczne znieważenie (art. 257), którą jest pozbawienie wolności do lat 3. Pod tym względem należy wskazać, że różne międzynarodowe organizacje praw człowieka wyrażają pewne obawy dotyczące przepisów czyniących „znieważanie” przestępstwem, a szczególnie tych, które nakładają „[n]admiernie surowe sankcje, takie jak pozbawienie wolności”⁸⁴. Dlatego też, oprócz wyjaśnienia powyższej niejednoznacznej terminologii, autorzy projektu powinni rozważyć wykluczenie możliwości wymierzenia kary pozbawienia wolności w przypadku „publicznego znieważania”, a także przedyskutować bardziej ogólnie, czy zakres sankcji proponowanych w przypadku tych przestępstw jest adekwatny i odpowiedni.

4.3.3. Naruszenie nietykalności cielesnej innej osoby (art. 257)

64. Na mocy art. 257 Kodeksu karnego karalne jest naruszenie „nietykalności cielesnej” osoby ze względu na pewne cechy chronione. Wydaje się jednak, że termin ten nie jest zdefiniowany w art. 115 ani w innych przepisach Kodeksu karnego. Taki przepis może też potencjalnie pokrywać się z art. 119 § 1. Podobnie jak wskazano w pkt 45 powyżej, **w celu dookreślenia tego przestępstwa i uczynienia go przewidywalnym zaleca się zamieszczenie wyraźnego odniesienia do właściwych artykułów Kodeksu karnego; kara powinna również być surowsza w porównaniu do podobnych przestępstw niemotywowanych uprzedzeniami** (zob. pkt 46 powyżej). Alternatywnie, jak zalecono w pkt 31 powyżej, autorzy projektu powinni rozważyć wprowadzenie na mocy tych artykułów surowszych kar w przypadkach, gdy przestępstwa są motywowane uprzedzeniami. W każdym razie czyny objęte art. 257 nie powinny pokrywać się ze wskazanymi w art. 119 § 1 ani w innych przepisach Kodeksu karnego.

5. Uwagi końcowe

65. Chociaż część wspomnianych powyżej zmian przepisów Kodeksu karnego stanowiłaby krok we właściwym kierunku, same przepisy nie osiągną jednak wyników w praktyce, jeżeli nie będą im towarzyszyć inne środki zapewniające kompleksowe podejście do zapobiegania przestępstwom motywowanym uprzedzeniami i ich zwalczania. W związku z tym każdej reformie prawa karnego w tej dziedzinie powinny towarzyszyć inne

⁸³ Zob. UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, *2012 Report* [„Raport z 2012 r.”], A/67/357, 7 września 2012 r., pkt 79, dokument dostępny pod adresem <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/501/25/PDF/N1250125.pdf?OpenElement>.

⁸⁴ Zob. też *op.cit.*, przypis 70, sekcja 2 na temat zniesławienia karalnego („Wspólna deklaracja ONZ-OBWE-OPA-AKPCiL z 2010 r. na temat dziesięciu głównych zagrożeń dla wolności słowa”).

działania, takie jak edukowanie społeczeństwa (szczególnie młodzieży) na temat tolerancji i niedyskryminacji, gromadzenie dokładnych danych na temat przestępstw motywowanych uprzedzeniami, zapewnienie ofiarom dostępu do skutecznych środków prawnych, kampanie o podnoszenie świadomości społecznej, wola polityczna, a ogólniej inne środki mające zaradzić dyskryminacji we wszystkich sferach życia, w tym publicznej i politycznej, gospodarczej, zdrowotnej, społecznej oraz kulturalnej⁸⁵.

66. Ponadto w różnych zaleceniach na szczeblu międzynarodowym i regionalnym wskazuje się, że system sądownictwa karnego i jego podmioty muszą być reprezentatywne dla całej społeczności, w tym pod względem równowagi płci i różnorodności⁸⁶, aby zwiększyć zaufanie całej ludności do tego systemu. Dobre praktyki wskazują również, że wyspecjalizowane służby działające po stronie policji, prokuratury i sądów oraz dodatkowe ciągłe szkolenia skutkują zwiększeniem liczby zgłaszanych przypadków, wzrostem zaufania oraz zaangażowania ofiar przestępstw w działanie systemu sądownictwa karnego, jak też wzrostem ogólnej efektywności i skuteczności tego systemu⁸⁷. W związku z tym reformę ustawodawstwa w zakresie przestępstw z nienawiści powinny uzupełniać inne reformy dotyczące składu, organizacji i rozwoju potencjału wszystkich podmiotów systemu sądownictwa karnego jako całości.
67. Wreszcie, w zaleceniach na szczeblu międzynarodowym podkreśla się potrzebę bezpośredniego i rzeczywistego udziału wszystkich organów systemu sądownictwa karnego, społeczeństwa obywatelskiego (zwłaszcza grup szczególnie wrażliwych i mniejszości) oraz innych zainteresowanych stron w całym procesie zmiany przepisów dotyczących zapobiegania przestępstwom motywowanym nienawiścią i ich zwalczania⁸⁸. W związku z tym decydenci i prawodawcy w Polsce powinni zapewnić ciągłe konsultacje oraz wyczerpujące informacje dla wszystkich zainteresowanych stron, jak też umożliwić im przedstawianie stanowiska podczas całego procesu nowelizacji. Dyskusja publiczna oraz otwarta i sprzyjająca włączeniu debata podniesie świadomość różnych czynników związanych z zagadnieniem wśród wszystkich zainteresowanych stron, jak też zwiększy zaufanie do przyjętego ustawodawstwa i poczucie odpowiedzialności za nie, a ostatecznie usprawni też jego stosowanie.

[KONIEC TEKSTU]

⁸⁵ Zob. np. *op.cit.*, przypis 2, s. 12 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

⁸⁶ Zob. np. UN Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, *2011 Annual Report* [„Raport roczny z 2011 r.”], pkt 81 dotyczący „wystarczającej reprezentacji kobiet w wymiarze sprawiedliwości”, dokument dostępny pod adresem <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/130/15/PDF/G1113015.pdf?OpenElement>; OSCE/ODIHR, *Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia* [„Zalecenia z Kijowa dotyczące niezawisłości sądów w Europie Wschodniej, na Południowym Kaukazie i w Azji Środkowej”] (2010), pkt 24, dokument dostępny pod adresem <http://www.osce.org/odihr/KyivRec?download=true>, w którym stwierdza się, że „[o]gólnie pożądanym byłoby, aby skład wymiaru sprawiedliwości odzwierciedlał strukturę całej populacji”; zob. też OSCE, *Guidebook on Democratic Policing* [„Przewodnik po pracy policji w demokracji”] (maj 2008 r.), pkt 124, dokument dostępny pod adresem <http://www.osce.org/spmu/23804?download=true>; oraz pkt 8 lit. a) preambuły dokumentu *UN Code of Conduct for Law Enforcement Officials* [„Kodeks postępowania ONZ dla funkcjonariuszy organów ścigania”] przyjętego przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucją 34/169 z dnia 17 grudnia 1979 r., dostępnego pod adresem <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>. Zob. też pkt 1–2 decyzji Rady Ministerialnej OBWE MC DEC/7/09 w sprawie udziału kobiet w życiu politycznym i publicznym z dnia 2 grudnia 2009 r.; oraz dokument z XVII posiedzenia Rady Ministerialnej OBWE w Atenach w dniach 1–2 grudnia 2009 r. dostępny pod adresem <http://www.osce.org/mc/40710?download=true>.

⁸⁷ Zob. też np. w przypadkach przemocy domowej projekt dokumentu *European Union Handbook of Best Police Practices on Overcoming Attrition in Domestic Violence Cases* [„Podręcznik dobrych praktyk policyjnych w Unii Europejskiej służących przewyciężeniu nieskuteczności w sprawach dotyczących przemocy domowej”], grudzień 2012 r., s. 10, dokument dostępny pod adresem <http://www.eucpn.org/download/?file=EUHndbookAttritionDomViol.pdf&type=3>. W odniesieniu do wymiaru sprawiedliwości wobec nieletnich zob. też sekcję 12 „Specjalizacja w obrębie organów policyjnych” dokumentu *UN Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice* [„Minimalne zasady ONZ dotyczące sprawowania wymiaru sprawiedliwości wobec nieletnich”] (zwanego „Zasadami Pekijskimi”), przyjętego rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 40/33 z dnia 29 listopada 1985 r., dostępnego pod adresem <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/beijingrules.pdf>.

⁸⁸ Zob. *op.cit.*, przypis 2, s. 13–14 („Praktyczny przewodnik BIDPC na temat ustawodawstwa dotyczącego przestępstw z nienawiści z 2009 r.”).

ZAŁĄCZNIK:

Druk nr 2357

7 marca 2014 r.

Ustawa
z dnia 2014 roku
o zmianie ustawy – Kodeks karny

Art. 1.

W ustawie z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.) wprowadza się następujące zmiany:

1) Art. 119 § 1 otrzymuje brzmienie:

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

2) Art. 194 otrzymuje brzmienie:

§ 1. Kto ogranicza człowieka w przysługujących mu prawach ze względu na jego przynależność wyznaniową albo bezwyznaniowość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 2. Jeżeli czynu określonego w § 1 dopuszcza się funkcjonariusz publiczny w związku z wykonywaniem swoich funkcji, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3.

3) Art. 195 otrzymuje brzmienie:

§ 1. Kto złośliwie przeszkadza publicznemu wykonywaniu aktu religijnego kościoła lub innego związku wyznaniowego o uregulowanej sytuacji prawnej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto złośliwie przeszkadza pogrzebowi, uroczystościom lub obrzędom żałobnym.

§ 3. Jeżeli czynu określonego w § 1 i 2 dopuszcza się funkcjonariusz publiczny w związku z wykonywaniem swoich funkcji, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

4) Art. 196 otrzymuje brzmienie:

§ 1. Kto umyślnie obraża uczucia religijne innych osób poprzez publiczne znieważenie miejsca przeznaczonego do wykonywania obrzędów religijnych lub

znajdującego się w tym miejscu przedmiotu czci religijnej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do 6 miesięcy.

§. 2. Ściganie przestępstwa określonego w § 1 odbywa się z oskarżenia prywatnego.

5) Art. 256 § 1 otrzymuje brzmienie:

§ 1 Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub 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.

6) Art. 257 otrzymuje brzmienie:

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

Art. 2.

Ustawa wchodzi w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia.

Druk nr 1078
27 listopada 2012 r.

Ustawa z dnia

o zmianie ustawy – Kodeks karny

Art. 1. W ustawie z dnia 6 czerwca 1997 roku - Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zmianami) wprowadza się następujące zmiany:

1. Art. 119 skreśla się.
2. Art. 256 otrzymuje brzmienie:

„Art. 256. § 1. Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści wobec grupy osób lub osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, społecznej, naturalnych lub nabytych cech osobistych lub

przekonań, albo z tego powodu grupę osób lub osobęwaznie za, podlega karze grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto w celu rozpowszechnienia produkuje, utrwała lub sprowadza, nabywa, przechowuje, posiada, prezentuje, przewozi lub przesyła dane informatyczne, druk, nagranie lub inny przedmiot, zawierające treść określoną w § 1.

§ 3. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w § 2, jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej.

§ 4. W razie skazania za przestępstwo określone w § 2 sąd orzeka przepadekzperdmiotów, o których mowa w § 2, chociażby nie stanowiły własności sprawcy.

§ 5. Kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec innej osoby z powodu określonego w § 1 albo z tego powodu narusza jej nietykalność cielesną, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.”

3. Art. 257 skreśla się.

Art. 2. Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.