



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
VII kadencja

Druk nr 340
Warszawa, 7 marca 2012 r.

Pani
Ewa Kopacz
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Na podstawie art. 118 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. i na podstawie art. 32 ust. 2 regulaminu Sejmu niżej podpisani posłowie wnoszą projekt ustawy:

- o zmianie ustawy - Kodeks karny.

Do reprezentowania wnioskodawców w pracach nad projektem ustawy upoważniamy pana posła Roberta Biedronia.

(-) Maciej Banaszak; (-) Piotr Paweł Bauć; (-) Robert Biedroń; (-) Bartłomiej Bodio; (-) Jerzy Borkowski; (-) Artur Bramora; (-) Jan Cedzyński; (-) Piotr Chmielowski; (-) Artur Dębski; (-) Marek Domaracki; (-) Dariusz Cezar Dziadzio; (-) Wincenty Elsner; (-) Artur Górczyński; (-) Anna Grodzka; (-) Michał Kabaciński; (-) Adam Kępiński; (-) Krzysztof Kłosowski; (-) Henryk Kmieciak; (-) Sławomir Kopyciński; (-) Roman Kotliński; (-) Jacek Kwiatkowski; (-) Andrzej Lewandowski; (-) Tomasz Makowski; (-) Małgorzata Marcinkiewicz; (-) Maciej Mroczek; (-) Jacek Najder; (-) Wanda Nowicka; (-) Michał Tomasz Pacholski; (-) Janusz Palikot; (-) Wojciech Penkalski; (-) Andrzej Piątek; (-) Zofia Popiołek; (-) Marek Poznański; (-) Andrzej Rozenek; (-) Adam Rybakowicz; (-) Armand Kamil Ryfiński; (-) Paweł Sajak; (-) Marek Stolarski; (-) Halina Szymiec-Raczyńska; (-) Maciej Wydrzyński.

Ustawa
z dnia 2012 r.
o zmianie ustawy – Kodeks karny

Art. 1.

W ustawie z 06 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, Nr 128, poz. 840, z 1999 r. Nr 64, poz. 729, Nr 83, poz. 931, z 2000 r. Nr 48, poz. 548, Nr 93, poz. 1027, Nr 116, poz. 1216, z 2001 r. Nr 98, poz. 1071, z 2003 r. Nr 111, poz. 1061, Nr 121, poz. 1142, Nr 179, poz. 1750, Nr 199, poz. 1935, Nr 228, poz. 2255, 2004 r. Nr 25, poz. 219, Nr 69, poz. 626, Nr 93, poz. 889, Nr 243, poz. 2426, z 2005 r. Nr 86, poz. 732, Nr 90, poz. 757, Nr 132, poz. 1109, Nr 163, poz. 1363, Nr 178, poz. 1479, Nr 180, poz. 1493, z 2006 r. Nr 190, poz. 1409, Nr 218, poz. 1592, Nr 226, poz. 1648, z 2007 r. Nr 89, poz. 589, Nr 123, poz. 850, Nr 124, poz. 859, Nr 192, poz. 1378, z 2008 r. Nr 90, poz. 560, Nr 122, poz. 782, Nr 171, poz. 1056, Nr 173, poz. 1080, Nr 214, poz. 1344, z 2009 r. Nr 62, poz. 504, Nr 63, poz. 533, Nr 166, poz. 1317, Nr 168, poz. 1323, Nr 190, poz. 1474, Nr 201, poz. 1540, Nr 206, poz. 1589, z 2010 r. Nr 7, poz. 46, Nr 40, poz. 227 i 229, Nr 98, poz. 625 i 626, Nr 125, poz. 842, Nr 127, poz. 857, Nr 152, poz. 1018 i poz. 1021, Nr 182, poz. 1228, Nr 225, poz. 1474, Nr 240, poz. 1602, z 2011 r. Nr 17, poz. 78, Nr 24, poz. 130. Nr 39, poz. 202, Nr 48, poz. 245, Nr 72, poz. 381, Nr 94, poz. 549, Nr 117, poz. 678, Nr 129, poz. 734, Nr 133, poz. 767, Nr 160, poz. 964, Nr 191, poz. 1135) wprowadza się następujące zmiany:

1) **art. 119 § 1** otrzymuje brzmienie:

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

2) **art. 256 § 1** otrzymuje brzmienie:

§ 1 Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa albo nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych,

wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

3) **art. 257** otrzymuje brzmienie:

Art. 257.

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

Art. 2.

Ustawa wchodzi w życie z chwilą ogłoszenia.

UZASADNIENIE

Niniejszy projekt bezpośrednio nawiązuje do projektu nowelizacji ustawy z 06 czerwca 1997 roku – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.; dalej jako „kodeks karny” lub „kk”), nad którym pracował Sejm VI kadencji (druk sejmowy numer 4253 z 18 kwietnia 2011 roku). Projekty te różnią się od siebie jedynie w zakresie części proponowanych zmian art. 256 § 1 kk. W niniejszym projekcie uwzględniono uwagi krytyczne zgłoszone pod adresem poprzedniego projektu odnośnie opisu czynności sprawczych art. 256 § 1 kk, wyrażone m.in. podczas jego publicznej prezentacji (3 marca 2011 roku w Austriackim Forum Kultury w Warszawie), podczas konferencji naukowej „Przestępstwa z nienawiści w Polsce” (17 maja 2011 roku na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu), podczas spotkania organizacji popierających projekt w Ministerstwie Sprawiedliwości (19 maja 2011 roku), podczas debaty sejmowej po pierwszym czytaniu poprzednika niniejszego projektu (13 lipca 2011 roku) oraz w uwagach Sądu Najwyższego (pismo znak BSA II – 021 – 90/11 z 04 sierpnia 2011 roku), stanowisku Rady Ministrów (pismo znak DL-P-I-400-9/11 z 29 sierpnia 2011 roku). Uzasadnienie niniejszego projektu odnosi się też do uwag i zastrzeżeń, które pojawiły się wobec poprzedniego projektu przy w/w okazjach.

Prawo karne jako część antydyskryminacyjnej polityki państwa

Zasadniczym celem proponowanej nowelizacji jest zapewnienie skutecznej ochrony prawnokarnej przed przestępstwami popełnianymi z nienawiści (*hate crimes*) z uwagi na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność oraz orientację seksualną. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że działanie państwa w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji nie może ograniczyć się do reakcji na jej najjaskrawsze przypadki. Państwo winno nie tylko reagować na dyskryminację - państwo powinno jej przede wszystkim zapobiegać, nie tylko środkami prewencji ogólnej, ale przede wszystkim podnosząc świadomość społeczną działaniami oświatowymi i edukacyjnymi. Nie ulega wątpliwości, że nowoczesne społeczeństwa czerpią swoją siłę, bogactwo i elastyczność z tolerancji w kwestiach światopoglądowych (jak religia) oraz akceptacji dla różnorodności społecznej, obejmującej płeć, wiek, orientację seksualną, tożsamość płciową, niepełnosprawność oraz przynależność rasową, etniczną i narodową. Nowoczesne państwo korzysta z różnorodności społecznej, nierzadko buduje na niej część swojego kapitału społecznego, natomiast – w żadnym razie – nie traktuje jej jako obciążenia czy problemu, który trzeba rozwiązać poprzez podziały

społeczne, wykluczenie społeczne i kulturowe czy lansowanie fikcji homogeniczności społecznej. Wzajemna nieufność, niechęć czy wręcz wrogość wobec „obcych” oraz sztywne podziały społeczne, zwłaszcza zakorzenione w kulturze, wywołują napięcia społeczne i podkopują siłę każdego państwa. Także Polska winna rozwijać i utrwalać tolerancję i akceptację w powyższym zakresie. Jednocześnie trzeba mieć świadomość, że osiągnięcie poziomu, na którym do dyskryminacji o charakterze kryminalnym już nie dochodzi, nie nastąpiło jeszcze w żadnym kraju zachodniego kręgu kulturowego; nawet stawiane za wzór akceptacji i tolerancji Szwecja, Holandia i Hiszpania nie wyeliminowały dyskryminacji ani – tym bardziej – przestępczości z nienawiści.

Tymczasem Polska nie jest nawet na początku drogi do tego celu. W toku edukacji szkolnej stereotypy i uprzedzenia, które przenikają panującą w Polsce kulturę, nie ulegają rozproszeniu ani osłabieniu, a nierzadko są wzmacniane, państwo nie ma bowiem żadnej oferty wychowawczej w tym zakresie i pozostawia sprawy swojemu biegowi. Państwo nie oddziałuje także na dorosłą część społeczeństwa. Tymczasem panująca kultura nie przewiduje otwartości na różnorodność, akceptację i tolerancję traktuje jako zbędne, zachęca i skłania do podziałów społecznych, wartościujących ocen, braku zaufania, niechęci, stygmatyzacji i ekskluzji społecznej. To z nich wywodzi się dyskryminacja, to z nich wywodzi się przestępczość motywowana nienawiścią, uprzedzeniami.

Jak podnoszono szereg razy w toku prac i konsultacji poprzednika niniejszego projektu, prawo karne ma charakter *ultima ratio*. Nie oznacza to wszakże, że państwo ma zrezygnować z wprowadzenia instrumentów pozwalających na reakcję na przestępczość z nienawiści znajdującą mocne oparcie w panującej kulturze. Zwłaszcza w okresie, który państwo powinno wykorzystać na podniesienie świadomości społecznej, regulacje w tym zakresie są potrzebne – jako ostatnie, a nie jedyne, ogniwo chroniące przed zjawiskiem dyskryminacji i jego najcięższymi przejawami. Uzasadnienie dla użycia *ultima ratio* jest już dziś (patrz niżej). Warto w tym kontekście przypomnieć – jako swego rodzaju przestrogę – okoliczności, które doprowadziły do przyjęcia w USA federalnej (ogólnokrajowej) ustawy znanej jako *Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act*, uchwalonej przez Kongres USA 22 października 2009 roku, rozszerzającej federalną ochronę przed przestępstwami z nienawiści o przesłanki płci (*gender*), orientacji seksualnej (*sexual orientation*), tożsamości płciowej (*gender identity*) oraz niepełnej sprawności (*disability*); wcześniejsza legislacja federalna dotyczyła tylko przynależności rasowej, etnicznej, narodowej i wyznaniowej. W nazwie ustawy upamiętniono Matthew Sheparda – ofiarę homofobicznego pobicia ze skutkiem śmiertelnym z 1998 roku – oraz Jamesa Byrda – ofiarę zabójstwa na tle rasowym,

również z 1998 roku. Szczególnie przypadek Matthew Sheparda, młodego (w chwili śmierci miał niespełna 22 lata) geja z Wyoming, uprowadzonego, okradzionego, torturowanego i pozostawionego na śmierć (obu sprawców skazano na karę podwójnego dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości zwolnienia), wstrząsnął opinią publiczną w USA i zainicjował zmianę prawa. Dopiero śmierć Matthew Sheparda uświadomiła odpowiednio dużej części społeczeństwa amerykańskiego (oraz amerykańskiej klasy politycznej), że problem homofobii, zakorzenionej w kulturze równie mocno, jak w Polsce, nie może być zbywany, że wymaga rozwiązania także w sferze prawa karnego i to na szczeblu federalnym. W świetle przedstawionych niżej danych jest oczywiste, że nie można dziś ulec pokusie i stwierdzić, że zmiany wymagają kultura i świadomość społeczna, a nie prawo, w tym prawo karne. Takie podejście jest w istocie zaproszeniem do bezczynności. Co gorsze, oznacza ono również przyzwolenie na dyskryminację. Paradoksalnie, zmiana prawa jest najłatwiejszym do wykonania i najmniej kosztownym zadaniem państwa w walce z dyskryminacją.

Projektowana zmiana w świetle ponadustawowych aktów normatywnych i funkcji prawa

Wskazany wyżej cel projektowanej nowelizacji ma jednoznacznie antydyskryminacyjny charakter, sięgając w pierwszym rzędzie do konstytucyjnego:

1. zakazu dyskryminacji z jakiegokolwiek powodu (art. 32 ust. 2 Konstytucji RP),
2. zasady równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 zd. pierwsze Konstytucji RP),
3. nakazu traktowania wszystkich w równy sposób przez władze publiczne (art. 32 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji RP).

Przywołane postanowienia Konstytucji RP znajdują też potwierdzenie w zobowiązaniach międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej. Ograniczając się w tym zakresie do trzech najwyrazistszych przykładów zakazów dyskryminacji niezależnie od przesłanek, można przywołać:

1. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 roku, Nr 38, poz. 167), którego art. 26 stanowi:

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;

2. Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (Dz. U. z 1977 roku, Nr 38, poz. 169), którego art. 2 ust. 2 stanowi:

Państwa Strony niniejszego Paktu zobowiązują się zagwarantować wykonywanie praw wymienionych w niniejszym Pakcie bez żadnej dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religię, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuację majątkową, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności;

3. Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 roku, Nr 61, poz. 284), której art. 14 stanowi:

Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej Konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn.

Wskazać należy, że wyżej wymienione zapisy Konstytucji RP nie doczekały się - jak dotąd – pełnego odzwierciedlenia w obowiązujących regulacjach prawnych. Jak się wydaje, zdecydowały o tym – nieaktualne z dzisiejszego punktu widzenia - uwarunkowania społeczno-obyczajowe. Obecny stan ochrony prawnej nie odpowiada współczesnym potrzebom społecznym, kształtowanym m.in. przez coraz pełniejszą i wyraźniejszą obecność w przestrzeni publicznej przedstawicieli grup do tej pory wykluczanych, marginalizowanych i lekceważonych:

- kobiet,
- osób transpłciowych, w tym przede wszystkim osób transseksualnych,
- osób starszych,
- osób niepełnosprawnych,
- osób homoseksualnych i osób biseksualnych.

Obowiązujące regulacje nie uwzględniają też nowych lub wcześniej nieobecnych bądź marginalizowanych zagrożeń, przed jakimi chronić winno prawo karne. Najwyraźniejszym z tych zagrożeń jest zjawisko homofobii – irracjonalnego, faktycznie bezpodstawnego, ale kulturowo zakorzenionego i przybierającego rozmaite formy lęku przed osobami biseksualnymi i osobami homoseksualnymi – odpowiedzialne za ich dyskryminację społeczną, wykluczenie, potępienie, nienawiść oraz agresję wobec tych osób.

Uwzględnienia wymaga też zjawisko transfobii, stanowiące swoisty odpowiednik homofobii, wymierzony wobec osób transpłciowych. Wyróżnikiem tej grupy osób nie jest orientacja seksualna, ale szeroko pojęta tożsamość płciowa, tj. przynależność danej osoby do danej płci

biologicznej, względnie sytuowanie się pomiędzy płciami biologicznymi, a ponadto relacja płci biologicznej i płci psychicznej do płci społecznej (płci kulturowej, ang. *gender*). Najszerzej znaną postacią transpłciowości jest transseksualność, tj. brak zgodności między płcią biologiczną a płcią psychiczną (jedyne sposoby usunięcia niezgodności to dopasowanie płci biologicznej do płci psychicznej zabiegami chirurgicznymi i terapią hormonalną). Spektrum transpłciowości jest jednak dużo szersze. Najogólniej ujmując, tożsamość osoby transpłciowej nie pokrywa się z konwencjonalnymi poglądami na temat rodzaju męskiego i żeńskiego, ale łączy oba rodzaje lub przemieszcza się pomiędzy nimi.

Pod wieloma względami podobny do homofobii oraz transfobii jest mechanizm stygmatyzowania ale także wiktyimizacji osób niepełnosprawnych oraz osób starszych. Jest swoistym kulturowym tabu, że osoby należące do tych grup padają ofiarą dyskryminacji a także przestępstw należących do kategorii przestępstw z nienawiści.

Podobnie niejako w cieniu znajdują się czyny motywowane niechęcią i uprzedzeniami na tle płci ofiar. Dosiegają przede wszystkim kobiet. Podobnie jak wyżej wymienione, także przesłanka płci ofiary jako motyw przestępstwa z nienawiści jest uznawana za tabu – w odniesieniu do kobiet uzasadnieniem jest ich szczególna pozycja w kulturze; kobiety tradycyjnie postrzegane są jako wyposażone w dodatkową ochronę przed przemocą właśnie z racji płci.

Przynajmniej częściową odpowiedzią na potrzebę dokonania odnośnych zmian obowiązującego ustawodawstwa jest proponowana nowelizacja kodeksu karnego. Zarazem czyni ona zadość niemal wszystkim wyróżnionym w doktrynie funkcjom prawa karnego:

- ochronnej (ochrona stosunków społecznych i ochrona dóbr należących do podmiotów uczestniczących w tych stosunkach przed zamachami na nie),
- afirmacyjno-motywacyjnej (kształtowanie prawidłowych postaw zachowania poprzez wskazywanie dóbr zasługujących na szacunek i ochronę),
- prewencyjno-wychowawczej (przyszłościowe oddziaływanie represji karnej, tak w wymiarze indywidualnym jak i ogólnym),
- sprawiedliwościowej (kształtowanie oraz zaspokajanie poczucia sprawiedliwości społecznej).

Tło proponowanych zmian art. 119 §1 kk, art. 256 § 1 kk i art. 257 kk

Proponowane zmiany art. 119 § 1 kk, art. 256 § 1 kk oraz art. 257 kk mają przede wszystkim na celu zapewnienie osobom należącym do grup społecznych, które można wyróżnić

używając kryterium płci, tożsamości płciowej, niepełnej sprawności, wieku oraz orientacji seksualnej, prawnokarnej ochrony przed tzw. *hate crimes*, przestępstwami motywowanymi uprzedzeniami - przede wszystkim przed przejawami tzw. mowy nienawiści, ale także przemocy fizycznej.

Mowa nienawiści

Mowa nienawiści (*hate speech*) jest pojęciem sformułowanym w piśmiennictwie państw zachodnich na gruncie badań nad dyskryminacją i wykluczeniem społecznym. Uznaje się, że mową nienawiści są wszelkie przejawy użycia języka w celu znieważenia, poniżenia bądź pomówienia danej osoby lub grupy osób, wyróżnianych przy użyciu wybranej cechy bądź kryterium, a także wywołania lub utrzymania nienawiści wobec takiej osoby lub osób.

Mowa nienawiści opiera się i odwołuje do przypisywanych zasadniczo wszystkim osobom z danej grupy nieprawdziwych cech i charakterystyk, które – operując utrwalonym przez kulturę stereotypem i uogólnieniem - pogarszają wizerunek społeczny i poczucie godności osób z tej grupy. Jako przykłady można wymienić następujące twierdzenia:

- Cyganie, Romowie i Rumuni nie dbają o higienę osobistą, żebrzą, kradną i oszukują, a zdobyte nieuczciwie pieniądze przeznaczają na hazard, rozpustę i wystawne domy;
- Murzyni są leniwi, wymagają nadzoru przy najprostszych pracach i nie mają predyspozycji do pracy umysłowej;
- Niemcy są butni, prostacy i brutalni, skłonni do narzucania innym swojej woli siłą, czują respekt tylko przed tymi, których uważają za silniejszych od siebie;
- Rosjanie są biednymi, ograniczonymi prostakami o skłonności do alkoholu, którzy marzą o tym, żeby militarnie zrekompensować sobie swoją dotychczasową niedolę;
- osoby narodowości lub pochodzenia żydowskiego są z gruntu złe, tchórzliwe, fałszywe, zdradzieckie i chciwe;
- Polacy są pieniaczami oraz awanturnikami, nie potrafią solidnie ani wytrwale pracować, kradną samochody, a ponadto notorycznie nadużywają alkoholu;
- Świadkowie Jehowy to sekta, która urządza „pranie mózgu” swoim członkom i wyzyskuje ich w sobie tylko znanych niecznych celach;
- osoby niewierzące próbują wszystkim dookoła narzucić swój punkt widzenia i zniszczyć instytucje oparte na wierze, nie uczestnicząc w życiu duchowym same stawiają się poza nawiasem społeczeństwa i zasługują na gorsze traktowanie;
- osoby wyznania prawosławnego nie są prawdziwymi chrześcijanami, tylko nieprawomyślnymi odszczepieńcami;

- muzułmanie są niebezpiecznymi fanatykami, zdolnymi poświęcić swoje życie, żeby zabić jak największą liczbę niewinnych ludzi;
- kobiety są predysponowane do innych – zasadniczo społecznie mniej prestiżowych, mniej znaczących i gorzej płatnych – zawodów oraz funkcji, aniżeli mężczyźni (są gorszymi kierowcami, bo brak im orientacji w przestrzeni i mają słaby refleks, nie nadają się na stanowiska kierownicze, bo są zbyt emocjonalne i nie umieją podejmować szybkich i zdecydowanych rozstrzygnięć, są matkami, więc powinny zasadniczo pracować z dziećmi, jako nauczycielki, przedszkolanki i opiekunki, a inne zawody pozostawić mężczyznom, znają się tylko na praniu, sprzątaniu i gotowaniu, więc tym powinny się zajmować);
- mężczyźni są agresywni, brutalni, skłonni do alkoholu i przemocy, brak im wycucia i wrażliwości, nie powinni w związku z tym wykonywać niektórych zawodów, wymagających tych cech, jednocześnie mężczyźni, którzy nie posiadają w/w – przecieź negatywnych - cech nie są uważani za „prawdziwych mężczyzn”;
- osoby z niepełnosprawnością, w szczególności z niepełnosprawnością intelektualną, nie są pełnowartościowymi ludźmi, należy ich pilnować, żeby nie zrobili krzywdy sobie lub otoczeniu, nie potrzeba im żadnych praw, bo nie umieją/nie mogą z nich korzystać, ich uczucia (miłość, przyjaźń) ani pragnienia (założenia rodziny, posiadania przyjaciół, wykonywania pracy) nie zasługują na uwzględnienie;
- osoby starsze, o ile są do tego zdolne fizycznie, mają się oddać do dyspozycji swoim rodzinom, zajmując dziećmi i pomocą w domu, jeśli brak im sprawności fizycznej – powinny usunąć się w cień i robić wszystko, żeby nie być ciężarem dla bliskich, dodatkowo osoby starsze nie rozumieją współczesnego świata, zatem – podobnie jak osób z niepełnosprawnością intelektualną - należy ich pilnować, żeby nie zrobiły krzywdy sobie lub otoczeniu, ponadto osoby starsze nie mają prawa aspirować do pełnego udziału w życiu prywatnym ani społecznym;
- osoby transpłciowe to szczególne połączenie emocjonalnego zaburzenia (najpewniej homoseksualności) z innymi odchyleniami, skutkujące w szczególności przebieraniem się „za kobietę” bądź „za mężczyznę”;
- osoby biseksualne – niezależnie od płci – są emocjonalnie zaburzone i wymagają terapii, która pomoże im się stać heteroseksualnymi kobietami i mężczyznami; według alternatywnego poglądu osoby biseksualne – niezależnie od płci – powinny rozstrzygnąć, czy są homoseksualne czy heteroseksualne, albowiem tylko udają biseksualność, która w istocie nie istnieje; oba przytoczone poglądy zakładają, że osoby biseksualne są

zainteresowane wyłącznie współżyciem płciowym i pragną jego urozmaicenia obcując z osobami różnej płci;

- kobiety homoseksualne boją się i nienawidzą mężczyzn, są emocjonalnie zaburzone i wymagają terapii, która pomoże im się stać heteroseksualnymi kobietami;
- mężczyźni homoseksualni są zniewieściali oraz zainteresowani wyłącznie współżyciem płciowym, nie są zdolni do zbudowania trwałych więzi opartych na miłości i partnerstwie, są emocjonalnie zaburzeni oraz wymagają terapii, która pomoże im się stać heteroseksualnymi mężczyznami.

Klimat dla mowy nienawiści buduje też formułowanie pod adresem wszystkich osób należących do danej grupy nieprawdziwych, mglistych, a często wręcz absurdalnych zarzutów, nie zawsze stawianych wprost - czasem w zawołowanej formie, jako pozornie niewinne przypuszczenie, domysł, wyraz zaniepokojenia, a w istocie – obraźliwa supozycja.

Przykładami takiego postępowania są:

- oskarżanie Żydów o spiskowanie przeciwko jakiemuś krajowi, celem przejęcia nad nim kontroli lub doprowadzenia do jego upadku,
- oskarżanie Żydów o porywanie chrześcijańskich dzieci i przeprowadzanie na nich tzw. mordów rytualnych,
- posądzanie organizacji działających na rzecz emancypacji osób homoseksualnych i osób biseksualnych o związki z organizacjami przestępczymi i tzw. międzynarodową siatką pedofilską,
- utożsamianie homoseksualnych mężczyzn z pedofilami,
- oskarżanie osób homoseksualnych o „promowanie” lub „propagowanie homoseksualizmu”, co ma zagrażać przede wszystkim młodzieży.

Hate speech wywodzi się (a czasem jest z nim utożsamiana) z pierwszego stadium tzw. skali Allporta, tj. z nieprzychylnymi werbalnymi uwagami na temat jakiejś osoby bądź grupy, czynionymi nie wprost wobec tych osób, ale adresowanymi do szerokiego odbiorcy, niejako za plecami samych zainteresowanych. Badając zjawisko społecznego okazywania uprzedzeń, amerykański psycholog Gordon Allport wyróżnił pięć stadiów jego zaawansowania:

- *antilocution* (dziś *hate speech*),
- *avoidance* – celowe unikanie przez przedstawicieli większości obecności oraz towarzystwa osoby lub osób należących do wykluczanej grupy (przejawy sięgają od towarzyskiego ostracyzmu po segregację ludzi),

- *discrimination* – celowe nierówne traktowanie osoby bądź osób z wykluczanej grupy, pozbawianie ich możliwości pełnego udziału w życiu społecznym np. przez ograniczanie dostępu do wykształcenia, pracy, awansu zawodowego,
- *physical attacks* – celowe ataki fizyczne, mające na celu zniszczenie mienia osoby bądź osób należących do wykluczanej grupy, a także spowodowanie obrażeń oraz śmierci u tych osób,
- *extermination* – celowe, fizyczne wyniszczenie całej wykluczanej grupy.

W *Nature of Prejudice* (1954) G. Allport wskazywał i analizował, jak osiągnięcie jednego stadium w społecznym okazywaniu uprzedzeń prowadziło do następnego stadium. Przestrzegał tym samym przed lekceważeniem wszelkich przejawów nawet najniższego stopnia uprzedzeń społecznych – dziś określanego mianem mowy nienawiści. Zdaniem G. Allporta stadium to tworzy odpowiednią atmosferę do rozszerzenia akceptacji dyskryminacji (uznania dyskryminacji za coś oczywistego, naturalnego i pożądanego), właściwy grunt dla dalszych działań wymierzonych przeciwko wykluczanej osobie lub grupie. Język kształtuje ludzką świadomość – przy takim założeniu ze wszech miar słuszne pozostają ostrzeżenia G. Allporta przed rozwojem zjawiska, jakie określamy dziś mianem mowy nienawiści. Państwo nie może dopuścić do sytuacji, w której język będzie narzędziem dyskryminacji jakiegokolwiek grupy, tworzącym odpowiedni klimat i torującym drogę dla dalszych jej przejawów.

Mowa nienawiści najczęściej przybiera postać obraźliwych i poniżających wypowiedzi, gróźb bezprawnych oraz siania nienawiści skierowanej wobec osób należących do danej grupy. Kierując się tragicznymi doświadczeniami historycznymi, w szczególności mając na uwadze zbrodnie II wojny światowej, popełnione przede wszystkim na tle narodowościowym, etnicznym i rasowym, polski ustawodawca zawarł w obowiązującym kodeksie karnym przepisy penalizujące:

- przemoc lub groźbę bezprawną wymierzone wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości (art. 119 kk),
- nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość (art. 256 § 1 kk),
- publiczne znieważenie grupy ludności albo poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości, a także naruszenie nietykalności cielesnej innej osoby z tych powodów (art. 257 kk).

Wskazane przepisy mają zasadniczo przeciwdziałać kryminalnym przejawom ksenofobii, antysemityzmu i rasizmu, a także przestępstwom dyskryminacji z uwagi na wyznanie i bezwyznaniowość. W połączeniu z zasadą *nullum crimen sine lege* oznacza to, że przejawy nienawiści wywołanej innymi przesłankami nie są penalizowane. Takie zawężenie ochrony należy uznać za nieuzasadnione i prowadzące do pominięcia:

- kobiet (zagrożonych przez przejawy seksizmu oraz mizoginii),
- osób transpłciowych (zagrożonych przez przejawy transfobii),
- osób niepełnosprawnych,
- osób starszych (zagrożonych przez przejawy ageizmu),
- lesbijek, gejów i osób biseksualnych (zagrożonych przez przejawy homofobii).

Wymienione grupy różnią się liczebnością oraz przesłankami, dla których występuje ich zagrożenie mową nienawiści i przemocą. Uwzględnienie w kryminalizacjach antydyskryminacyjnych niektórych tylko przesłanek prowadzi nie tylko do zróżnicowania intensywności ochrony prawnokarnej, lecz w konsekwencji również może być postrzegane jako przejaw hierarchizacji (wartościowania) możliwych przyczyn dyskryminacji, co wydaje się być sprzeczne z aktualnymi tendencjami międzynarodowego prawa antydyskryminacyjnego, a zwłaszcza standardami unijnymi. Niewątpliwie jest natomiast, że zróżnicowaniu temu należy przeciwdziałać, w pierwszym rzędzie nie dopuszczając do rozpowszechnienia pierwszego stadium Allporta, czyli powstaniu – poprzez użycie mowy nienawiści - atmosfery społecznego przyzwolenia na dalszą dyskryminację, z agresją fizyczną włącznie.

Dostępna ochrona przed przestępstwami z nienawiści

Jak już wskazano, kodeks karny nie przewiduje *sui generis* przestępstw z nienawiści ukierunkowanych na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełną sprawność ani orientację seksualną. W obecnym stanie prawnym dobra osób bądź grup osób wyróżnianych przy pomocy tych kryteriów są chronione przez prawo karne i cywilne na zasadach ogólnych. Dlatego już w tym miejscu wskazać należy na słabość argumentacji, zgodnie z którą wymienione grupy osób korzystają z należytej i wystarczającej ochrony prawnokarnej za pośrednictwem przepisów art. 190 § 1 kk, art. 212 kk, art. 216 kk i art. 217 kk (dla uproszczenia i z oszczędności miejsca w poniższym omówieniu przywołany zostanie tylko przykład osób homoseksualnych i osób biseksualnych).

Przepis art. 190 § 1 kk (groźba karalna) przewiduje dwa znamiona przestępstwa:

- groźbę popełnienia zbrodni lub występku wobec danej osoby lub osoby dla niej najbliższej,
- uzasadnioną obawę, że groźba ta zostanie spełniona.

W praktyce wymagane jest skonkretyzowanie adresata bądź adresatki groźby, poprzez wymienienie tej osoby bądź przez jej wyraźne wskazanie w inny sposób. Groźby, nawet pobicia i pozbawienia życia, kierowane pod adresem konkretnej grupy osób, np. klientów lokalu założonego zasadniczo z myślą o osobach homoseksualnych i osobach biseksualnych, nie są kwalifikowane ani z przepisu art. 190 § 1 kk ani z jakiegokolwiek innego przepisu kodeksu karnego; zdarza się, że traktowane są wręcz jako *niekaralne ostrzeżenie*, które nie upoważnia do jakichkolwiek kroków przewidzianych przez prawo karne. Dla porównania: analogiczne groźby kierowane pod adresem osób uczęszczających do miejsca spotkań mniejszości religijnej (miejsca kultu, miejsca pochówku), etnicznej, rasowej bądź narodowościowej (ośrodka imigracyjnego, placówki kulturowej lub edukacyjnej), są kwalifikowane z art. 119 § 1 kk i ścigane z urzędu. Nie jest przy tym wymagana konkretyzacja osób, wobec których kierowane są groźby, podobnie jak nie jest wymagane wystąpienie obawy przed ich spełnieniem – w związku z czym nie analizuje się tego, na ile realne było spełnienie groźby.

Przepisy art. 212 § 1 kk (zniesławienie) i art. 212 § 2 kk (zniesławienie za pomocą środków masowego komunikowania) przewidują karalność zachowania polegającego na pomówieniu innej osoby bądź grupy osób o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności. Podnosi się przy tym, że postępowanie bądź właściwość pomówionego były negatywne z punktu widzenia opinii publicznej (ochrona *czci zewnętrznej* pomówionego). Wszystkie badania opinii publicznej przeprowadzane w tym zakresie w Polsce (szczegóły patrz niżej) wskazują na to, że homoseksualność sama w sobie jest cechą postrzeganą jednoznacznie negatywnie (biseksualność jest z reguły całkowicie pomijana). Choć świadomość społeczna jest w tym zakresie niezwykle niska, to orientacja seksualna jest cechą obiektywną, niezależną od woli i wysiłków jakiegokolwiek osoby, nie może też – podobnie jak np. kolor skóry - stanowić kryterium postrzegania ani oceny tej osoby. Przypisywanie orientacji seksualnej negatywnych konotacji z zasady nie może zatem mieć miejsca. Zniesławienie osoby nieheteroseksualnej poprzez samo ujawnienie jej orientacji seksualnej, podobnie jak zniesławienie osoby heteroseksualnej przez błędne przypisanie jej biseksualności lub homoseksualności, nie są zatem możliwe. Zniesławieniem będzie natomiast takie zachowanie (przede wszystkim w formie wypowiedzi ustnej lub pisemnej),

które powiąże konkretną orientację seksualną z cechą będącą jednoznacznie negatywnie postrzeganą a zarazem nieprawdziwą. Zniesławieniem będzie zatem nieprawdziwa wypowiedź o faktach – np. określenie biseksualności lub homoseksualności mianem *zwyrodnienia, zboczenia, dewiacji czy choroby* a także zestawienie ze sobą (przypisanie im takiego samego lub zbliżonego negatywnego ładunku) np. homoseksualności, biseksualności oraz pedofilii, zoofilii i nekrofilii.

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

Odmiennie przedstawia się sytuacja, w której zniewaga ma charakter wyzwiska czy innego zwrotu powszechnie uznanego za obraźliwe, a nadto powiązanego z homoseksualnością czy biseksualnością (np. *cwel, ciota, lesba, pedał*). Można przyjąć, że określenia takie są niejako pejoratywne same z siebie, niezależnie od kontekstu orientacji seksualnej, i wyczerpują znamię przestępstwa z art. 216 kk. O ile zatem nazwanie kogoś *gejem* lub *lesbijką* rodzi wyżej zarysowane wątpliwości odnośnie skuteczności i celowości stosowania art. 216 kk (przede wszystkim w kontekście walki z homofobią), o tyle użycie określeń takich jak *cwel, ciota, pedał* i *lesba* nie budzi ich wcale.

Niezależnie od powyższego należy wskazać na słabość ochrony zapewnianej przez art. 212 kk i art. 216 kk, wynikającą z prywatnoskargowego charakteru tych przestępstw.

W przypadku art. 119 § 1 kk, art. 256 § 1 kk oraz art. 257 kk, gdzie ściganie następuje z oskarżenia publicznego, zaangażowanie osoby pokrzywdzonej w postępowanie karne można ograniczyć do:

- złożenia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa (choć zawiadomienie może złożyć także inna osoba),
- złożenia zeznań w postępowaniu przygotowawczym
- złożenia zeznań w postępowaniu sądowym.

Osoba pokrzywdzona zasadniczo nie ponosi żadnych kosztów związanych ze swoim udziałem w postępowaniu karnym, a jeśli takie koszty wystąpią, to przysługuje jej ich zwrot (w szczególności za dojazd do sądu z innej miejscowości). Osoba pokrzywdzona zasadniczo nie ponosi też konsekwencji swojego udziału w postępowaniu karnym w sferze pracy – pracodawca jest bowiem zobowiązany zwolnić ją od pracy oraz wydać zaświadczenie

określające wysokość utraconego wynagrodzenia, na podstawie którego właściwy organ (prokuratura i sąd) dokonuje rekompensaty (szczegóły – patrz rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z 15 maja 1996 roku w sprawie sposobu usprawiedliwiania nieobecności w pracy oraz udzielania pracownikom zwolnień od pracy; Dz. U. z 1996 roku, Nr 60, poz. 281 z późn. zm.).

Zgoła inaczej przedstawia się sytuacja osoby pokrzywdzonej w przypadku art. 212 kk i art. 216 kk, ściganych z oskarżenia prywatnego. Osoba pokrzywdzona musi w szczególności:

- ustalić niezbędne dane sprawcy, w tym jego adres dla doręczeń,
- ustalić okoliczności sprawy i zgromadzić dowody na ich potwierdzenie,
- sporządzić prywatny akt oskarżenia,
- uiścić zryczałtowaną równowartość wydatków, wynoszącą obecnie 300 złotych,
- stawiać się w sądzie podczas posiedzenia pojednawczego oraz rozprawy,
- popierać akt oskarżenia,
- zeznawać w postępowaniu sądowym.

Wprawdzie osoba pokrzywdzona, która zostanie oskarżycielem prywatnym, korzysta z uprawnień przewidzianych w rozporządzeniu w sprawie sposobu usprawiedliwiania nieobecności w pracy oraz udzielania pracownikom zwolnień od pracy, to jednak musi ponieść zryczałtowaną równowartość wydatków. Obciąża ją również ryzyko przegranej sprawy i konieczności poniesienia kosztów postępowania. Jeśli osoba pokrzywdzona występująca jako oskarżyciel prywatny nie posiada odpowiedniej wiedzy, aby sporządzić akt oskarżenia i popierać go przed sądem, albo nie ma możliwości osobistego stawiennictwa w sądzie, musi korzystać z zastępstwa procesowego i ponieść jego koszty.

Jak z powyższego widać, nie sposób porównywać wysiłku, jaki osoba pokrzywdzona musi włożyć w uzyskanie ochrony przed przestępstwami z nienawiści opisanymi w art. 119 § 1 kk, art. 256 § 1 kk oraz art. 257 kk, a innymi przestępstwami z nienawiści, do których obecnie zastosować można jedynie art. 212 kk lub art. 216 kk; zasadniczo nie można porównywać też ryzyk, jakie powyższe niosą dla osoby pokrzywdzonej.

Różnice w zakresie ochrony wynikają też z różnic w opisie czynności sprawczych.

Porównanie opisu czynności sprawczych

art. 119 § 1 kk, art. 256 § 1 kk, art. 257 kk

**art. 190 § 1 kk, art. 212 kk,
art. 216 kk, art. 217 kk**

<ul style="list-style-type: none"> ▪ stosowanie przemocy ▪ stosowanie groźby bezprawnej wobec grupy osób ▪ stosowanie groźby bezprawnej wobec pojedynczej (konkretnej) osoby ▪ nawoływanie do nienawiści 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ brak odpowiednika ▪ brak odpowiednika ▪ groźba karalna (zatem o węższym zakresie, aniżeli groźba bezprawna) wobec pojedynczej (konkretnej) osoby (ponadto groźba ta musi wywołać obawę jej spełnienia) ▪ zniesławienie pojedynczej (konkretnej) osoby, zniesławienie grupy osób
<p>nawoływanie do nienawiści, rozumiane jest jako <i>wypowiedzi, które wzbudzają uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób lub całych grup społecznych</i> (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 05 lutego 2007 roku w sprawie sygn. akt IV KK 406/06), a zatem wypowiedzi, które <i>per se</i> muszą zawierać takie treści, które są w stanie wzbudzać nienawiść, tj. wrogość, silną niechęć do kogoś (por. Stanisław Hoc, artykuł „O przestępstwach z art. 256 k.k.”, w: „Przegląd Prawa Karnego”, 2003, nr 22, str. 53); wypowiedzi takie zawsze wyczerpywać będą znamiona art. 212 kk: skoro bowiem będą w stanie wzbudzać nienawiść, to – rozumując <i>a maiore ad minus</i> – zarazem będą pomówieniem o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności; należy też pamiętać, że grupy społeczne korzystające obecnie z ochrony przed nawoływaniem do nienawiści mają do dyspozycji – jako uzupełnienie swojej ochrony – art. 212 kk</p>	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ znieważenie grupy osób ▪ znieważenie pojedynczej (konkretnej) osoby ▪ naruszenie nietykalności cielesnej grupy osób ▪ naruszenie nietykalności cielesnej pojedynczej (konkretnej) osoby 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ brak odpowiednika ▪ znieważenie pojedynczej (konkretnej) osoby ▪ brak odpowiednika ▪ naruszenie nietykalności cielesnej pojedynczej (konkretnej) osoby

Jak z powyższego widać, zakres ochrony zapewnianej przez art. 190 § 1 kk, art. 212 kk, art. 216 kk i art. 217 kk jest wyraźnie węższy, niż zakres ochrony wynikającej z art. 119

§ 1 kk, art. 256 § 1 kk, art. 257 kk. Dotyczy to zarówno grózb (np. „zabiję wszystkich Żydów!” będzie przestępstwem, „zabiję wszystkich gejów!” – już nie) jak i znieważenia (np. „Niemcy to świnię!” będzie przestępstwem, „lesbijki to świnię!” – już nie).

Na marginesie powyższego porównania wypada też wskazać na umieszczenie wśród przestępstw prywatnoskargowych potencjalnego *przestępstwa bez pokrzywdzonego*, jakim jest zniesławienie grupy osób. Aby przepisy art. 212 kk – przy ściganiu z oskarżenia prywatnego - nie były martwe, przyjmuje się, że legitymację procesową mają wszystkie osoby z danej grupy. Takie rozwiązanie wskazuje jednak tylko na niedostatki obecnej regulacji i potwierdza, że przestępstwa godzące w społeczność czy grupy społeczne wyodrębnione za pomocą danego kryterium (wiek, płeć, niepełna sprawność, tożsamość płciowa, orientacja seksualna, przynależność rasowa, etniczna, narodowa czy wyznaniowa), polegające na nawoływaniu do nienawiści, powinny być traktowane jednolicie i objęte ściganiem z oskarżenia publicznego.

Dla porządku należy przypomnieć, że w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego prokurator wszczyna postępowanie albo wstępuje do postępowania już wszczętego, jeżeli wymaga tego interes społeczny (art. 60 § 1 kpk), skutkiem czego postępowanie toczy się z urzędu (art. 60 § 2 kpk). Jak pokazuje doświadczenie życiowe, powołane rozwiązanie nie jest stosowane – głównie dlatego, że „interes społeczny” rozumiany jest dość specyficznie. Oskarżyciel publiczny zaczyna działać dopiero wówczas, gdy osoba pokrzywdzona nie jest w stanie sama sobie poradzić. Gdy – w ocenie oskarżyciela publicznego – osoba pokrzywdzona dysponuje możliwościami (wiedzą, środkami finansowymi) prowadzenia postępowania, interes społeczny w objęciu sprawy ściganiem publicznoskargowym nie zachodzi. Pokazał to m.in. przykład skrajnie homofobicznego wystąpienia posła Stanisława Pięty (który w interpelacji poselskiej z października 2009 roku m.in. zestawiał ze sobą na jednym poziomie homoseksualność, zoofilię, nekrofilę i pedofilię, nazywając je „podobnymi” do siebie), w sprawie którego prokuratura rejonowa odmówiła wszczęcia postępowania przygotowawczego a prokuratura okręgowa podtrzymała to rozstrzygnięcie (sprawą początkowo nie chciał się też zająć sąd rejonowy, uznając, jeszcze przed wystąpieniem do Sejmu o zgodę na pociągnięcie posła do odpowiedzialności karnej, że posła chroni immunitet – sytuację zmieniło rozstrzygnięcie sądu okręgowego).

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

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

Warto też pamiętać, że już samo nawoływanie do popełnienia przestępstw z art. 119 § 1 kk czy art. 257 kk jest ścigane z art. 255 § 1 kk. Także sam udział w zorganizowanej grupie lub związku osób mających na celu popełnienie któregośkolwiek z w/w przestępstw jest ścigany – z art. 258 § 1 kk. Ta dodatkowa ochrona osób należących do grup wymienionych w art. 119 § 1 kk, art. 256 § 1 kk i art. 257 kk nie ma żadnego odpowiednika towarzyszącego regulacjom art. 212 kk i art. 216 kk.

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

W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że obecne regulacje, w szczególności art. 190 § 1 kk, art. 212 kk i art. 216 nie zapewniają skutecznej, w tym ogólnodostępnej, prawnokarnej ochrony przed przestępstwami z nienawiści podyktowanej przesłanką płci, tożsamości płciowej, niepełnej sprawności, wieku ani orientacji seksualnej. Stanowi to nie tylko brak wypełnienia konstytucyjnego zakazu dyskryminacji bez względu na przesłanki. Brak ten jest dużo wyraźniejszy i groźniejszy, jeśli uwzględnić sytuację społeczną wokół wykluczanych grup, a w szczególności odczucia społeczne wobec osób transpłciowych, osób biseksualnych, lesbijek i gejów.

Choćby krótkiej wzmianki wymaga też kwestia ochrony zapewnianej przez prawo cywilne.

Co do zasady, ochrona dóbr osobistych (art. 24 ustawy z 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny; Dz. U. z 1964 roku, Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) nie była pomyślana jako narzędzie antydyskryminacyjne i w tej roli ma jedynie bardzo ograniczone zastosowanie. Powództwo o ochronę dóbr osobistych (w szczególności godności, czci, dobrego imienia i renomy), które byłoby reakcją np. na mowę nienawiści, jest rozwiązaniem – biorąc pod uwagę wkład czasu, funduszy, energii oraz niezbędnych kwalifikacji wymagany od osoby poszkodowanej – jeszcze bardziej kosztownym, aniżeli oskarżenie prywatne. Jest zatem ewidentnie mniej efektywne, aniżeli postępowanie karne prowadzone *ex officio*.

Nie jest też jasne, czy przypadki mowy nienawiści kierowanej pod adresem całych grup społecznych mogą być przedmiotem spraw o ochronę dóbr osobistych. Dotychczasowe orzecznictwo każe w to wątpić. Jak w 2006 roku stwierdził Sąd Najwyższy w *przypadku znieślwiąjącego zarzutu pod adresem większej liczby zbiorowo określonych osób, czyli tak zwanego kolektywnego znieważenia, osoba wchodząca w skład danej zbiorowości może domagać się ochrony swoich dóbr osobistych tylko wtedy, gdy jest możliwe stanowcze ustalenie, że znieślwiąjąca wypowiedź jej dotyczyła* (z orzecznictwa por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 czerwca 1994 r., I ACr 281/94, "Dobra osobiste - zbiór orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Krakowie, Kraków 1999, oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 1994 r., I ACr 154/94, nie publ.). Dla identyfikacji określonej osoby jako podmiotu naruszonych praw osobistych zarzutem pod adresem większej liczby zbiorowo określonych osób nie wystarcza stwierdzenie przynależności do danej grupy. Twierdzenie, że wypowiedź skierowana pod adresem grupy lub grupy o niedającym się precyzyjnie oznaczyć składzie osobowym dotyczyła konkretnego jej członka, można uznać za uzasadnione w razie udowodnienia, iż dotyczyła ona wszystkich bez wyjątku członków grupy lub konkretnej osoby wchodzącej w skład grupy (wyrok Sądu Najwyższego z 21 września 2006 roku w sprawie sygn. akt I CSK 118/06).

W innym orzeczeniu, zapadłym w 2001 roku, Sąd Najwyższy stwierdził z kolei, że w wypadku działania skierowanego wobec grupy osób, osoba wchodząca w jej skład może domagać się ochrony jej dóbr osobistych, jeżeli okoliczności, w którym to działanie (publikacja "dowcipów") nastąpiło pozwala jego adresatom zidentyfikować tę osobę jako należącą do określonego kręgu podmiotów. W rozpoznawanej sprawie zasadniczym problemem pozostaje jednakże kwestia, iż treść przedmiotowej publikacji odnosi się do grupy o nie dającej się bliżej określić liczbie osób, a co za tym idzie, nie pozwala na identyfikację konkretnych osób, których dobra osobiste zostały naruszone. Nie pozwala nawet na określenie, w jakim miejscu i czasie doszłoby do naruszenia dobra osobistego tej nieokreślonej grupy osób, które mogłyby dochodzić ochrony na podstawie art. 24 k.c. (wyrok Sądu Najwyższego z 26 października 2001 roku w sprawie sygn. akt V CKN 195/01).

Jak pokazują powyższe przykłady, ochrona oferowana przez prawo cywilne grupom społecznym, z myślą o których przygotowano nowelizację kodeksu karnego (grupom o nie dającej się bliżej określić liczbie osób), jest – w najlepszym razie – dostępna w ograniczonym stopniu i tylko w przypadkach, gdy zjawisko *hate crime* dotyka konkretnej osoby. Nieporównywalne są również konsekwencje prawne i społeczne wyroku zapadłego w postępowaniu karnym (skazującego) i w postępowaniu cywilnym (uwzględniającego

powództwo). Niewątpliwym walorem postępowania karnego jest wychowawczy aspekt wyroku, aspekt prewencji ogólnej, oddziaływania na społeczeństwo za pomocą przykładu. Takiego waloru nie można przyznać postępowaniu cywilnemu, w tym postępowaniu o ochronę dóbr osobistych, które – intuicyjnie, w odbiorze społecznym – jest postrzegane jako kwestia dotycząca tylko i wyłącznie stron postępowania, spór pomiędzy nimi, którego rozstrzygnięcie zasadniczo nie ma wpływu na otoczenie.

Jak się wydaje, fundamentem krytyki proponowanej nowelizacji jest przekonanie wyrażone w łacińskiej paremii *volenti non fit iniuria*. Wychodzi się zatem z założenia, że każda osoba ma możliwość, żeby ochronić swoje interesy korzystając z dostępnych środków prawnych – co ważne: środków, które nie angażują Policji ani prokuratury. Przekonanie takie można ocenić jedynie jako z gruntu błędne, bo przyjmując je uznajemy, że zadaniem państwa nie jest ochrona przed najcięższymi przejawami dyskryminacji, że z zadaniem tym mają uporać się same zainteresowane osoby, w szczególności ustalając tożsamość i adresy osób odpowiedzialnych oraz składając, opłacając i popierając przed sądem prywatne akty oskarżenia lub pozwu o ochronę dóbr osobistych. Tymczasem już z samej natury zjawiska dyskryminacji wynika, że właśnie osobom jej doświadczającym – *per se* słabszym społecznie – państwo winno wyjść naprzeciw, zapewniając skuteczną i dostępną ochronę. Biorąc pod uwagę, że w Polsce zasadniczo nie ma spraw sądowych (cywilnych ani karnych) wynikających z przejawów dyskryminacji, których dotyczy proponowana nowelizacja, natomiast do dyskryminacji tej dochodzi na porządku dziennym (patrz niżej), potrzeba zmiany podejścia do omawianego problemu i aktywnej roli państwa w jego rozwiązaniu jest paląca.

Ciemna liczba przestępstw z nienawiści

Do specyfiki walki z dyskryminacją a przestępczości podyktowanej uprzedzeniami w szczególności – abstrahując od przesłanek ochrony prawnokarnej – należy liczba przypadków, które pozostają niezgłoszone. Jak się wydaje, znakomita większość tych przypadków pozostaje niezgłoszona.

Inaczej, niż w przypadku wielu innych przestępstw, wszystkie *hate crimes* mają silne zakorzenienie w obowiązującej kulturze. Ma to trzy zasadnicze konsekwencje:

1. zmniejszoną świadomość łamania norm powinnościowych (prawnych, moralnych, etycznych) u sprawców i sprawczyń,
2. zwiększone przyzwolenie na działanie sprawczyń i sprawców ze strony otoczenia,
3. nasilone czynniki skłaniające osoby pokrzywdzone do zaniechania ścigania.

Występowanie wymienionych konsekwencji można łatwo zaobserwować na przykładzie typów przestępstw z nienawiści obecnie występujących w kodeksie karnym. Liczba zgłaszanych rocznie przypadków przestępstw na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość jest tak niewielka, że można wręcz podważać *ratio legis* art. 119 § 1 kk, art. 256 § 1 kk i art. 257 kk. Poniżej przedstawiono statystyki przestępstw odnotowanych przez system „Temida” w latach 2005-2009 (za raportem Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka *Rasizm w Polsce*).

Kwalifikacja	Liczba zgłoszeń				
	2005	2006	2007	2008	2009
art. 119 § 1 i § 2	16	12	10	9	12
art. 256	18	47	82	88	48
art. 257	34	35	33	50	95

Argumentem przemawiającym za niezwykle niską liczbą zgłaszanych przestępstw jest homogeniczność społeczeństwa polskiego – szczególnie na tle społeczeństw krajów zachodnich, z silnymi grupami imigrantów, wyróżniających się kulturowo, językowo i religijnie. Przy niewielkiej liczbie potencjalnych pokrzywdzonych śladowa liczba zgłoszonych przestępstw wydaje się zrozumiała. Jednocześnie to właśnie homogeniczność społeczeństwa jest główną przyczyną utrwalenia postaw antysemitycznych i ksenofobicznych, które potwierdzają badania socjologiczne. Na tle pozornie jednorodnego społeczeństwa każda odmienność jest wyraźnie widoczna, jest traktowana jako odstępstwo od normy, odstąpienie od większości, a nawet zagrożenie. Wobec niemal całkowitego braku barier ochronnych w postaci tolerancji i akceptacji, których rzekomo jednorodne społeczeństwo nie musiało rozwijać, by przetrwać, wystąpienia przeciw grupom wyróżniającym się jawią się jako naturalne i uzasadnione, a nie jako naruszenie porządku. W ten sposób – u sprawczyń, sprawców oraz otoczenia – manifestują się dwie z w/w konsekwencji kulturowego zakorzenienia przestępstw z nienawiści. Jednocześnie po stronie osób pokrzywdzonych – obcokrajowców, imigrantów – występuje swoista blokada powstrzymująca przed zgłoszeniem przestępstwa Policji lub prokuraturze. Osoby pokrzywdzone – jako należące do mniejszości – czują się marginalizowane, szukają oparcia raczej wśród swoich, niż wśród obcych, powstrzymują się przed reakcją na przestępstwo z obawy przed reperkusjami ze strony sprawcy lub sprawczyni, ale także ze strony państwa i społeczeństwa. U osób pokrzywdzonych przeważa przekonanie, że lepiej zapomnieć o sprawie, przemilczeć ją, uznać

za konsekwencję swojego mniejszościowego statusu, za koszt życia w społeczeństwie zdominowanym przez innych, aniżeli podejmować działania prawne, występować przeciw sprawcy lub sprawcy. Zbliżony mechanizm funkcjonuje u wszystkich grup mniejszościowych i jest wynikiem życia w kulturze, która dopuszcza tylko jeden zestaw cech i jeden wzór zachowań, a pozostałe wyklucza, czyni podatnymi na ataki:

- w społeczeństwie złożonym niemal wyłącznie z osób białych osoby o innym pochodzeniu rasowym stają się „obcymi”,
- w społeczeństwie złożonym niemal wyłącznie z osób narodowości polskiej osoby o innym pochodzeniu narodowościowym lub etnicznym stają się „obcymi”,
- w społeczeństwie złożonym niemal wyłącznie z osób wierzących osoby niewierzące stają się „obcymi”,
- w społeczeństwie złożonym niemal wyłącznie z osób wyznania rzymskokatolickiego osoby innych wyznań stają się „obcymi”.

Ten sam mechanizm wykluczania mniejszości następuje w przypadku przesłanek, które projektuje się dodać do art. 119 § 1 kk, art. 256 § 1 kk i art. 257 kk:

- w społeczeństwie złożonym niemal wyłącznie z osób pełnosprawnych osoby z niepełną sprawnością stają się „obcymi”,
- w społeczeństwie złożonym niemal wyłącznie z osób heteroseksualnych lesbijki, geje i osoby biseksualne stają się „obcymi”,
- w społeczeństwie złożonym niemal wyłącznie z kobiet i mężczyzn osoby transpłciowe, które nie czują się ani kobietami ani mężczyznami i nie chcą być taktowane ani jako kobiety, ani jako mężczyźni, stają się „obcymi”,
- w społeczeństwie złożonym niemal wyłącznie z osób młodych oraz osób w wieku produkcyjnym osoby starsze stają się „obcymi”.

Szczególnym przypadkiem jest dyskryminacja, w tym przestępczość motywowana uprzedzeniami, wymierzona w kobiety. Kobiety nie stanowią mniejszości ze względu na swoją liczebność, ale wyłącznie ze względu na niską pozycję kulturową.

Porównując przestępczość z nienawiści oraz przestępczość przeciw mieniu uzyskuje się ponury obraz. Własność, kulturowo uznawana za jedną z podstawowych wartości, powszechnie respektowana, jest dobrem tak cennym, że niemal każdy zamach na nią (np. kradzież, włamanie, przywłaszczenie, oszustwo) powoduje u sprawcy lub sprawcy świadomość złamania obowiązujących norm, wywołuje potępienie otoczenia oraz inicjuje reakcję osoby pokrzywdzonej – przez co zgłaszana jest znakomita większość przestępstw z tej kategorii. Znieważająca wypowiedź skierowana do osoby pochodzenia azjatyckiego na

targowisku lub w innym miejscu publicznym nie powoduje u sprawcy lub sprawczyni poczucia, że złamane zostały normy postępowania (nie tylko prawne), nie wywołuje reakcji otoczenia i nie skłania osoby pokrzywdzonej do zgłoszenia przestępstwa. W efekcie ciemna liczba przestępstw motywowanych uprzedzeniami na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość jest prawdopodobnie wielokrotnie wyższa, aniżeli liczba przestępstw zgłaszanych. Jeszcze bardziej skomplikowana i trudna do zrekonstruowania jest sytuacja grup, które nie są objęte ochroną prawną przed *hate crimes*. Z braku innej możliwości sytuacja tych grup w Polsce zostanie przedstawiona za pomocą ekstrapolacji i porównań. Punktami wyjścia będą statystyki przestępczości z nienawiści z innych krajów oraz wyniki badań społecznych przeprowadzonych w Polsce.

Sytuacja osób niepełnosprawnych

W Polsce nie prowadzi się badań poświęconych przestępstwom wymierzonym w osoby niepełnosprawne. Występowanie kategorii przestępstw z nienawiści motywowanych niepełną sprawnością można stwierdzić jedynie porównując sytuację Polski z sytuacją innych krajów – gdzie prawo przewiduje takie przestępstwa lub gdzie gromadzi się dane odnośnie niepełnej sprawności pokrzywdzonych.

Przestępstwa z nienawiści do osób niepełnosprawnych – statystyki FBI (1997-2000)

Począwszy od 1997 roku amerykańskie Federalne Biuro Śledcze gromadzi dane nt. zgłoszonych przestępstw z nienawiści wymierzonych w osoby niepełnosprawne. Poniżej przedstawiono dane za lata 1997 – 2000.

rodzaj	Ilość zgłoszeń			
	1997	1998	1999	2000
niepełnosprawności				
fizyczna	9	14	11	20
psychiczna	3	13	10	16
ogółem	12	27	21	36

Przestępstwa przeciw życiu, zdrowiu i wolności

rok	zabójstwo	zgwałcenie	ciężka napaść	zwykła napaść	groźby	inne
2000	0	0	1	11	6	2

1999	0	1	1	7	6	0
1998	0	1	3	10	9	0
1997	0	0	1	5	6	0
ogółem	0	2	6	33	27	2

Przestępstwa przeciw mieniu

rok	rozbój	napad	kradzież	zabór pojazdu	podpa- lenie	wanda- lizm	inne	przest. przeciw społe- czeństwu
2000	0	0	1	11	6	11	0	1
1999	0	1	1	7	6	2	1	0
1998	0	1	3	10	9	2	0	0
1997	0	0	1	5	6	0	0	0
ogółem	0	2	6	33	27	15	1	1

Jak wynika z rocznych raportów FBI (ostatni opublikowany raport dotyczy 2008 roku) zbliżony poziom zgłoszonych przestępstw z nienawiści na tle niepełnej sprawności utrzymał się w kolejnych latach, co przedstawiono poniżej.

Ilość zgłoszeń

rodzaj	2004	2005	2006	2007	2008
niepełnosprawności					
fizyczna	23	21	20	20	28
psychiczna	48	32	74	62	57
ogółem	71	53	94	82	85

Niewielka liczba zarejestrowanych przestępstw z nienawiści na tle niepełnej sprawności stała się źródłem krytyki i przyczyną podważania sposobu gromadzenia danych o tych przestępstwach. Wskazywano przy tym, że gdyby dane zgromadzone przez FBI oddawały rzeczywistość, oznaczałoby to, że przestępstwa te prawie nie występują, że dotyczą znikomego odsetka wielomilionowej populacji osób niepełnosprawnych (dla porównania: w samym tylko 2008 roku FBI odnotowało 1617 przestępstw z nienawiści na tle orientacji seksualnej, 1606 na tle wyznania i bezwyznaniowości, 1148 na tle pochodzenia narodowego i etnicznego oraz 4704 na tle pochodzenia rasowego). Jednocześnie z badań jakości szkolnictwa wyższego przeprowadzonych w 2001 roku wynika, że rocznie na terenie kampusów i akademików w Stanach Zjednoczonych dochodzi do około jednego miliona

zdarzeń kryminalnych motywowanych uprzedzeniami i nienawiścią – przytłaczająca większość nie jest natomiast zgłaszana. Inne badania wskazywały, że średnio co 14 minut w Stanach Zjednoczonych popełniane jest przestępstwo z nienawiści. Choć wyniki tych badań i szacunków wykazują duży rozrzut oraz dotyczą wszystkich przestępstw z nienawiści lub podobnych im zdarzeń kryminalnych, to potwierdzają, że dane zbierane przez FBI odnośnie przestępstw z nienawiści przeciw osobom niepełnosprawnym są jedynie szczątkowe.

Przestępstwa z nienawiści do osób niepełnosprawnych (CPS)

Inny obraz wyłania się z raportów brytyjskiej Koronnej Służby Prokuratorskiej (Crown Prosecution Service), która od 2007 roku prowadzi statystyki przestępstw z nienawiści na tle niepełnej sprawności. W latach 2007-2008 zgłoszono 279 takich przestępstw (dla porównania: 1219 przestępstw z nienawiści na tle orientacji seksualnej), natomiast w latach 2008-2009 – 444 takie przestępstwa (przy 1090 przestępstwach z nienawiści na tle orientacji seksualnej). Wyraźny wzrost zgłoszeń przestępstw z nienawiści na tle niepełnej sprawności w Wielkiej Brytanii idzie w parze ze wzrostem liczby skazań za takie przestępstwa.

Jak odnotowała Koronna Służba Prokuratorska w swoim ostatnim raporcie (dla okresu 2008-2009) dotyczącym przestępstw z nienawiści, w grupie czynów na tle niepełnej sprawności:

- 45% stanowiły przestępstwa przeciw życiu i zdrowiu,
- 11% stanowiły przestępstwa przeciw porządkowi publicznemu,
- 12% stanowiły kradzieże,
- 7% stanowiły przestępstwa przeciw wolności seksualnej,
- 6% stanowiły rozboje,
- 5% stanowiły włamania,
- 14% stanowiły inne przestępstwa.

Przestępstwa z nienawiści do osób niepełnosprawnych - OBWE

Doroczny raport Biura Demokratycznych Instytucji i Praw Człowieka (ODIHR) Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie poświęcony przestępstwom z nienawiści w krajach członkowskich OBWE stwierdza, że w ośmiu krajach rejestruje się przestępstwa na tle niepełnej sprawności. Są to: Belgia, Cypr, Gruzja, Kanada, Mołdowa, Niemcy, Stany Zjednoczone i Wielka Brytania. Wskazać należy, że raport ten podaje odmienną od raportu CPS liczbę przestępstw zgłoszonych w Wielkiej Brytanii – 800 przypadków – dotyczy jednak zgłoszeń dokonanych policji, a nie Koronnej Służbie Prokuratorskiej. Raport podaje

jednocześnie, że w Niemczech w 2008 roku zarejestrowano 47 przestępstw z nienawiści na tle niepełnej sprawności.

Z danych przedstawionych do raportu ODIHR OBWE przez organizacje pozarządowe wynikało też:

- że osoby niepełnosprawne są czterokrotnie bardziej narażone na fizyczną napaść, niż osoby bez niepełnosprawności (dane British Council of Disabled People),
- 47% osób niepełnosprawnych poddanych badaniu przeprowadzonemu w Szkocji padło ofiarą przestępstw z nienawiści względnie otrzymało groźby popełnienia na ich szkodę takiego przestępstwa (dane organizacji Capability Scotland).

Przestępstwa z nienawiści do osób niepełnosprawnych – specyfika i wnioski

Wyjaśnienia liczby odnotowanych przestępstw z nienawiści na tle niepełnej sprawności - wyraźnie różnej od liczby innych rodzajów przestępstw z nienawiści – należy szukać w specyfice tych przestępstw oraz osób pokrzywdzonych. U pokrzywdzonych osób niepełnosprawnych występuje silny mechanizm powstrzymujący przed zgłoszeniem przestępstwa popełnionego na ich szkodę, na który składają się nie tylko lęk przed sprawcą i niezajomość prawa, ale przede wszystkim przekonanie o bezzasadności skargi ze strony niepełnosprawnej, poczucie wstydu oraz obawa, że policja zlekceważy zawiadomienie lub uzna osobę pokrzywdzoną za niewiarygodną. Prawie wszystkie te czynniki silnie wiążą się niepełnosprawnością osoby pokrzywdzonej lub są przez nią wzmacniane. Przekonanie ofiar w tym zakresie podzielają sprawcy.

Mechanizm przestępstw z nienawiści wymierzonych w osoby niepełnosprawne dobrze pokazują to przykłady przestępstw, jakie miały miejsce w Stanach Zjednoczonych. Eric Krochmaluk, niepełnosprawny umysłowo mężczyzna z Middletown (New Jersey), został porwany 30 stycznia 1999 roku. Był bity, duszony, przypalany papierosami, krępowany taśmą klejącą a następnie został porzucony w lesie. Podobny przebieg miała napaść na Justin Hamiltona, niepełnosprawnego umysłowo mężczyznę z hrabstwa Dakota (Minnesota), który został wywabiony z domu i uprowadzony 10 października 2008 roku. Przez dwie kolejne noce był torturowany, w tym przywiązany do drzewa, bity i przypalany papierosami. Ponadto przywiązano go do motocykla i ciągnięto po ziemi na odcinku 60 metrów. Grożono mu podpaleniem. Sprawcy mówili między sobą o swojej ofierze jako o „dowodzie rzeczowym”. Także w tym przypadku pokrzywdzony został porzucony.

W obu przypadkach sprawcy zostali ujęci i skazani za przestępstwa motywowane uprzedzeniami. Oskarżyciel publiczny zwrócił uwagę, że sprawcy byli przekonani, że – ze

względu na niepełną sprawność pokrzywdzonych – sprawa nigdy nie wyjdzie na jaw, a jeśli nawet do tego dojdzie – nikt nie da wiary słowom pokrzywdzonych. Ważnym elementem towarzyszącym pierwszemu z omówionych przypadków jest to, że – mimo, że był nagłośniony oraz mimo wniosków oskarżyciela publicznego w zakresie kwalifikacji czynów jako przestępstw z nienawiści – nie został on ujęty w statystyce FBI. Pokazuje to, że na obraz ujawniany w statystyka wpływ mają nie tylko opory osób pokrzywdzonych, ale także podejście policji oraz prokuratury: kluczowy przy przestępstwach z nienawiści element, jakim jest cecha wyróżniająca ofiarę, może zostać całkowicie pominięty, a czyn zakwalifikowany jako „zwykłe” przestępstwo. Siłą rzeczy takie podejście prezentują przede wszystkim policja i prokuratura w krajach, których prawodawstwo nie przewiduje kategorii przestępstw z nienawiści na określonym tle – jak w Polsce odnośnie niepełnej sprawności czy orientacji seksualnej.

Sytuacja kobiet

Jak dokumentują policyjne statystyki, kobiety są ofiarami przestępstw wielokrotnie częściej, aniżeli mężczyźni. Zarazem kobiety są sprawczyniami przestępstw wielokrotnie rzadziej, niżeli mężczyźni są ich sprawcami. W tym kontekście na szczególną uwagę zasługuje tzw. przemoc domowa, czyli przestępczość wyodrębniona z uwagi na miejsce popełnienia czynu. Obraz, jaki pokazują przytoczone poniżej statystyki, jest jednoznaczny: to przede wszystkim kobiety są pokrzywdzone przez przemoc domową (w niektórych latach stanowiły nawet ponad połowę wszystkich ujawnionych pokrzywdzonych), a sprawcami są w przytłaczającej większości mężczyźni.

Liczba ofiar przemocy domowej wg procedury „Niebieskiej Karty”

	2005	2006	2007	2008	2009
Liczba ofiar					
przemocy					
domowej	156.788	157.854	130.682	139.747	132.796
ogółem					
w tym:					
kobiety	91.374	91.032	76.162	81.985	79.811
w tym:					
mężczyźni	10.387	10.313	8.556	10.664	11.728

dzieci do lat 13	37.227	38.233	31.001	31.699	27.502
nieletni od 13 do 18 lat	17.800	18.276	14.963	15.399	13.755

	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Liczba ofiar przemocy domowej ogółem	96.955	116.644	113.793	127.515	137.299	150.266
w tym: kobiety	55.214	67.678	66.991	74.366	80.185	88.388
w tym: mężczyźni	4.239	5.606	5.589	7.121	7.527	9.214
dzieci do lat 13	23.929	27.820	26.305	30.073	32.525	35.137
nieletni od 13 do 18 lat	13.546	15.540	14.908	15.955	17.062	17.527

Liczba sprawców przemocy domowej

Liczba sprawców przemocy domowej	2005	2006	2007	2008	2009	
Liczba sprawców przemocy domowej ogółem	97.142	96.775	81.743	86.568	81.472	
w tym: kobiety	4.153	4.074	3.632	3.942	3.926	
w tym: mężczyźni	92.776	92.526	77.937	82.425	77.326	
nieletni	213	175	170	201	220	
	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Liczba	56.847	70.457	69.138	76.991	83.330	91.920

sprawców						
przemocy						
domowej						
ogółem						
w tym:						
kobiety	1.838	2.571	2.361	2.903	2.861	3.501
w tym:						
mężczyźni	54.669	67.309	66.376	73.759	80.233	88.180
nieletni	340	577	401	329	236	239

Tzw. przemoc domowa ma znaczenie szczególne, bo dochodzi do niej w miejscu, które zwyczajowo powinno stanowić ostoję spokoju i bezpieczeństwa. Sprawcami przemocy domowej są niemal wyłącznie osoby znane pokrzywdzonym - to ojcowie, bracia, synowie, mężowie i konkubenci.

Jak można wnioskować z powyższego, motywacja sprawców przestępczości wymierzonej w kobiety jest specyficzna, ale wpisuje się w motywację występującą w przypadku innych *hate crimes*. Sprawcy atakują osoby, które postrzegają jako uległe, po których oczekują posłuszeństwa i podporządkowania, a jednocześnie słabsze fizycznie i psychicznie, których opór - jeśli w ogóle wystąpi - będzie łatwo przełamać. Ocena ofiary jako gorszej od sprawcy (bo - kulturowo - zajmującej niższą pozycję, mniej prestiżową, ograniczoną do ściśle wybranych ról społecznych), jako „zasługującej” na atak, jako „proszącej” się o atak, jako „naturalnego celu ataku” następuje zatem na takich samych zasadach, jak w przypadku innych przestępstw motywowanych uprzedzeniami.

Stereotypy dotyczące kobiet są częścią kulturowego opisu kobiet - tak jak stereotypy dotyczące innych grup, które doświadczają *hate crimes*, są częścią kulturowego opisu tych grup. Wynikają z przynależności do grupy, z posiadania płci, a nie są podyktowane warunkami indywidualnymi danej osoby. Stereotypy te są podstawą uprzedzeń, czyli nastawienia wobec całej grupy i wszystkich należących do niej osób (do wszystkich kobiet), a uprzedzenia są podstawą dyskryminacji i przestępczości. Należy przy tym wyraźnie podkreślić i zaznaczyć, że przestępczość, której ofiarą padają kobiety, w przeważającym stopniu nie jest podyktowana tym, że dla sprawców są one jedynie „bezpieczniejszymi” celami ataku fizycznego czy psychicznego. Nie jest tak, że sprawcy - przed dokonaniem przestępstwa - analizują, jaka osoba będzie odpowiednią ofiarą i wybierają kobiety, jako łatwiejsze cele ataku. Nie dochodzi do świadomego wyboru pomiędzy potencjalnymi

pokrzywdzonymi, atak jest bowiem z samego założenia wymierzony w kobietę, a nie w mężczyznę; celem sprawcy jest uderzyć kobietę, a nie uderzyć jakąś osobę, przy czym tylko kalkulacja sprawcy prowadzi do wyboru kobiety jako ofiary, bo daje ona mniejszą szansę na niepożądaną reakcję, w tym obronę.

Wyodrębniona penalizacja przestępstw motywowanych uprzedzeniami wobec kobiet jest konieczna, bo dotychczasowe regulacje nie stanowią skutecznej tamy dla tego zjawiska. Pokazują to w szczególności przytoczone wyżej statystyki przemocy domowej, które przez lata konsekwentnie utrzymują się na zbliżonym poziomie. Specyfiką przestępstw wymierzonych w kobiety jest także to, że sprawcami są bardzo często osoby najbliższe (w rozumieniu art. 115 § 11 kk) dla pokrzywdzonych. Do ich ścigania w trybie prywatnoskargowym (art. 212 kk, art. 216 kk i art. 217 kk) lub na wniosek pokrzywdzonej (art. 190 § 1 kk) niezbędna jest inicjatywa pokrzywdzonej. Bardzo często jest to wymóg niemożliwy do spełnienia.

Omawiając problem *hate crimes* wymierzonych w kobiety nie sposób nie odnieść się do jedynej różnicy pomiędzy tą grupą a innymi, które projektuje się objąć ochroną prawną karną: jest nią liczebność grupy. W Polsce kobiety stanowią około 52% populacji. Jednocześnie niska pozycja kulturowa kobiet skutecznie niweluje ich przewagę liczebną nad mężczyznami. Wprawdzie przestępstwa z nienawiści nie muszą być kierowane przeciw osobom należącym do mniejszości, to w Polsce kobiety są jedyną grupą, która doświadcza takiej przestępczości i zarazem nie jest grupą mniejszościową.

Sytuacja osób homoseksualnych i osób biseksualnych

Stosunek Polek i Polaków do osób homoseksualnych i osób biseksualnych a także sytuacja i odczucia tych osób były w ostatnich latach przedmiotem szeregu badań. Poniżej zaprezentowane zostaną:

- wybrane wyniki badań opinii publicznej ukazujące nastawienie społeczne w szczególności do osób homoseksualnych (informacje dotyczące danego badania każdorazowo towarzyszą przedstawianym wynikom),
- najważniejsze ustalenia raportu *Sytuacja społeczna osób biseksualnych i homoseksualnych w Polsce. Raport za lata 2005 i 2006*, przygotowanego wspólnie przez dwie organizacje pozarządowe walczące z dyskryminacją osób homoseksualnych i osób biseksualnych: Stowarzyszenie „Lambda-Warszawa” oraz Stowarzyszenie „Kampania Przeciw Homofobii”.

Brak statystyk policyjnych dotyczących orientacji seksualnej osób pokrzywdzonych (oparty na wyjaśnieniu, że orientacja seksualna to jedna z „danych wrażliwych”, których Policja nie może gromadzić ani przetwarzać) wymusza rekonstrukcję sytuacji w oparciu o powyższe dane.

Sytuacja społeczna osób homoseksualnych i osób biseksualnych – badania opinii publicznej

Sondaż CBOS z 1-4 lipca 2005 roku przeprowadzony na grupie 1021 dorosłych Polek i Polaków w ramach badania „Bieżące problemy i wydarzenia”.

W ramach przedmiotowego sondażu respondentkom i respondentom zadano szereg pytań dotyczących osób homoseksualnych, tego, jak są postrzegane oraz jakie prawa powinny im przysługiwać.

- 83,0% osób uczestniczących w badaniu stwierdziło, że nie zna żadnej osoby homoseksualnej.
- 78,0% osób uczestniczących w badaniu odmówiło osobom homoseksualnym prawa do zachowania zgodnie z „ich sposobem bycia” w miejscach publicznych.
- osobom uczestniczącym w badaniu zadano pytanie „Jak byś zareagowała/zareagował, gdyby osoba homoseksualna została...?”, przedstawiając respondentom i respondentkom szereg sytuacji; odpowiedzi przedstawiono poniżej.

Jak byś zareagowała/zareagował, gdyby osoba homoseksualna została...	homoseksualny mężczyzna	homoseksualna kobieta
	procenty	
twoim sąsiadem/twoją sąsiadką		
nie miałbym/miałabym nic przeciwko	56	54
byłbym/byłabym przeciwko temu	38	40
trudno powiedzieć	6	6
twoim bliskim współpracownikiem/twoją bliską współpracownicą		
nie miałbym/miałabym nic przeciwko	45	42
byłbym/byłabym przeciwko temu	50	53
trudno powiedzieć	5	5

twoim przełożonym/twoją przełożoną		
nie miałbym/miałabym nic przeciwko	41	42
byłbym/byłabym przeciwko temu	53	53
trudno powiedzieć	6	5
posłem/posłanką z twojego okręgu wyborczego		
nie miałbym/miałabym nic przeciwko	37	38
byłbym/byłabym przeciwko temu	57	56
trudno powiedzieć	6	6
nauczycielem/nauczycielką twoich dzieci		
nie miałbym/miałabym nic przeciwko	19	21
byłbym/byłabym przeciwko temu	77	75
trudno powiedzieć	4	4
opiekunem/opiekunką twoich dzieci		
nie miałbym/miałabym nic przeciwko	11	14
byłbym/byłabym przeciwko temu	86	83
trudno powiedzieć	3	3
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Na pytanie „co byś zrobił/zrobiła, gdyby twoje dziecko okazało się osobą homoseksualną?”, respondenci i respondentki udzielili następujących odpowiedzi: <ul style="list-style-type: none"> ○ zaakceptowałbym/zaakceptowałabym to bez trudu – 6,0% ○ zaakceptowałbym/zaakceptowałabym to z trudem – 47,0% ○ nie zaakceptowałbym/nie zaakceptowałabym tego i próbowałabym/ próbowałbym to zmienić – 38,0% ○ trudno powiedzieć – 9,0% ▪ Zapytane o stosunek do homoseksualności, osoby uczestniczące w badaniu udzieliły następujących odpowiedzi: <ul style="list-style-type: none"> ○ homoseksualność jest czymś normalnym – 6,0% ○ homoseksualność nie jest czymś normalnym, ale powinna być tolerowana – 55,0% ○ homoseksualność nie jest czymś normalnym i nie powinna być tolerowana – 34,0% ○ trudno powiedzieć – 7,0% 		

Sondaż CBOS z 9–12 maja 2008 roku przeprowadzony na grupie 1116 dorosłych Polek i Polaków w ramach badania „Aktualne problemy i wydarzenia”.

W ramach przedmiotowego sondażu respondentkom i respondentom zadano szereg pytań dotyczących osób homoseksualnych, tego, jak są postrzegane oraz jakie prawa powinny im przysługiwać.

- 83,0% osób uczestniczących w badaniu stwierdziło, że nie zna żadnej osoby homoseksualnej (wynik identyczny jak w badaniu z lipca 2005 roku).
- 69,0% osób uczestniczących w badaniu odmówiło osobom homoseksualnym prawa do zachowania zgodnie z „ich sposobem bycia” w miejscach publicznych.
- Zapytane o stosunek do homoseksualności, osoby uczestniczące w badaniu udzieliły następujących odpowiedzi:
 - homoseksualność jest czymś normalnym – 8,0%
 - homoseksualność nie jest czymś normalnym, ale powinna być tolerowana – 52,0%
 - homoseksualność nie jest czymś normalnym i nie powinna być tolerowana – 31,0%
 - trudno powiedzieć – 9,0%
- Zapytane o to, jakie jest nastawienie większości społeczeństwa do homoseksualności, osoby uczestniczące w badaniu udzieliły następujących odpowiedzi:
 - życzliwe – 1%
 - obojętne – 25%
 - wrogie – 66%
 - trudno powiedzieć – 8%
- Zapytane o to, jakie powinno być nastawienie państwa do osób homoseksualnych, osoby uczestniczące w badaniu udzieliły następujących odpowiedzi:
 - państwo powinno ochraniać osoby homoseksualne – 13%
 - państwo powinno obojętnie traktować osoby homoseksualne – 57%
 - państwo powinno zwalczać osoby homoseksualne – 20%
 - trudno powiedzieć – 10%

W konkluzji przeprowadzonych badań oraz po porównaniu ich wyników z wynikami badań przeprowadzonymi od 1988 roku, CBOS stwierdza, że postawy społeczne wobec osób homoseksualnych są *trwale i mocno ugruntowane, czego dowodzi zdecydowanie i konsekwencja, z jaką znacząca grupa respondentów sprzeciwia się przyznaniu im jakichkolwiek praw. Wydaje się, że ani zmiana ustroju, ani wstąpienie do Unii Europejskiej nie zmieniły istotnie nastawienia społeczeństwa. Chwilowe zmiany opinii zanotowaliśmy w momencie, kiedy restrykcje wymierzone w homoseksualistów wiązano z możliwymi*

zagrożeniami swobody zrzeszania się innych grup: być może wtedy niektórzy przestali myśleć o prawach gejów i lesbijek w kontekście swoich opinii na temat homoseksualizmu, a zaczęli widzieć je jako część porządku demokratycznego.

Sytuacja społeczna osób homoseksualnych i osób biseksualnych

Problematyka niniejsza zostanie przedstawiona w oparciu o:

- opracowanie „Sytuacja społeczna osób biseksualnych i homoseksualnych w Polsce. Raport za lata 2005 i 2006” przygotowany w 2007 roku przez Stowarzyszenie „Kampania Przeciw Homofobii” razem ze Stowarzyszeniem „Lambda-Warszawa” (dalej jako „Raport 2007”),
- opracowanie „Przemoc motywowana homofobią. Raport 2011”, powstałe jako zwieńczenie projektu „Razem Bezpieczniej” przeprowadzonego na przełomie 2010 i 2011 roku przez Stowarzyszenie „Kampania Przeciw Homofobii” (dalej jako „Raport 2011”).

„Raport 2007” oparto na wynikach badania ankietowego na 1002 osobach; z tego 51,6% stanowili geje, 29,5% - lesbijki, 11,7% - biseksualne kobiety, 6,4% - biseksualni mężczyźni, 0,8% - inne osoby. 51,9% osób mieściło się w przedziale wiekowym od 18 do 25 roku życia, 36,5% - w przedziale od 26 do 40 roku życia. Ponad 70,0% osób pochodziło z miast o liczbie ludności przekraczającej 100 000 osób. 45,2% osób objętych badaniem podało, że legitymuje się wykształceniem średnim, 34,2% - wykształceniem wyższym.

„Raport 2011” oparto na analizie 428 indywidualnych, ankietowych zgłoszeń o doznanej przemocy motywowanej homofobią (w badaniu odrzucono zgłoszenia, co do których były wątpliwości, czy dotyczą przemocy motywowanej uprzedzeniami na tle orientacji seksualnej); z tego 56,1% stanowili geje, 24,9% - lesbijki, 7,6% - biseksualne kobiety, 6,2% - biseksualni mężczyźni, 5% - inne osoby. 61,8% osób mieściło się w przedziale wiekowym od 18 do 25 roku życia, 19,7% - w przedziale od 26 do 40 roku życia. 67,2% osób pochodziło z miast o liczbie ludności przekraczającej 100 000 osób.

Jak z powyższego opisu wynika, oba badania objęły przede wszystkim osoby lepiej wykształcone i mieszkające w większych miastach, co ma dla wyników badania znaczenie o tyle, że po osobach z tej grupy można oczekiwać rzeczowej oceny otoczenia i niewielkiej skłonności do wyolbrzymiania zagrożeń czy nieprawidłowego relacjonowania swoich doświadczeń i spostrzeżeń. Poniżej przedstawiono wyniki obu badań relewantne z punktu widzenia projektowanych zmian kodeksu karnego.

„Raport 2007”

przemoc fizyczna

odsetek osób badanych, które doświadczyły przemocy fizycznej 17,6%

w tym:

- jeden raz 39,5%
- dwa razy 18,6%
- trzy razy i częściej 41,9%

formy przemocy fizycznej (procenty nie sumują się do 100, ponieważ można było wybrać więcej niż jedną formę):

- potracanie, uderzanie, szarpanie albo kopanie 67,6%
- pobicie 24,4%
- atak z bronią 1,7%
- zaczepki seksualne naruszające nietykalność cielesną, np. dotykanie wbrew woli 32,4%
- przemoc seksualna 4,0%
- inne formy naruszenia nietykalności cielesnej 8,5%

odsetek osób badanych, które o zdarzeniu nie powiadomiły Policji 85,1%

przemoc psychiczna

odsetek osób badanych, które doświadczyły przemocy psychicznej 51,0%

w tym:

- jeden raz 17,6%
- dwa razy 12,4%
- trzy razy i częściej 70,0%

formy przemocy psychicznej (procenty nie sumują się do 100, ponieważ można było wybrać więcej niż jedną formę):

- zaczepki słowne/agresja słowna 75,0%
- obrażanie, poniżanie, ośmieszanie 55,8%
- rozpowszechnianie negatywnych opinii na temat osoby objętej badaniem 44,6%
- pogrożki 15,3%
- nienawistne listy skierowane do osoby objętej badaniem lub jej bliskich 5,9%
- szantaż 6,5%

▪ wandalizm i niszczenie mienia	5,5%
▪ grafitti/plakaty/ulotki na temat osoby objętej badaniem	2,0%
▪ inne formy nękania psychicznego	7,2%

odsetek osób badanych, które o zdarzeniu nie powiadomiły Policji	96,1%
---	--------------

Tytułem wyjaśnienia należy dodać, że najczęstszym powodem rezygnacji z zawiadomienia Policji był brak przekonania o skuteczności działań Policji, obawa przed uwagami, komentarzami i docinkami ze strony funkcjonariuszy Policji spowodowanymi ujawnieniem orientacji seksualnej pokrzywdzonych, a także obawa przed zemstą sprawców.

„Raport 2011”

odsetek osób badanych, które doświadczyły przemocy (ogółem):

▪ jeden raz	45,6%
▪ dwa razy i częściej	54,4%

formy przemocy (procenty nie sumują się do 100, ponieważ można było wybrać więcej niż jedną formę):

▪ zaczepki słowne, ubliżanie, obrażanie, poniżanie	92,9%
▪ groźby, szantaż zastosowania przemocy fizycznej	19,4%
▪ groźby, szantaż zastosowania innej formy przemocy	8,3%
▪ wandalizm, niszczenie mienia	5,0%
▪ potrącanie, szarpanie, uderzanie, kopanie	25,1%
▪ pobicie	17,7%
▪ atak z bronią	0,9%
▪ zaczepki seksualne	5,7%
▪ gwałt i próba gwałtu	2,6%

odsetek osób badanych, które o zdarzeniu nie powiadomiły Policji	90,3%
---	--------------

Wyjaśniając przyczyny braku powiadomień Policji w „Raporcie 2011” stwierdzono: *większość osób doświadczających przemocy związanej z przypisywaną im orientacją seksualną nie zgłasza jej na policję. Respondenci i respondentki podali 388 przyczyn niezgłoszenia się na policję, które zostały poddane analizie treści w celu znalezienia elementów wspólnych. Wyróżniono cztery główne czynniki przyczyniające się do braku poinformowania policji o doświadczonej przemocy: przekonania osoby poszkodowanej na temat postaw policji, brak wiedzy o odpowiednich procedurach formalno-prawnych i wiary w ich skuteczność, umniejszanie własnej szkody i poczucie bezsensu, wstyd i strach.*

Ukrywanie przed otoczeniem swojej orientacji seksualnej

Osoby badane na potrzeby „Raportu 2007” zapytano, czy, przed kim i w jakich okolicznościach ukrywają swoją orientację seksualną. Odpowiedzi uszeregowano w czterech obszarach: praca, szkoła/uczelnia, miejsce zamieszkania oraz miejsca publiczne. Analizując przedmiotowe odpowiedzi, należy mieć świadomość, że ujawnienie orientacji heteroseksualnej następuje zasadniczo w sposób nieświadomiony, w trakcie czynności i zachowań, jakie towarzyszą osobom heteroseksualnym niemal w każdych okolicznościach. Niezależnie od miejsca, ludzie wymieniają informacje na temat tego, jak i z kim spędzają swój czas wolny (z rodziną, z małżonkiem, z dziećmi), jakie mają plany wakacyjne, urlopowe czy świąteczne, jak i z kim mieszkają itd. Rozmowy na ten temat odbywają się zarówno w miejscu pracy jak i podczas przypadkowych spotkań, w trakcie towarzyskich wizyt, a także w miejscach publicznych. Towarzyszą im gesty i inne zachowania (trzymanie się za rękę z partnerem/partnerką, wymiana spojrzeń i czułości). Całość tworzy niemal nieprzerwany przekaz heteroseksualności, który wpisuje się w panującą kulturę. Bardzo wiele osób homoseksualnych i osób biseksualnych nie wysyła takiego przekazu, ani też przekazu właściwego dla swojej orientacji seksualnej. Z obawy przed nieprzychylną reakcją otoczenia celowo ograniczają one swój udział w rozmowach i spotkaniach, zachowują się w sposób powściągliwy (np. nie okazują zainteresowania osobą tej samej płci, albo nie trzymają się za rękę ze swoimi partnerami lub partnerkami podczas spaceru) i dla siebie sztuczny, żeby nie ujawnić swojej orientacji seksualnej. Taki stan rzeczy z jednej strony powoduje silny dyskomfort psychiczny ukrywającej się osoby, a z drugiej strony - prowokuje domysły i przypuszczenia na jej temat, powodując przynajmniej częściowe wykluczenie.

Spośród osób objętych badaniem, które pracowały lub poszukiwały pracy w okresie objętym badaniem do „Raportu 2007” (tj. lata 2005-2006), aż 84,6% ukrywało swoją orientację seksualną. Najczęściej (procenty nie sumują się do 100) ukrywanie to miało miejsce wobec pracodawców i przełożonych (61,9%), następnie wobec innych pracowników (57,0%) a także wobec klientów oraz interesantów (48,6%).

65,1% osób badanych uczyło się w szkole lub na uczelni. Spośród tych osób aż 27,4% przez cały czas ukrywało swoją orientację seksualną, a 51,6% robiło to do pewnego stopnia, tj. nie wobec wszystkich. W 77,8% przypadków orientację seksualną ukrywano przez nauczycielami, a w 82,7% przypadków – przed innymi uczniami/studentami. Mechanizm i skutki ukrywania orientacji seksualnej w szkole są bardzo podobne, jak w pracy.

„Raport 2007” zawiera też dane na temat ukrywania orientacji seksualnej w związku z zamieszkaniem. Aż 62,2% osób badanych podało, że zdarzyło im się ukrywać swoją orientację seksualną przed sąsiadami, a także wydierżawiającymi i wynajmującymi mieszkania - z obawy przed ich reakcją. 46,4% osób objętych badaniem stwierdziło też, że ukrywa fakt wspólnego zamieszkania z partnerem bądź partnerką tej samej płci.

W przedmiocie ukrywania orientacji seksualnej w miejscach publicznych „Raport 2007” zawiera następujące ustalenia: 76,5% osób objętych badaniem nie ujawnia swojej orientacji seksualnej w takich miejscach, jak urzędy, sądy, bary, kluby, sklepy, środki komunikacji miejskiej, taksówki oraz plaże. Spośród 23,5% osób, które zdecydowały się na ujawnienie, 32,0% doznało odmiennego lub gorszego traktowania niż osoby heteroseksualne (przejawami takiego traktowania były m.in. obraźliwe i poniżające komentarze współpasażerów w komunikacji publicznej, czy taksówkarzy, usuwanie z klubów i barów, a nawet utrudnianie korzystania z praw przysługujących stronie procesowej).

Przedstawione powyżej wyniki w przedmiocie ukrywania orientacji seksualnej dają obraz poczucia zagrożenia homofobią jako zjawiska, które może zmanifestować się w dowolnym miejscu i czasie, oraz życia prowadzonego w czujności, której nie muszą zachowywać osoby heteroseksualne. Jest to jednocześnie uzupełnienie ponurego obrazu, jaki wyłania się z danych dotyczących aktów przemocy fizycznej i psychicznej spowodowanej nienawiścią do osób nieheteroseksualnych.

Wielokrotna homofobiczna przemoc jako symptom *hate crime*

Niezwykle ważnym ustaleniem „Raportu 2007” i „Raportu 2011” są dane dotyczące częstotliwości doświadczanej przemocy. Już w badaniu dotyczącym lat 2005-2006 wyraźny był udział segmentu wskazującego na wielokrotne doświadczenia homofobicznej przemocy przez daną osobę. Badanie z 2011 roku wskazuje, że ponad 54% osób zgłaszających przypadki takiej przemocy doświadczyło jej częściej, niż jeden raz, natomiast 1/3 badanych - wielokrotnie. „Raport 2011” wskazuje, że osoby donoszące o doświadczonej homofobicznej przemocy opisywały częstotliwość swoich doznań następującymi słowami:

- *regularnie;*
- *raz na jakiś czas;*
- *praktycznie przy każdym spotkaniu;*
- *w ciągu ostatniego roku;*
- *w ciągu ostatnich dwóch lat;*
- *po coming out;*

- *odkąd pamiętam;*
- *niemalże codziennie;*
- *bez przerwy;*
- *cały rok szkolny.*

Pokazuje to, że w wielu przypadkach przemoc motywowana uprzedzeniami na tle orientacji seksualnej ma charakter regularny, powtarzający się, że nie jest zjawiskiem przypadkowym ani incydentalnym. Skoro osoby pokrzywdzone były celem przemocy kilkakrotnie, nie pozostawia to złudzeń, że chodzi o zjawisko typu *hate crime* - ofiary nie były „przypadkowo” wybrane, powtarzalność zdarzeń jednoznacznie świadczy o tym, że celem była konkretna (a nie dowolna) osoba.

Podsumowanie

Przedstawione wyżej wyniki badań opinii publicznej oraz badań ankietowych osób homoseksualnych i osób biseksualnych jednoznacznie wskazują, że zjawisko homofobii jest niemal wszechobecne. Nieprzypadkowo też homofobia zbiega się z brakiem elementarnej wiedzy na temat homoseksualności i biseksualności - pokazują to wyniki przytoczonych wyżej badań, zgodnie z którymi duża część osób badanych traktuje homoseksualność jako coś nienormalnego, co nie powinno mieć miejsca i na co nie może być ich zgody, jako zjawisko jednoznacznie negatywne, które trzeba próbować zmienić, a zasięg jego występowania – ograniczyć, także poprzez uniemożliwienie zajmowania niektórych funkcji czy wykonywanie niektórych zawodów przez osoby homoseksualne. Jednocześnie ogromna większość osób uczestniczących w badaniach stwierdziła też, że osobiście nie zna ani jednej osoby homoseksualnej. Wskazane niewiedza i nieznanostwo zjawiska są podstawowymi przyczynami lęku wobec niego, strachu, stanowiącego źródło homofobii.

Bezzasadna nieprzychylnost, złośliwość i wyrządzanie przykrości to najłagodniejsze przejawy homofobii, które dotyczą osoby biseksualne, lesbijki i gejów niemal na co dzień. Przemoc psychiczna, w tym mowa nienawiści (częstokroć w połączeniu z przekazem medialnym, wydatnie zwiększającym jej „siłę rażenia”) oraz groźby kierowane pod adresem całej społeczności osób homoseksualnych i osób biseksualnych oraz konkretnych osób należących do tej społeczności, a nadto przemoc fizyczna skierowana przeciw tym osobom – to stan obecny, a nie ponura wizja przyszłości, której trzeba zapobiec.

Zadaniem państwa jest ochrona podległych jego władzy ludzi przed przejawami dyskryminacji, w tym homofobii. Projektowane zmiany kodeksu karnego dają szansę na przynajmniej częściowe naprawienie zaniedbań w tym zakresie. Rozszerzenie ochrony, jaką

dają art. 119 § 1 kk, art. 256 § 1 kk i art. 257 kk, na osoby homoseksualne i osoby biseksualne, będzie sygnałem, że państwo nie daje przyzwolenia na homofobię, na wykluczenie ze społeczeństwa jego najliczniejszej mniejszości. Społeczne i kulturowe znaczenie takiego stanowiska państwa trudno przecenić. Najpełniej wyrażają je dwie funkcje prawa karnego:

- afirmacyjno-motywacyjna, zachęcająca i nakłaniająca do określonych, zachowań, uznanych za właściwe z punktu widzenia demokratycznego państwa prawnego, uznającego prawa człowieka za najważniejszą część swojego dorobku prawnego (w omawianym przypadku – do zachowań niehomofobicznych),
- prewencyjno-wychowawcza, przeciwdziałająca powrotowi do przestępstwa (prewencja indywidualna) oraz zniechęcająca inne osoby do popełnienia przestępstwa (prewencja ogólna).

Udział państwa w ochronie osób biseksualnych i osób homoseksualnych będzie oznaczać, że są to grupy, które nie tylko nie stanowią zagrożenia społecznego (co im się często przypisuje), ale które same potrzebują wsparcia w walce o swoje miejsce w społeczeństwie. Projektowane zaangażowanie państwa – nawet w sferze prawa karnego – to informacja, że homoseksualność i biseksualność są zjawiskami normalnymi, których w żadnym razie nie można wykorzystywać przeciwko innym osobom – ani jako „straszaka” ani jako instrumentu poniżania, obrażania, ani jako przyczyny prześladowań czy przemocy.

Warto też odnieść się do projektowanej nowelizacji w kontekście konstytucyjnej swobody wypowiedzi. Należy w tym względzie jednoznacznie stwierdzić, że wprowadzenie karalności mowy nienawiści adresowanej do grup osób wyróżnianych w oparciu o kryterium płci, wieku, niepełnej sprawności, tożsamości płciowej oraz orientacji seksualnej nie stanowi naruszenia tej wolności. Trzeba pamiętać, że wolność wypowiedzi nie ma charakteru absolutnego i kończy się tam, gdzie zaczynają się prawem chronione dobra innych ludzi. Nie ulega też wątpliwości, że wolność ta nie umożliwia krzywdzenia, obrażania czy poniżania innych ludzi; nie może też być traktowana jako osłona, zza której bezkarnie formułowane są dowolnej treści wypowiedzi, w tym wypowiedzi godzące w innych ludzi. Wolność wypowiedzi służy swobodnej ekspresji poglądów, umożliwia dyskusję, wymianę argumentów, a nie wyzywaniu całych grup społecznych, bądź grożeniu należącym do nich osobom.

Nowe przesłanki karalnej dyskryminacji- uwaga ogólna

W toku prac sejmowych nad poprzednikiem niniejszego projektu nowelizacji kodeksu karnego (druk sejmowy numer 4253) kilkakrotnie zwracano uwagę na potencjalną trudność w stosowaniu znowelizowanych przepisów wynikającą z nowych przesłanek zakazanej dyskryminacji. Wskazywano m.in. że przesłanka niepełnej sprawności jest niejasna i może prowadzić do problemów interpretacyjnych - w efekcie osoba uważająca się za pokrzywdzoną może nie otrzymać takiego statusu (gdy organ prowadzący postępowanie uzna, że nie posiada ona cechy niepełnej sprawności), a postępowanie zostanie umorzone.

Zasygnalizowany problem jest pozorny z dwóch powodów.

Po pierwsze, rozstrzygające dla bytu przestępstwa z nienawiści, przestępstwa motywowanego uprzedzeniami, nie jest faktyczne posiadanie przez osobę pokrzywdzoną cechy, która sprawiła, że dosięgło ją przestępstwo. Rozstrzygające jest bowiem przekonanie osoby popełniającej przestępstwo, że swoim czynem uderza w znienawidzoną grupę społeczną (patrz również niżej odnośnie wykreślenia zaimka „jej” z art. 119 § 1 kk i art. 257 kk). Czynem motywowanym antysemitką nienawiścią jest bowiem zarówno pobicie grupy Chasydów w strojach noszonych przez nich podczas szabasu jak i pobicie osób ubranych w takie stroje, uczestniczących np. w inscenizacji historycznej. Jak się wydaje, z uwagi na charakter przestępstw z nienawiści, na wymagane do ich popełnienia nastawienie psychiczne oraz to, że celem nie jest konkretna osoba, konstrukcja *error in personam* będzie mieć do nich ograniczone zastosowanie.

Po drugie, przesłanki dodawane niniejszym projektem do kodeksu karnego nie są mniej ani bardziej niejasne od przesłanek już wymienionych w nowelizowanych przepisach. Jest zaskakujące, że wątpliwości interpretacyjne budzi np. niepełna sprawność, a nie budzi ich przynależność narodowa ani etniczna. Co więcej, poza tożsamością płciową, wszystkie nowe przesłanki proponowane w nowelizacji, są znane polskiemu prawu, na potwierdzenie czego wskazać można:

- art. 18^{3a} ustawy z 26 czerwca 1974 roku – Kodeks pracy (Dz. U. z 1974 roku, Nr 24, poz. 141 z późn. zm.), który zawiera otwarty katalog przesłanek niedopuszczalnej dyskryminacji w sferze zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a jednocześnie – spośród wszystkich możliwych przesłanek - przykładowo wymienia: płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie oraz orientację seksualną,
- przepisy ustawy z 03 grudnia 2010 roku o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. z 2010 roku, Nr 254, poz. 1700), które wymieniają następujące przesłanki niedopuszczalnej dyskryminacji: płeć, rasę,

pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientację seksualną.

Jak z powyższego widać, proponowane przesłanki zakazanej dyskryminacji nie stanowią *novum* w polskim prawodawstwie, wobec czego ryzyko powodowanych przez nie problemów interpretacyjnych należy uznać za dokładnie takie samo, jak w przypadku przesłanek już zawartych w kodeksie karnym. Innymi słowy: okoliczność ta nie może być brana pod uwagę przy rozpatrywaniu zasadności proponowanej nowelizacji.

Kształt proponowanych zmian art. 119 § 1 kk i art. 257 kk

Proponowane zmiany w art. 119 § 1 kk oraz art. 257 kk nie ograniczają się do rozszerzenia katalogu przesłanek zakazanej dyskryminacji (o przesłanki płci, tożsamości płciowej, wieku, niepełnej sprawności oraz orientacji seksualnej), ale dotyczą też zmiany redakcyjnego ujęcia tych przepisów.

Obecna redakcja tych przepisów sugeruje, że ochroną prawnokarną objęte są tylko osoby będące nośnikami określonej cechy. Nie będą natomiast podlegać ochronie ofiary np. przemocy, które wprowadzie same określonej cechy nie mają, ale ich wiktymizacja wynika z powiązania z osobą, która określoną cechę nosi, albo z faktu postrzegania ich przez otoczenie jako osób o określonej cesze. Takie ograniczenie jest nieuzasadnione i prowadzi do osłabienia ochrony przed przestępstwami z nienawiści.

Przykładem potwierdzającym przedstawioną wyżej interpretację w/w przepisów jest sprawa, w której pokrzywdzonym był Tomasz Pietrasiewicz, szef Ośrodka Brama Grodzka-Teatr NN w Lublinie. T. Pietrasiewicz jest znanym w Lublinie miłośnikiem i propagatorem kultury żydowskiej. Nocą 17 grudnia 2010 roku do mieszkania T. Pietrasiewicza wrzucono przez okna dwie cegły, na których namalowane były swastyki; do jednej z cegieł przymocowany był niewielki ładunek pirotechniczny (petarda), który wybuchł wewnątrz mieszkania. Prowadząca postępowanie karne Policja uznała, że opisane zdarzenie należy zakwalifikować z art. 160 § 1 kk w zbiegu z art. 288 § 1 w związku z art. 11 § 2 kk, pomijając w kwalifikacji art. 119 § 1 kk. Wyjaśniając przyjęcie takiej kwalifikacji Prokuratura Okręgowa w Lublinie stwierdziła, że było to *następstwem tego, że z zeznań Tomasza Pietrasiewicza wynika, że nie należy od do narodowości żydowskiej, a z kulturą żydowską łączy go jedynie wykonywana praca oraz pasja* (cytat za pismem Prokuratury Okręgowej w Lublinie znak III Dsn 45/10/LPd z 28 stycznia 2011 roku). Dopiero 20 maja 2011 roku, po m.in. wniosku

pełnomocniczki T. Pietrasiewicza w tym zakresie, zmieniono kwalifikację czynu na art. 119 § 1 kk.

W tej sytuacji projektuje się nowe brzmienie przepisów art. 119 § 1 kk i art. 257 kk, które – poprzez usunięcie zaimka „jej” – usunie wątpliwości interpretacyjne i pozwoli na objęcie ochroną nie tylko osób należących do grup wymienionych w obu przepisach, ale również osób doświadczających dyskryminacji przez asocjację z tymi grupami.

Kształt proponowanych zmian art. 256 § 1 kk

Celem proponowanych zmian w art. 256 § 1 kk jest rozszerzenie katalogu przesłanek zakazanej dyskryminacji o przesłanki płci, tożsamości płciowej, wieku, niepełnej sprawności oraz orientacji seksualnej.

Decyzja 9/09 Rady Ministerialnej OBWE

Analizując projektowane zmiany kodeksu karnego warto przypomnieć choćby niektóre zalecenia i wskazania, które dotyczą Polski jako państwa członkowskiego organizacji międzynarodowych, a które odnoszą się do przestępczości motywowanej uprzedzeniami.

Decyzja 9/09 Rady Ministerialnej Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie z 02 grudnia 2009 roku wzywa państwa członkowskie do walki z przestępstwami z nienawiści. Decyzja zawiera m.in. wezwanie do:

- gromadzenia i upubliczniania rzetelnych danych i statystyk dotyczących *hate crimes*,
- podejmowania starań, aby zachęcić osoby pokrzywdzone do zgłaszania przestępstw z nienawiści - przy jednoczesnym stwierdzeniu, że zaniżony poziom zgłoszeń uniemożliwia państwom członkowskim wypracowanie skutecznych polityk postępowania z przestępczością motywowaną uprzedzeniami,
- wprowadzenia, gdy jest to stosowne, konkretnych i dostosowanych do potrzeb przepisów wymierzonych w przestępstwa z nienawiści, zabezpieczonych skutecznymi karami, które oddają ciężar tej przestępczości.

VI Sprawozdanie Okresowe z realizacji MPPOiP

W kontekście projektowanych rozwiązań należy również przypomnieć, że Komitet Przeciw Torturom Organizacji Narodów Zjednoczonych - nadzorujący realizację Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych - wprost zalecił Polsce wprowadzenie do krajowego porządku prawnego przestępstw z nienawiści motywowanych orientacją seksualną. Przygotowane przez Radę Ministrów „VI Sprawozdanie Okresowe Rzeczypospolitej Polskiej

z realizacji postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych” odnosiło się do tego zalecenia w następujący sposób:

On considering recommendations of the Committee Against Torture, the NPO adopted the position that it would be justifiable to take legislative initiative for the amendment of Article 256 PC and Article 257 PC by the introduction of a penal sanction of conduct such as instigating to hatred or intolerance with respect to people of a different sexual orientation, as well as insulting a group of people or a person because of their sexual orientation. When work is launched on the amendment to PC, Recommendation No. 19 of the Committee Against Torture as to the need of penalising “hate crimes (...) on grounds of sexual orientation” will be presented to the bodies in charge of drafting an amendment to PC and CCP.

(Po rozważeniu zalecenia Komitetu Przeciwko Torturom PK [Prokuratura Krajowa] stanęła na stanowisku, iż zasadnym byłoby podjęcie inicjatywy ustawodawczej zmierzającej do nowelizacji art. 256 Kk oraz art. 257 Kk poprzez zagrożenie sankcją karną zachowań polegających na nawoływaniu do nienawiści lub nietolerancji wobec osób o odmiennej orientacji seksualnej, a także na znieważeniu grupy osób lub osoby z powodu jej orientacji seksualnej. W sytuacji podjęcia prac nad nowelizacją Kk, Zalecenie nr 19 Komitetu Przeciwko Torturom w zakresie potrzeby wprowadzenia penalizacji „przestępstw z nienawiści (...) opartych na orientacji seksualnej” zostanie przedstawione gremium przygotowującemu nowelizację Kk oraz Kpk.)

Komitet Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych, rozpatrujący przedmiotowe sprawozdanie z realizacji Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych zarekomendował Polsce:

*The State party should ensure that all allegations of attacks and threats against individuals targeted because of their sexual orientation or gender identity are thoroughly investigated. It should also: legally prohibit discrimination on the grounds of sexual orientation or gender identity; **amend the Penal Code to define hate speech and hate crimes based on sexual orientation or gender identity among the categories of punishable offenses**; and intensify awareness-raising activities aimed at the Police force and wider public.*

*(Państwo-Strona powinno zapewnić rzetelne dochodzenie w sprawie wszystkich zarzutów dotyczących ataków i gróźb wymierzonych w osoby fizyczne na tle ich orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. Powinno ponadto: ustawowo zakazać dyskryminacji na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej; **znowelizować Kodeks Karny celem umieszczenia mowy nienawiści oraz przestępstw z nienawiści na tle orientacji seksualnej lub tożsamości***

płciowej wśród czynów zabronionych; oraz nasilić działalność zwiększającą świadomość w tym zakresie skierowaną na służby policyjne oraz opinię publiczną).

Rekomendacja pochodzi z setnej sesji Komitetu Praw Człowieka, która odbyła się w Genewie 11-29 października 2010 roku.

Rekomendacja CM/Rec(2010) 5 Komitetu Ministrów Rady Europy z 31 marca 2010 roku

31 marca 2010 roku Komitet Ministrów Rady Europy przyjął rekomendację CM/Rec(2010)5 skierowaną do krajów członkowskich tej organizacji (Polska należy do Rady Europy od 1991 roku). Rekomendacja dotyczy walki z dyskryminacją na tle orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej. W załączniku do rekomendacji odniesiono się zarówno do przestępstw motywowanych uprzedzeniami jak i do mowy nienawiści.

Odnosnie *hate crimes* oraz innych zdarzeń motywowanych uprzedzeniami Komitet Ministrów zarekomendował państwom członkowskim:

- zapewnienie skutecznych, szybkich i bezstronnych dochodzeń w sprawach, w których można przypuszczać motywację związaną z orientacją seksualną lub tożsamością płciową;
- uznanie motywacji związanej z orientacją seksualną lub tożsamością płciową za okoliczność obciążającą i zaostrzającą wymiar kary;
- podjęcie odpowiednich kroków celem zachęcenia osób pokrzywdzonych przestępstwami z nienawiści na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej do zgłaszania tych przestępstw (wśród rekomendowanych działań znalazło się zapewnienie, aby osoby zatrudnione w Policji, prokuraturze i sądownictwie miały stosowną wiedzę i umiejętności, pozwalające rozpoznać przestępczość motywowaną uprzedzeniami oraz udzielić odpowiedniego wsparcia osobom pokrzywdzonym i świadkom);
- podjęcie odpowiednich kroków celem zapewnienia bezpieczeństwa i ochrony godności przez osoby LGBT pozbawione wolności, ze szczególnym uwzględnieniem ochrony, jaką należy otoczyć osoby transpłciowe;
- gromadzenie oraz analizę danych dotyczących występowania i charakteru dyskryminacji na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej.

Odnosnie mowy nienawiści Komitet Ministrów zarekomendował państwom członkowskim:

- podjęcie odpowiednich kroków dla zwalczania wszelkich form wypowiedzi, w tym za pośrednictwem mediów oraz Internetu, które można uznać za wywołujące lub szerzące nienawiść lub inne formy dyskryminacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych i osób

transpłciowych; mowa nienawiści powinna być zakazana i publicznie potępiana, ilekroć wystąpi; działania w tym zakresie winny być zgodne z art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka;

- zwiększenie świadomości władz publicznych oraz instytucji publicznych wszystkich szczebli celem unikania wypowiedzi, zwłaszcza dla mediów, które można uznać za legitymizację nienawiści lub dyskryminacji;
- aby osoby sprawujące urzędy publiczne lub w inny sposób reprezentujące państwo były zachęcane do promowania praw człowieka przysługujących lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym i osobom transpłciowym.

Penalizacja homofobicznych i transfobicznych hate crimes w krajach Unii Europejskiej

Zgodnie z najnowszym raportem Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej poświęconym dyskryminacji na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej (*Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity*, Agencja Praw Podstawowych, Luksemburg, 2010), homofobiczne i transfobiczne *hate crimes* są coraz powszechniejsze w ustawodawstwie karnym krajów UE.

Prawo karne Belgii, Danii, Estonii, Hiszpanii, Francji, Irlandii, Litwy, Holandii, Portugalii, Rumunii, Szwecji, Słowenii oraz Wielkiej Brytanii przewiduje przestępstwa motywowane uprzedzeniami na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. Równocześnie przepisy ustaw karnych w Belgii, Danii, Hiszpanii, Finlandii, Francji, na Litwie, w Holandii, Portugalii, Rumunii, Szwecji i Wielkiej Brytanii uznają, że popełnienie przestępstwa motywowanego uprzedzeniami na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej jest okolicznością obciążającą. Uzupełniająco należy dodać, że choć prawodawstwo niemieckie nie przewiduje kategorii przestępstw z nienawiści na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, to kategorię taką wyodrębniło orzecznictwo; podobna sytuacja jest na Węgrzech. Na tle wymienionych krajów Polska pozostaje jednym z niechlubnych wyjątków w Unii Europejskiej, którego prawodawstwo ani orzecznictwo nie przewidują skutecznej ochrony prawnokarnej przed przestępczością motywowaną homofobicznie i transfobicznie.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

09 lutego 2012 roku Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) wydał wyrok w sprawie *Vejdeland i inni przeciw Szwecji* (skarga numer 1813/07).

Skarżący (Tor Fredrik Vejdeland, Mattias Harlin, Björn Täng oraz Niklas Lundström) wspólnie z trzema innymi osobami, rozprowadzili w 2004 roku w jednej ze szwedzkich szkół około 100 ulotek stwierdzających m.in., że homoseksualność to „seksualna tendencja dewiacyjna” („deviant sexual proclivity”), która ma „moralnie niszczycielski wpływ na tkankę społeczną” („a morally destructive effect on the substance of society”) oraz odpowiada za rozwój HIV/AIDS. Ulotki stwierdzały też, że „homoseksualne lobby” próbuje bagatelizować zagrożenie pedofilią. Skarżący należą do organizacji, której angielska nazwa to „National Youth”.

W 2005 roku szwedzki sąd skazał skarżących za przestępstwo z nienawiści. Skarżący odwołali się od wyroku a następnie złożyli skargę od wyroku sądu II instancji do szwedzkiego Sądu Najwyższego, który oddalił ją w 2006 roku. W postępowaniu skarżący bronili się „twierdząc, że nie zamierzali wyrażać potępienia dla osób homoseksualnych jako takich a celem ich działań było wszczęcie debaty o braku obiektywności w szwedzkich szkołach” (“the applicants claimed that they had not intended to express contempt for homosexuals as a group and stated that the purpose of their activity had been to start a debate about the lack of objectivity in the education in Swedish schools”).

W 2007 roku skarżący odwołali się do ETPC. Trybunał orzekł, że skarżący nie mają racji twierdząc, że Szwecja - skazując ich za przestępstwo z nienawiści - naruszyła art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Trybunał uznał ponadto, że:

- skarżący mieli prawo wyrażania opinii, natomiast uczynili to w sposób nadmiernie agresywny a ulotki zostały „narzucone” („imposed”) osobom uczęszczającym do szkoły (umieszczono je na szafkach oraz wewnątrz szafek uczniowskich),
- kary nałożone na skarżących przez szwedzkie sądy (kary w zawieszeniu z grzywnami od 200 do 2000 Euro) nie były nadmierne, gdyż za to przestępstwo groziło skarżącym do dwóch lat pozbawienia wolności.

Co najważniejsze, orzekając w przedmiotowej sprawie trybunał uznał, że dyskryminacja na tle orientacji seksualnej jest równie poważna, co na tle przynależności rasowej („discrimination based on sexual orientation was as serious as discrimination based on »race, origin or colour«”),

Wskazanie źródeł finansowania

Uchwalenie projektowanej ustawy nie pociąga za sobą obciążenia budżetu państwa ani budżetów jednostek samorządu terytorialnego.

Odnosnie projektowanych aktów wykonawczych

W razie uchwalenia projektowanej ustawy wydanie nowych aktów wykonawczych nie jest przewidziane.

Oświadczenie o zgodności z prawem Unii Europejskiej

Projektowana ustawa:

- jest zgodna z prawem Unii Europejskiej,
- nie jest ustawą wykonującą prawo Unii Europejskiej, o której mowa w art. 95a uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 30 lipca 1992 roku - Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 1992 roku, Nr 26, poz. 185 z późn. zm.)

Ustalenia powyższe – w odniesieniu do projektu nowelizacji kodeksu karnego, nad którym pracował Sejm VI kadencji (druk sejmowy numer 4253) - potwierdziła opinia Biura Analiz Sejmowych znak BAS-WAPEiM-966/11 z 26 kwietnia 2011 roku (dołączona do projektu nowelizacji w druku sejmowym numer 4253). Wobec charakteru różnic między niniejszym projektem a jego poprzednikiem, tj. wobec rezygnacji z części proponowanych wówczas zmian w art. 256 § 1 kk przy jednoczesnym braku nowych zmian, powołana wyżej opinia Biura Analiz Sejmowych zachowała aktualność.

Konsultacje społeczne

Prace nad poprzednikiem niniejszego projektu, procedowanym przez Sejm VI kadencji (druk sejmowy numer 4253) zainicjowano podczas ogólnopolskich spotkań organizacji społecznych zajmujących się działalnością na rzecz osób biseksualnych, lesbijek, gejów oraz osób transpłciowych w 2008 roku. Od tamtej pory stopniowo rozszerzano krąg podmiotów, z którymi konsultowano projekt.

Proponowany w obu projektach (niniejszym i jego poprzedniku) kierunek zmian poparły m.in.: Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, Fundacja Na Rzecz Osób Transpłciowych „Transfuzja”, Towarzystwo Interwencji Kryzysowej, Stowarzyszenie „Lambda-Warszawa”, Stowarzyszenie „Otwarte Forum”, Stowarzyszenie Przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii „Otwarta Rzeczpospolita”, Ogólnopolskie Pogotowie dla Ofiar Przemocy w Rodzinie „Niebieska Linia”, Fundacja Autonomia, Stowarzyszenie Dni Równości i Tolerancji, Stowarzyszenie Kobiet „Konsola”, Stowarzyszenie „Kampania Przeciw Homofobii” oraz Stowarzyszenie „Pracownia Różnorodności”.

Konsultacje społeczne nad proponowanymi zmianami kodeksu karnego objęły m.in. publiczną prezentację poprzedniego projektu, połączoną z panelem dyskusyjnym (Warszawa, Austriackie Forum Kultury, 03 marca 2011 roku), konferencję naukową „Przestępstwa z nienawiści w Polsce” (Toruń, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 17 maja 2011 roku) oraz publikacje w prasie drukowanej i elektronicznej. W toku powyższych konsultacji poparcie dla kierunku zmian w kodeksie karnym wyraziły nie tylko organizacje społeczne, ale także osoby reprezentujące naukę prawa (m.in. prof. Eleonora Zielińska, prof. Marian Filar) oraz instytucje publiczne - Prokuraturę Generalną i Biuro Rzecznicki Praw Obywatelskich.

Niezależnie od powyższych konsultacji, za rozszerzeniem zakresu ochrony art. 119 § 1 kk, art. 256 § 1 kk i art. 257 wypowiedziała się dr hab. Monika Płatek (*vide* „Zgłaszam problem. Rzeczywistość osób homo- i biseksualnych w Polsce. Geje i lesbijki w Polsce – analiza badań dotyczących indywidualnych przypadków dyskryminacji ze względu na orientację seksualną prowadzonych w 2011 roku przez Stowarzyszenie »Lambda-Warszawa«”, Warszawa, 2011).

Warszawa, 21 marca 2012 r.

BAS-WAPEiM-692/12

Pani
Ewa Kopacz
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Opinia prawna
w sprawie zgodności z prawem Unii Europejskiej poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (przedstawiciel wnioskodawców: poseł Robert Biedroń)

Na podstawie art. 34 ust. 9 uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 roku – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (Monitor Polski z 2012 r. poz. 32) sporządza się następującą opinię:

1. Przedmiot projektu ustawy

Projekt ustawy przewiduje zmianę artykułów 119, 256 oraz 257 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zmianami). Zmiana zakłada: penalizację stosowania przemocy lub groźby bezprawnej wobec grupy osób lub osoby ze względu na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną, penalizację znieważenia oraz publicznego nawoływania do nienawiści ze względu na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną.

2. Stan prawa Unii Europejskiej w materii objętej projektem

Prawo Unii Europejskiej nie zawiera przepisów regulujących zagadnienie będące przedmiotem projektu ustawy.

3. Analiza przepisów projektu pod kątem ustalonego stanu prawa Unii Europejskiej

Przepisy projektu nie należą do materii regulacji prawa Unii Europejskiej.

4. Konkluzja

Przedmiot projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny nie jest objęty prawem Unii Europejskiej.

Szef Kancelarii Sejmu

Lech Czapla

Warszawa, 21 marca 2012 r.

BAS-WAPEiM-693/12

Pani
Ewa Kopacz
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Opinia prawna
w sprawie stwierdzenia – w trybie art. 95a ust. 3 regulaminu Sejmu – czy
poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (przedstawiciel
wnioskodawców: poseł Robert Biedroń) jest projektem ustawy wykonującej
prawo Unii Europejskiej

Projekt ustawy przewiduje zmianę artykułów 119, 256 oraz 257 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zmianami). Zmiana zakłada: penalizację stosowania przemocy lub groźby bezprawnej wobec grupy osób lub osoby ze względu na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną, penalizację znieważenia oraz publicznego nawoływania do nienawiści ze względu na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną.

Przedmiot projektu ustawy nie jest objęty prawem Unii Europejskiej.

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny **nie jest projektem ustawy wykonującej** prawo Unii Europejskiej.

Szef Kancelarii Sejmu

Lech Czapla



**PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Warszawa, dnia 19 kwietnia 2012 r.

BSA II - 021- 134/12

SEKRETARIAT SZEFA KS

L.dz.

Data wpływu 20. 04. 2012

**Pan
Lech CZAPLA
Szef Kancelarii Sejmu**

Szanowny Panie Ministrze!

W odpowiedzi na pismo z dnia 29 marca 2012 r., GMS-WP-173-95/12 uprzejmie informuję, że Sąd Najwyższy podtrzymuje swoje uwagi do **poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny** przesłane przy piśmie z dnia 12 kwietnia 2012 r., o sygn. BSA II-021-97/12 (znak pisma Kancelarii Sejmu: GMS-WP-173-71/12), ponieważ przedstawione projekty w zakresie projektowanych artykułów 119 § 1, 256 § 1, 257 są zbieżne.

Z poważaniem

Stanisław Dąbrowski
Stanisław DĄBROWSKI



**PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Warszawa, dnia 12 kwietnia 2012 r.

BSA II - 021- 97/12

SEKRETARIAT SZEFA KS

Ldz.

Data wpływu13...04...2012..

**Pan
Lech CZAPLA
Szef Kancelarii Sejmu**

W odpowiedzi na pismo z dnia 1 marca 2012 r., GMS-WP-173-71/12 uprzejmie przesyłam uwagi Sądu Najwyższego do **poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny.**

Z poważaniem

Stanisław Dąbrowski
Stanisław DĄBROWSKI



SĄD NAJWYŻSZY
BIURO STUDIÓW I ANALIZ
Pl. Krasińskich 2/4/6, 00-951 Warszawa

Warszawa, dnia 11 kwietnia 2012 r.

BSA II-021-97/12

UWAGI

do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny

Projektowane zmiany wychodzą naprzeciw patologicznemu zjawisku społecznemu, jakim jest mowa nienawiści. Przedmiotem niniejszych uwag nie będzie diagnoza istnienia tego negatywnego zjawiska społecznego. Część przedstawionych w uzasadnieniu projektu danych wydaje się jego istnienie wysoce uprawdopodobniać. Nie wydaje się bardzo wątpliwe, aby ta przesłanka kryminalizacji została spełniona. Dla prawa karnego nie jest ona jednak wystarczająca.

Trzeba również przyznać, że istniejących zarówno w prawie cywilnym, jak i prawie karnym instytucji prawnych nie da się porównać z projektowaną w ocenianym projekcie ochroną. Ochrona dóbr osobistych przez prawo cywilne odnosi się do zindywidualizowanych naruszeń, nie zaś nieokreślonej grupy osób czy społeczności, posiadających „cechę dyskryminującą”. Podobnie skonstruowana jest prawnokarna ochrona czci, czemu dobitnie daje wyraz ściganie zniewag z oskarżenia prywatnego. Inny jest też główny przedmiot ochrony „zwykłych znieważzeń” oraz „mowy nienawiści”.

Nie można jednak nie przedstawić wątpliwości odnośnie istnienia innych warunków kryminalizacji tzw. mowy nienawiści w sposób, w jaki projektuje się to uczynić. Uwagi te dotyczą projektu w zakresie, w jakim bezpośrednio odnosi się do kryminalizacji „mowy nienawiści” w szerszym, również pozawerbalnym aspekcie, to jest projektowanych artykułów 119 § 1 k.k., 256 § 1 k.k., jak również 257 k.k.

1.

Projektowane regulacje mają często w założeniu osiągnąć cel ogólnoprewencyjny, kształtujący pewne postawy społeczne oraz utwierdzające normy społeczne zakazujące opisanych w projekcie negatywnych zachowań. Jeśli przy tym kryminalizacja taka jest kryminalizacją na dalekim przedpolu naruszenia dobra prawnego, nie są spełnione wszystkie jej przesłanki; uwaga ta dotyczy w szczególności projektowanego artykułu 256 k.k. Zakorzenie w społeczeństwie norm zachowania powinno następować w pierwszym rzędzie w inny sposób, niż poprzez prawo karne.

2.

Już w obecnym brzmieniu artykułu 256 k.k. nie jest oczywiste, czy spełnia on wszystkie warunki kryminalizacji. Projektowane znamiona art. 256 k.k. określone są w sposób mało precyzyjny, niekiedy wręcz nielogiczny. W szczególności chodzi tu o znamię „szerzenia nienawiści”. Pod tym kątem poprawniejsze już, choć dalekie od precyzji, jest określenie „wywołuje nienawiść”.

3.

Bodaj największym problemem związanym z kryminalizacją „mowy nienawiści” jest kazuistyczność regulacji, zamiast jej abstrakcyjności. Dodanie w projektowanych przepisach kilku istotnych powodów dyskryminacji nie wyczerpuje wszystkich możliwych znamion dyskryminujących, pomijając równie istotne. Tego typu technika legislacyjna sprawia, że przepisy te będą musiały być „nowelizowane w nieskończoność”, w przeciwnym bowiem razie regulacja nie będzie równo traktowała wszystkich grup dyskryminowanych. Należy więc raczej próbować znaleźć i zastosować określnik cechy dyskryminującej będący „najmniejszym wspólnym mianownikiem” i zastosować go tak, aby uniknąć niebezpiecznej kazuistyczności w abstrakcyjnej normie prawnej. Jeśli okaże się to niemożliwe to, podtrzymując zamiar kryminalizacji opisanych w projekcie zachowań, projektodawca powinien dokonać pełnego wyliczenia wszystkich możliwych powodów dyskryminowania.

4.

Warto ograniczyć kryminalizację mowy nienawiści do zachowań jak najbardziej precyzyjnie określonych normatywnie. Wydaje się, że takim jest projektowany art. 257 k.k., w zakresie, w jakim penalizuje on publiczne znieważenie wymienionych tam osób ze względu na przypisywaną cechę

społecznie dyskryminującą, którą jednak, jak już wspomniano w punkcie 3., albo należy określić abstrakcyjnie, albo też wymienić wszystkie powody dyskryminacji społecznej, co wydaje się mało możliwe. Przy abstrakcyjnym określeniu cechy społecznie dyskryminującej jej doprecyzowanie mogłoby nastąpić w słowniczku wyrażeń ustawowych.

Zdecydowanym plusem proponowanej regulacji jest natomiast ustanowienie kryminalizacji samego przypisywania cech, o których mowa w projektowanym artykule. Nie jest więc istotne, czy dana osoba cechę taką rzeczywiście posiada.

5.

Określenie „publicznie znieważa” jest określeniem wystarczająco ostrym i da się połączyć z odpowiednio zdefiniowanymi powodami znieważenia danej grupy społecznej. Jednocześnie trzeba bardzo ostrożnie formułować, lub wręcz unikać formułowania znamion, które wysoce utrudniają, lub wręcz uniemożliwiają udowodnienie związku przyczynowego między zachowaniem sprawcy, jakim jest stosowanie przemocy, groźby bezprawnej a przypisywaną cechą dyskryminującą.

6.

Powyższe uwagi krytyczne nie mają być argumentem przeciwko **racjonalnej** kryminalizacji „mowy nienawiści”, która jednak jest zadaniem niezwykle trudnym. „Kryminalizacja zjawisk” (w tym wypadku mowy nienawiści) jest w procesie legislacyjnym równie nieprzydatnym terminem, co „zwalczanie przestępczości”.

Sporządził A. Górski (członek BSiA)