



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
VIII kadencja

Druk nr 2301
Warszawa, 16 lutego 2018 r.

Pan
Marek Kuchciński
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 panią poseł Joannę Scheuring-Wielgus.

(-) Kamila Gasiuk-Pihowicz; (-) Paulina Hennig-Kloska; (-) Michał Jaros; (-) Paweł Kobyliński; (-) Ewa Lieder; (-) Radosław Lubczyk; (-) Katarzyna Lubnauer; (-) Jerzy Meysztowicz; (-) Krzysztof Mieszkowski; (-) Monika Rosa; (-) Joanna Scheuring-Wielgus; (-) Joanna Schmidt; (-) Elżbieta Stępień; (-) Mirosław Suchoń; (-) Adam Szłapka; (-) Witold Zembaczyński.

U S T A W A

z dnia 2018 r.

o zmianie ustawy – Kodeks karny¹⁾

Art. 1. W ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2017 r. poz. 2204 oraz z 2018 r. poz. 20) wprowadza się następujące zmiany:

1) w 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, płci, tożsamości płciowej, wieku, niepełnosprawności lub orientacji seksualnej,
podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.”;

2) w art. 256 § 1 otrzymuje brzmienie:

„§ 1. Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa albo nawołuje do nienawiści na tle narodowościowym, etnicznym, rasowym, wyznaniowym, bezwyznaniowości, płci, tożsamości płciowej, wieku, niepełnosprawności lub orientacji seksualnej,
podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.”;

3) art. 257 otrzymuje brzmienie:

„Art. 257. Kto publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególną osobę z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej, bezwyznaniowości, płci, tożsamości płciowej, wieku, niepełnosprawności lub orientacji seksualnej lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.”.

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

¹ Niniejszą ustawą zmienia się ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny.

UZASADNIENIE

Rozdział 1: Prawo karne jako część antydyskryminacyjnej polityki państwa

Cel nowelizacji

Zasadniczym celem proponowanej nowelizacji jest zapewnienie skutecznej ochrony prawnokarnej przed przestępstwami motywowanymi uprzedzeniami z uwagi na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność oraz orientację seksualną. Przestępstwa motywowane uprzedzeniami to najjaskrawsze przejawy dyskryminacji, tj. kwalifikowanej postaci nierównego traktowania ze względu na jakąś cechę osobistą. Rolą państwa jest przy tym nie tylko zapobieganie wszelkim przejawom dyskryminacji poprzez podnoszenie świadomości społecznej i edukację antydyskryminacyjną, ale także ochrona ofiar przestępstw poprzez stworzenie skutecznego systemu sankcji karnych.

Niewątpliwie w Kodeksie karnym obecnie penalizowanych jest wiele zachowań, o których byłaby mowa w znowelizowanych przepisach – i tak, przestępstwem jest stosowanie przemocy, groźby bezprawnej czy naruszenie nietykalności cielesnej, bez względu na to, czy pokrzywdzony tym przestępstwem jest przedstawicielem mniejszości. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że jeżeli jedynym motywem tych przestępstw jest fakt przynależności – czy domniemanej przez sprawcę przynależności – pokrzywdzonego do grupy mniejszościowej, jest to przestępstwo motywowane uprzedzeniami sprawcy i jako takie powinno być w toku postępowania karnego potraktowane, a w konsekwencji doprowadzić do surowszego ukarania sprawcy.

Nie jest natomiast obecnie przestępstwem nawoływanie do nienawiści ze względu na płeć, orientację seksualną, tożsamość płciową i niepełnosprawność, a także nie jest przestępstwem znieważanie grupy ludności ze względu na te cechy osobiste. Przestępstwem jest jedynie znieważenie innej osoby, nie jest to jednak przestępstwo ścigane z urzędu, a jedynie z oskarżenia prywatnego, tak więc ciężar zgromadzenia odpowiedniego materiału dowodowego, sporządzenia i popierania aktu oskarżenia i uczestnictwa w postępowaniu przed sądem spoczywa wyłącznie na pokrzywdzonym.

Tymczasem wszystkie przestępstwa motywowane uprzedzeniami – zarówno stosowanie przemocy, groźby bezprawnej, nawoływanie do nienawiści, publiczne znieważenie czy naruszenie nietykalności cielesnej – charakteryzują się tym, że naruszają nie tylko prawa i wolności osób nimi pokrzywdzonych, ale stanowią zagrożenie dla realizacji praw i wolności wszystkich osób będących przedstawicielami określonej mniejszości i standardu ich ochrony w całym społeczeństwie.

Rozdział 2: Cele nowelizacji i dobro chronione

Jak wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącego przestępstw motywowanych uprzedzeniami, zakaz dyskryminacji wyraża podstawowe wartości demokratycznych społeczeństw tworzących Radę Europy. Trybunał zwraca uwagę, że w społeczeństwach wielokulturowych współczesnej Europy zwalczanie rasizmu stało się priorytetowym celem wszystkich państw Konwencji (§ 155 wyroku ETPCz z dnia 6 lipca 2005 r., Nachova i inni przeciwko Bułgarii, skarga nr 43577/98 i 43579/98). Trybunał w ostatnim orzecznictwie stanął ponadto na stanowisko, że ochrona prawna przysługująca ofiarom rasizmu, w równym stopniu powinna przysługiwać wszystkim ofiarom dyskryminacji, z tego powodu, że każdy przypadek dyskryminacji jest równie poważny, jak rasizm. Trybunał zwraca uwagę, że traktowanie przestępstw motywowanych uprzedzeniami tak jak

przestępstw pozbawionych tej motywacji sprawcy prowadzi do braku właściwej reakcji Policji i organów ścigania, co umożliwia ekstremistom kontynuowanie siania nienawiści i przemocy. Sprawcy tego rodzaju przestępstw mogą być wówczas przekonani o poparciu władz, a społeczeństwo może mieć uzasadnione wątpliwości, czy aby sprawcy ataków nie czynią tego w porozumieniu z przedstawicielami państwa (wyrok ETPCz z dnia 14 grudnia 2010 r., Milanović przeciwko Serbii, skarga nr 44614/07).

Na niedostateczną ochronę prawnokarną ofiar dyskryminacji zwróciły uwagę Polsce międzynarodowe organy ochrony praw człowieka. Wprowadzenie do Kodeksu karnego odpowiednich zmian w celu karania przestępstw z nienawiści jako aktów dyskryminacji i przemocy ze względu na orientację seksualną, niepełnosprawność i wiek, zalecił Polsce Komitet Przeciwko Torturom (pkt 25 zaleceń końcowych dotyczących połączonego V i VI sprawozdania okresowego Polski z realizacji postanowień Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania z dnia 19 listopada 2013 r.). Komitet Praw Człowieka zarekomendował z kolei znówelizowanie Kodeksu karnego poprzez wprowadzenie do niego definicji mowy nienawiści i przestępstw z nienawiści ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową oraz poprzez uznanie tych czynów za przestępstwa (pkt 8 uwag końcowych Komitetu Praw Człowieka do VI sprawozdania okresowego Polski z realizacji postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 26 października 2010 r.). Na konieczność rozszerzenia zakresu zastosowania art. 118, 119, 255, 256 i 257 o przesłanki orientacji seksualnej i tożsamości płciowej zwróciła Polsce uwagę również Europejska Komisja Przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI) (pkt 28 i 47 raportu przyjętego w dniu 20 marca 2015 r.). Nowelizacja Kodeksu karnego w celu uwzględnienia specyfiki mowy nienawiści i przestępstw motywowanych rasizmem, ksenofobią i homofobią, to jedno z ostatnich zaleceń Komitetu Praw Dziecka (pkt 17b zaleceń Komitetu Praw Dziecka z dnia 2 października 2015 r.).

Obowiązek ustanowienia skutecznego ustawodawstwa i polityk w celu zapewnienia, że przypadki wykorzystywania, przemocy i nadużyć wobec **osób niepełnosprawnych** będą identyfikowane, badane i, gdy to właściwe, ścigane, spoczywa na Polsce na mocy art. 16 ust. 5 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych. Zapewnienie praw gwarantowanych Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – w tym prawa do życia, wolności od tortur czy prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego – bez dyskryminacji, w tym dyskryminacji ze względu na **płeć, tożsamość płciową, orientację seksualną, wiek i niepełnosprawność**, spoczywa natomiast na Polsce na mocy art. 14 Konwencji.

O konieczności uwidocznienia motywacji sprawcy w sprawach przestępstw motywowanych uprzedzeniami wielokrotnie wypowiadał się Europejski Trybunał Praw Człowieka. Trybunał zwracał w dotychczasowym orzecznictwie uwagę na to, że równe traktowanie przypadków przemocy na tle rasowym – czy w ogóle dyskryminacyjnym – i przypadków pozbawionych takiego elementu jest równoznaczne z „przymykaniem oczu” na szczególny charakter takich czynów, które są szczególnie destrukcyjne dla praw podstawowych (tak m.in. w § 29 w wyroku ETPCz z dnia 11 marca 2014 r. w sprawie Abdu przeciwko Bułgarii, skarga nr 26827/08). W ocenie Trybunału, przemoc będąca przejawem dyskryminacji, ze względu na jej niebezpieczne skutki, wymaga od władz specjalnej czujności i stanowczej reakcji – to z tego powodu władze muszą użyć wszystkich dostępnych środków, wzmacniając w ten sposób demokratyczną wizję społeczeństwa, w którym różnorodność nie jest odbierana jako zagrożenie, ale źródło jego bogactwa (tak np. § 145 w wyroku ETPCz z dnia 6 lipca 2005 r. w sprawie Nachova i inni przeciwko Bułgarii, skarga nr 43577/98 i 43579/98).

ETPCz dostrzega, że w praktyce jest wyjątkowo trudno udowodnić istnienie motywów dyskryminacyjnych, jednak władze mają obowiązek podjęcia wszelkich rozsądnych kroków pozwalających ujawnić takie motywy i ustalić rolę nienawiści lub uprzedzeń w popełnieniu przestępstwa. Obowiązek ten jest obowiązkiem staranności, a nie absolutnym obowiązkiem rezultatu (wyrok ETPCz z dnia 31 lipca 2012 r., M. i inni przeciwko Włochom i Bułgarii, skarga nr 40020/03).

Ochronę wymienionych wyżej praw z Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności mają zapewnić m.in. przepisy prawa karnego. Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie podkreślał, że ofiary przestępstw z nienawiści powinny być przez państwa-strony Konwencji identyfikowane również jako ofiary przestępstw motywowanych uprzedzeniami sprawcy i tym samym ofiary dyskryminacji. Dostrzeganie specyfiki przestępstw motywowanych uprzedzeniami i wynikający stąd obowiązek ujawniania tych uprzedzeń poprzez surowsze karanie Trybunał wyprowadzał ze wspomnianego art. 14 Konwencji (tak m.in. w § 160 i 161 w wyroku ETPCz z dnia 6 lipca 2005 r. w sprawie Nachova i inni przeciwko Bułgarii, skarga nr 43577/98 i 43579/98; § 59 w wyroku ETPCz z dnia 24 lipca 2012 r. w sprawie B. i S. przeciwko Hiszpanii, skarga nr 47159/08; § 176 w wyroku ETPCz z dnia 31 lipca 2012 r. w sprawie M. i inni przeciwko Włochom i Bułgarii, skarga nr 40020/03).

Wskazane wyżej, dotychczasowe orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące przestępstw z nienawiści odnosi się co prawda do dyskryminacji na tle rasowym i religijnym, jednakże art. 14 Konwencji zawiera szeroki katalog zakazanych przesłanek dyskryminacji, bez wątpienia obejmujący swoim zakresem nie tylko przesłanki wprost w nim wskazane (płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie), ale również niepełnosprawność (np. § 80 w wyroku ETPCz z dnia 30 kwietnia 2009 r. w sprawie Gloor przeciwko Szwajcarii, skarga nr 13444/04), wiek (np. wyrok ETPCz z dnia 10 czerwca 2010 r. w sprawie Schwizgebel przeciwko Szwajcarii, skarga nr 25762/07), orientację seksualną (np. § 92 w wyroku ETPCz z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie Kozak przeciwko Polsce, skarga nr 13102/02) czy tożsamość płciową (np. § 30 w wyroku ETPCz z dnia 30 listopada 2010 r. w sprawie P. i V. przeciwko Hiszpanii, skarga nr 35159/09). ETPCz dyskryminację ze względu na orientację seksualną uznał za równie poważną, co dyskryminację ze względu na rasę czy pochodzenie (§ 55 wyroku ETPCz z dnia 9 lutego 2012 r. w sprawie Vejdeland i inni przeciwko Szwecji, skarga nr 1813/07).

Odnosząc się do przewidzianego w niniejszym projekcie rozszerzenia ochrony ofiar mowy nienawiści, wskazać oczywiście należy, że chodzi tu o przypadki wyjątkowo radykalnych i brutalnych wypowiedzi. Niewątpliwie bowiem wolność wypowiedzi – nawet wypowiedzi kontrowersyjnych, szokujących, obraźliwych czy wulgarnych – znajduje się po ochroną art. 54 Konstytucji czy art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. ETPCz dopuszcza jednakże ograniczenie wolności słowa wobec wypowiedzi dyskryminacyjnych i niejednokrotnie odmawiał ochrony z art. 10 Konwencji (wyrok ETPCz z dnia 9 lutego 2012 r. w sprawie Vejdeland i inni przeciwko Szwecji, skarga nr 1813/07; decyzja ETPCz z dnia 16 listopada 2004 r. w sprawie Norwood przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 23131/03).

Wreszcie zwrócić należy uwagę, że wszystkie omówione wyżej prawa i wolności chronione – wolność od dyskryminacji, od tortur i poniżającego traktowania, prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego – gwarantowane są w Konstytucji. W szczególności Konstytucja ustanawia ogólny zakaz dyskryminacji ze względu na jakąkolwiek przyczynę w art. 32. Z tego powodu, mając na uwadze omówione niżej zjawisko przemocy motywowanej uprzedzeniami względem kobiet, osób

transpłciowych, homoseksualnych, starszych i niepełnosprawnych, należy w ocenie projektodawcy udzielać równej ochrony prawnokarnej ofiarom tej przemocy, bez dyskryminacji zakazanej w art. 32 Konstytucji.

Rozdział 3: Uwarunkowania społeczne

Wyjaśnienie pojęć

W polskim Kodeksie karnym brak jest definicji przestępstwa motywowanego uprzedzeniami. Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Policja, realizując swoje działania, np. w zakresie szkoleń i zbierania danych, posługują się roboczą definicją, bazującą na definicji przyjętej przez Organizację i Bezpieczeństwa w Europie.² Według tej definicji przestępstwo motywowane uprzedzeniami (przestępstwo z nienawiści) to:

- (A) Każde przestępstwo natury kryminalnej, włączając w to przestępstwa wymierzone w ludzi i ich mienie, w wyniku którego ofiara, lokal, lub inny cel przestępstwa, są dobierane ze względu na ich faktyczne bądź domniemane powiązanie, związek, przynależność, członkostwo lub udzielanie wsparcia grupie zdefiniowanej w punkcie B.
- (B) Grupa może być wyróżniana na podstawie cech charakterystycznych wspólnych dla jej członków, takich jak faktyczna lub domniemana rasa, narodowość lub pochodzenie etniczne, język, kolor skóry, religia, płeć, wiek, niepełnosprawność fizyczna lub psychiczna, orientacja seksualna lub inne podobne cechy.

Powyższa definicja oznacza, że każde przestępstwo – przeciwko osobie, życiu, nietykalności cielesnej lub mieniu – jest przestępstwem motywowanym uprzedzeniami, jeżeli co najmniej jednym z motywów jest domniemana lub rzeczywista przynależność osoby stanowiącej cel do określonej grupy bądź jej związek z tą grupą. W ustawodawstwie dotyczącym przestępstw motywowanych uprzedzeniami, które ma na celu zapewnienie takim grupom szczególnej ochrony, cechy takie określane są mianem „cech chronionych”.

Zauważyć należy, że katalog cech chronionych monitorowany przez MSWiA i Policję, a także katalog cech uwzględniony w sprawozdawczości Ministerstwa Sprawiedliwości, celowo jest szerszy od tego, który znajdziemy w Kodeksie karnym (gdzie jest mowa o przynależności narodowej, etnicznej, „rasowej”, politycznej, wyznaniowej lub bezwyznaniowości). Jedynie Prokuratura Krajowa, odpowiedzialna za statystyki nt. spraw, w których prowadzone były postępowania prokuratorskie, wciąż ogranicza swoje statystyki do wąskiego, „kodeksowego” katalogu cech chronionych. Poszerzenie katalogu cech, które są monitorowane, wynika z rozpoznania przez poszczególne instytucje, w tym MSWiA, Policję i MS, szczególnego charakteru przestępstw motywowanych uprzedzeniami, oraz obowiązków sprawozdawczych.

Wprowadzenie roboczej definicji przez Policję i MSWiA, oraz poszerzenie katalogu w sprawozdawczości Ministerstwa Sprawiedliwości jest zgodne z przyjętym w 2013 roku Krajowym

² Decyzja Rady Ministerialnej OBWE nr 9/09 o zwalczaniu przestępstw motywowanych nienawiścią dostępną pod adresem <http://www.osce.org/cio/40695?download=true>. Część krajów, jak np. Chorwacja, wprowadziła również kodeksową definicję przestępstwa motywowanego uprzedzeniami. Definicja ta jest tożsama z definicją OBWE, stosowaną przez polską Policję i MSWiA.

Programem Działań na Rzecz Równego Traktowania, w którym rząd zobowiązał się monitorować i analizować zjawisko przestępstw motywowanych uprzedzeniami również na tle przesłanek innych niż te wymienione w Kodeksie karnym. Jednocześnie, odpowiada to na zalecenia organizacji międzynarodowych w zakresie zbierania i raportowania danych w zakresie przestępstw motywowanych uprzedzeniami. Zarówno Agencja Praw Podstawowych UE jak też Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE cyklicznie zbierają od krajów członkowskich sprawozdania nt. przestępstw motywowanych uprzedzeniami, w tym przestępstw dokonanych na tle orientacji seksualnej, tożsamości płciowej, niepełnosprawności i innych cech. Przyjęcie takiego katalogu było więc konieczne do wypełnienia zobowiązań międzynarodowych dot. sprawozdawczości.

Przestępstwa motywowane uprzedzeniami należy odróżnić od innych zachowań dyskryminacyjnych, które obejmują działania dyskryminacyjne niekoniecznie stanowiące przestępstwo (np. zatrudnienie lub niezatrudnienie pracownika, wydanie nakazu administracyjnego itp.) i generalnie należą do sfery prawa cywilnego lub administracyjnego, podczas gdy do przestępstwa motywowanego uprzedzeniami dochodzi tylko wtedy, gdy samo zasadnicze działanie jest już przestępstwem (np. groźba bezprawna, zniszczenie mienia).

Przestępstwa z motywowane uprzedzeniami należy również odróżnić od mowy nienawiści, w której przypadku samo działanie polegające na mówieniu nie ma charakteru przestępczego, ale przestępstwem czyni je przekazywanie zabronionych treści. Nie istnieje jedna, ogólnie przyjęta definicja mowy nienawiści. Zgodnie z zaleceniem Komitetu Ministrów Rady Europy z 1997 r.³ termin ten oznacza „każdą formę wypowiedzi, która rozpowszechnia, podżega, propaguje lub usprawiedliwia nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm lub inne formy nienawiści oparte na nietolerancji, włączając w to nietolerancję wyrażaną w formie agresywnego nacjonalizmu lub etnocentryzmu, dyskryminacji lub wrogości wobec mniejszości, migrantów, lub osób wywodzących się ze społeczności imigrantów”.

W swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka stosuje ten termin, nie przyjmując dokładnej definicji, wobec każdej formy wypowiedzi, która rozpowszechnia, podżega, propaguje lub usprawiedliwia nienawiść opartą na nietolerancji, w tym nietolerancji religijnej oraz na tle orientacji seksualnej. Np. w przytaczanej powyżej sprawie *Vejdeland i inni przeciwko Szwecji*⁴, Trybunał uznał, że wypowiedzi homofobiczne również powinny być traktowane jako mowa nienawiści.

Przepisy przedłożone do zmiany w niniejszym Projekcie dotyczą przestępstw motywowanych uprzedzeniami (art. 119 § 1 i częściowo art. 257), a także przestępstw dotyczących treści wypowiedzi publicznych (art. 256 § 1 i częściowo art. 257).

Uwagi ogólne na temat traktowania przestępstw motywowanych uprzedzeniami w prawie karnym

Przestępstwa motywowane uprzedzeniami różnią się od zwykłych przestępstw nie tylko ze względu na motywację sprawcy, ale także pod względem skutków dla ofiary, innych osób mających daną cechę, a także całej społeczności. Te rodzaje przestępstw niosą bardzo wyraźny sygnał, że ofiary są

³ Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich dotyczącej mowy nienawiści, nr R (97) 20.

⁴ ECtHR, *Vejdeland and others v Sweden* (ECtHR 2012).

niepożądane w społeczeństwie. Ofiary przestępstw motywowanych uprzedzeniami należą do grup, które w dyskursie publicznym, bądź np. w Internecie, są oczerniane, dyskredytowane i marginalizowane. Atak na tle uprzedzeń uderza w rdzeń tożsamości danej osoby – np. tzw. gwałt naprawczy na lesbijce lub transpłciowym mężczyźnie niesie za sobą informację, że orientacja seksualna (w przypadku pierwszym) bądź tożsamość płciowa (w przypadku drugim) są czymś gorszym i nie do zaakceptowania. Gwałt ten, będący specyficzną formą przemocy ze względu na płeć, jest próbą „wyleczenia” bądź „naprawienia” nieodpowiedniej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej ofiary.

Większość przestępstw niesie jakiegoś rodzaju negatywne skutki – psychiczne, emocjonalne czy fizyczne - dla osób pokrzywdzonych. Niemniej jednak, badania, prowadzone od wielu lat w Polsce oraz za granicą, wskazują jednoznacznie, że, przestępstwa motywowane uprzedzeniami „boli bardziej” niż podobne czyny, gdzie motywacji uprzedzeniowej brak.⁵ Między innymi, ofiary przestępstw motywowanych uprzedzeniami częściej cierpią na zespół stresu pourazowego, zmieniają swoje zachowania (np. w obawie przed kolejnym atakiem nie wychodzą z domu). W wyjątkowo tragicznych przypadkach, osoby narażone na długotrwałe prześladowania ze względu na swoją „odmienność” mogą podejmować działania samobójcze.⁶

Należy także zauważyć, że powyższe spostrzeżenia zostały wprost zawarte w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW. W motywie 57 Dyrektywy podkreślono, że „wśród ofiar (...) przestępstwa z nienawiści (...) występuje na ogół duża liczba przypadków wtórnej i ponownej wiktymizacji, zastraszania oraz odwetu” i związku z tym „należy szczególnie dokładnie ocenić, czy takie ofiary zagrożone są tego rodzaju wiktymizacją, zastraszaniem oraz odwetem, i należy założyć, że w przypadku tych ofiar szczególne środki ochrony będą przydatne”.

Przykładem na wyjątkowo negatywne skutki psychiczne prześladowania na tle homofobicznym jest sprawa śmierci Dominika Szymańskiego z Bieżunia, która obiegła Polskę w 2015 roku. 14-letni Dominik, uczeń gimnazjum, popełnił samobójstwo. W liście pożegnalnym do matki napisał „jestem zerem”. Według matki, Dominik był przez długi czas szykanowany, prześladowany i dręczony przez swoich rówieśników. Pretekstem do przemocy był styl ubierania się i dbałość o fryzurę. Dominik był

⁵ Paul Iganski, “Using the Law to Challenge Cultures of Hate | ESRC Centre for Corpus Approaches to Social Science (CASS),” accessed January 8, 2015, <http://cass.lancs.ac.uk/?p=1510>. Kompleksowe badania, których wyniki wskazują na wyjątkowo negatywne skutki przestępstw motywowanych uprzedzeniami, zostały przeprowadzone m.in. na Uniwersytecie w Leicester (Neil Chakraborti, Jon Garland, and Stevie-Jade Hardy, The Leicester Hate Crime Project. Findings and Conclusions (Leicester: University of Leicester, 2014), <http://www2.le.ac.uk/departments/criminology/research/current-projects/hate-crime/documents-and-images/findings-and-conclusions-full-report>). Wyniki badań polskich, w dużej mierze zbieżnych z wynikami badań brytyjskich, omówiono poniżej.

⁶ Ann P. Haas et al., “Suicide and Suicide Risk in Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Populations: Review and Recommendations,” *Journal of Homosexuality* 58, no. 1 (January 2011): 10–51, doi:10.1080/00918369.2011.534038; Gary Remafedi, James A. Farrow, and Robert W. Deisher, “Risk Factors for Attempted Suicide in Gay and Bisexual Youth,” *Pediatrics* 87, no. 6 (June 1, 1991): 869–75; S. T. Russell and K. Joyner, “Adolescent Sexual Orientation and Suicide Risk: Evidence from a National Study,” *American Journal of Public Health* 91, no. 8 (August 2001): 1276–81.

wyzywany od „pedziów”. O incydentach wiedzieli nauczyciele i nauczycielki. W sprawie śmierci Dominika postępowanie prowadzi Prokuratura Okręgowa w Płocku.⁷

Jednocześnie, ataki na tle uprzedzeń uderzają nie tylko w samą bezpośrednią ofiarę przemocy. Dla innych osób, które dzielą przesłankę, która stała się powodem ataku, atak jest sygnałem, że nie są one tolerowane w społeczeństwie, i że one mogą być następne.

Wyodrębnienie przestępstw motywowanych uprzedzeniami w prawie karnym oraz podwyższona sankcja karna wskazuje na brak akceptacji społecznej i zerowej tolerancji dla takich czynów, a surowsze kary przewidziane w przepisach lub orzecznictwo wskazują na ich szczególny charakter i wagę.⁸ W drugą zaś stronę – jeśli państwo rozpoznaje szczególny charakter przestępstw motywowanych rasizmem, ale nie uwzględnia innych grup szczególnie narażonych na przemoc motywowaną uprzedzeniami, np. kobiet, czy osób z niepełnosprawnością, daje tym samym sygnał, że przestępstwa motywowane uprzedzeniami na tym tle są mniej istotne, w mniejszym stopniu naruszają tkankę społeczną, niż przestępstwa rasistowskie.⁹ Przeciwno takiej sytuacji opowiedział się Europejski Trybunał Praw Człowieka we wspomnianej powyżej sprawie *Vejdeland i inni przeciwko Szwecji* (mowa nienawiści na tle orientacji seksualnej), wskazując, że „dyskryminacja oparta na orientacji seksualnej ma tę samą wagę jak dyskryminacja ze względu na rasę, pochodzenie, kolor skóry”.¹⁰

Skala przemocy motywowanej uprzedzeniami w Polsce

Przemoc motywowana uprzedzeniami wobec osób z niepełnosprawnością

Uprzedzenia wobec osób z niepełnosprawnością to przekonanie, że osoby nie w pełni sprawne fizycznie bądź umysłowo nie zasługują na takie samo traktowanie jak osoby w pełni sprawne. Osoby z niepełnosprawnościami doświadczają znaczących społecznych i fizycznych barier, uniemożliwiających pełny udział w życiu społecznym. Przestępstwa motywowane uprzedzeniami wobec tej grupy często charakteryzują się tym, że sprawcami są osoby znane ofierze. W porównaniu do przestępstw motywowanych uprzedzeniami na tle narodowości, pochodzenia etnicznego bądź wyznania, świadomość przestępstw na szkodę osób z niepełnosprawnością jest niska.¹¹

Tematyka przemocy wobec osób z niepełnosprawnością nie jest w Polsce badana ani monitorowana w sposób kompleksowy. MSWiA uwzględnia kategorię niepełnosprawności w statystykach dotyczących przestępstw motywowanych uprzedzeniami, jednak do 2016 roku żaden przypadek nie został zarejestrowany. Dla porównania, w Wielkiej Brytanii w 2014 roku zarejestrowano 2531 przypadków

⁷ Opis pochodzi z raportu Towarzystwa Edukacji Antydyskryminacyjnej (Magdalena Chustecka, Elżbieta Kielak, and Marta Rawłuszko, eds., *Edukacja Antydyskryminacyjna Ostatni Dzwonek! O Deficytach Systemu Edukacji Formalnej W Obszarze Przeciwdziałania Dyskryminacji I Przemocy Motywowanej Uprzedzeniami Raport Z Badań* (Warszawa: TEA, 2016), http://www.tea.org.pl/userfiles/raporty/tea_raport_www_final.pdf.)

⁸ ODIHR, *Hate Crime Laws: A Practical Guide* (Warsaw: ODIHR, 2009), <http://www.osce.org/odihr/36426?download=true>, s. 21–23 i 33–37.

⁹ Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law* (London: Harvard University Press, 1999).

¹⁰ ECtHR, *Vejdeland and others v Sweden* (ECtHR 2012); Ewa Siedlecka, „Homofobia Jest Jak Rasizm,” *Wyborcza.pl*, February 13, 2012, http://wyborcza.pl/1,76842,11131453,Homofobia_jest_jak_rasizm.html.

¹¹ ODIHR, *OSCE Annual Hate Crime Reporting* (Warsaw: ODIHR, 2015), www.hatecrime.osce.org.

przestępstw motywowanych uprzedzeniami na tle niepełnosprawności; w Finlandii 14; Niemczech 15; Włoszech 3; Hiszpanii 199; Stanach Zjednoczonych Ameryki 95.¹²

Dostępne w Polsce ankiety, w tym wyniki kolejnych badań przeprowadzanych na zlecenie Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej wskazują jednak, że osoby z różnego rodzaju niepełnosprawnością (fizyczną, umysłową) wyjątkowo często padają ofiarami przemocy.¹³ Na wysoki stopień wiktylizacji osób z niepełnosprawnością wskazują również badania Polskiego Stowarzyszenia na Rzecz Osób z Upośledzeniem Umysłowym¹⁴ (przemoc wobec osób z niepełnosprawnością umysłową) oraz badania Rzecznika Praw Obywatelskich¹⁵ (przemoc wobec kobiet, w tym kobiet starszych i kobiet z niepełnosprawnościami).

Z pilotażowego badania, przeprowadzonego w 2014 roku przez PSOUU w województwie mazowieckim wynika, że różnych form przemocy doświadcza aż 92 procent badanych.¹⁶ Spośród wszystkich, którzy doświadczyli przemocy, najliczniejszą grupę – 69,3 proc. – stanowią ofiary przemocy psychicznej (krzyki, wyzwiska, groźby typu „oddam cię do domu dziecka”, szantaż). Bycie ofiarami przemocy fizycznej deklarowało 60,2 proc. badanych (byli bici, popychani, kopani, wiązano im ręce, doświadczały też duszenia). Ponad połowa (52,3 proc.) doświadczyła tzw. naruszenia wolności osobistej (np. zamykania w pokoju wbrew własnej woli), 37,5 proc. przyznało, że doświadcza przemocy ekonomicznej (np. ich pieniądze lub należące do nich przedmioty są zabierane lub niszczone). Wysoka jest też skala przestępstw o charakterze seksualnym. Aktów przemocy na tle seksualnym doznało 28,4 proc. biorących udział w badaniu PSOUU (od zmuszania do oglądania materiałów o treści pornograficznej, przez dotykanie miejsc intymnych, aż po gwałt).

Badanie PSOUU pokazuje, że przemoc nie jest wydarzeniem jednorazowym, ale, w wielu przypadkach, codziennością. Np. jedna z badanych doznawała przemocy ze strony współpracowników: „Jak powiedziałam, że tego nie umiem, przez łeb mi dawali”. Ofiary były też często molestowane, np. poprzez zmuszanie do oglądania treści pornograficznych: „Tata mi takie gazety pokazywał, gdy miałam 9 lat”.

¹² Dane pochodzą z raportu Ibid. Liczba spraw zarejestrowanych w poszczególnych krajach nie świadczy o liczbie przypadków, a raczej o zdolności służb do wykrywania spraw.

¹³ Krzysztof Korzeniowski and Piotr Radkiewicz, “Przemoc W Rodzinie Wobec Osób Starszych I Niepełnosprawnych Raport Z Badania Ogólnopolskiego 2015 R. Oraz Badania Porównawczego Z Lat 2009-2015” (Polska Akademia Nauk Instytut Psychologii, 2015), https://www.mpips.gov.pl/gfx/mpips/userfiles/_public/1_NOWA%20STRONA/Przemoc%20w%20rodzinie/Przemoc%20w%20rodzinie%20nowe/2015/Przemoc_wobec_starszych__2015.pdf.

¹⁴ Projekt “Przemoc wobec osób z niepełnosprawnością intelektualną. Badanie pilotażowe” współfinansowany ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, <http://www.psouu.org.pl/stop-przemocy-informacje>. Dane statystyczne pochodzą z artykułu opisującego wyniki projektu Tata bił mnie żelazkiem gorącym, (Agnieszka Fiedorowicz, http://niepelnosprawni.pl/ledge/x/238936;jsessionid=2E87527D23D9C3CCB2118E88E95E1D8D?action=table.ToggleExpandedAll&ci=document_add_comment&tableId=21389, dostęp 2016-05-20).

¹⁵ Stanisław Trociuk, ed., Przeciwdziałanie Przemocy Wobec Kobiet, W Tym Kobiet Starszych I Kobiet Z Niepełnosprawnościami (Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, 2013), <https://rpo.gov.pl/pl/content/przeciwdzia%C5%82anie-przemocy-wobec-kobiet-w-tym-kobiet-starszych-i-kobiet-z>.

¹⁶ Projekt “Przemoc wobec osób z niepełnosprawnością intelektualną. Badanie pilotażowe” współfinansowany ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, <http://www.psouu.org.pl/stop-przemocy-informacje>. Dane statystyczne pochodzą z artykułu opisującego wyniki projektu Tata bił mnie żelazkiem gorącym, (Agnieszka Fiedorowicz, http://niepelnosprawni.pl/ledge/x/238936;jsessionid=2E87527D23D9C3CCB2118E88E95E1D8D?action=table.ToggleExpandedAll&ci=document_add_comment&tableId=21389, dostęp 2016-05-20).

Jak wynika z badań PSOUU, akty przemocy fizycznej i seksualnej potęguje stosowana równocześnie przemoc psychiczna i ekonomiczna. Ofiary, które chcą się poskarżyć, są często zastraszane, szantażowane. Jednocześnie, ze względu na zależność ekonomiczną od najbliższych, jak też ograniczoną możliwość uczestnictwa w życiu społecznym, nie mają jak uwolnić się od przemocy.

Inną metodologię przyjął zespół Instytutu Psychologii Polskiej Akademii Nauk w badaniach przeprowadzonym na zamówienie MPiPS w 2009 i 2015 roku.¹⁷ Ankietowani byli pytani, czy znają przypadki przemocy wobec osób niepełnosprawnych w swojej własnej rodzinie i poza nią. Raporty wskazują, że, w opinii społecznej, przemoc w rodzinie wobec osób niepełnosprawnych jest często obserwowalna. W 2015 roku, stosowanie przynajmniej jednej formy przemocy wobec osób niepełnosprawnych poza własną rodziną relacjonowało 43,3 proc. respondentów, zaś we własnej rodzinie – 21 proc. Prawie jedna trzecia respondentów twierdziła, że w ciągu ostatnich lat znane są im przypadki przemocy fizycznej (29,3 proc.), ekonomicznej (28,9 proc.) i psychicznej (28,5 proc.) wobec osób z niepełnosprawnością poza ich rodziną, a średnio 12,8 proc. dostrzegało przypadki przemocy fizycznej (12,1 proc.), ekonomicznej (13,1 proc.) i psychicznej (12,3 proc.) we własnej rodzinie wobec tych osób. Nieco odmiennie rzecz się miała z przemocą seksualną. Jej istnienie wobec osób niepełnosprawnych obserwowało 18,2 proc. poza rodziną i 8,2 proc. – w rodzinie.

Formami przemocy relacjonowanymi przez największą liczbę respondentów poza rodziną **były** „izolowanie i zamykanie” (w ostatnich latach – 32,6 proc., w ostatnim roku – 24,6), „zabieranie pieniędzy” (32,4 i 25 proc.) i „wytykanie starości i niepełnosprawności” (33,3 i 24,9 proc.). Natomiast w rodzinie w ciągu ostatnich kilku lat przez najwięcej respondentów obserwowane były: „izolowanie i zamykanie” (13,4 proc.), „zmuszanie do prac domowych” oraz „stosowanie gróźb, pogroźek lub szantażu” (13,8 proc.) oraz „ośmieszanie, wyzywanie” (13,8 proc.); natomiast w ciągu ostatniego roku: „szarpanie, popychanie, poszturchywanie” (11,8 proc.), „zabieranie pieniędzy” (12,7 proc.) oraz „ośmieszanie, wyzywanie” (12,7 proc.).¹⁸

Przemoc motywowana uprzedzeniami na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej

W Polsce badanie nt. przemocy motywowanej uprzedzeniami ze względu na orientację seksualną¹⁹ i tożsamość płciową,²⁰ bądź przemocy motywowanej homofobią²¹ prowadzone są jedynie przez

¹⁷ Korzeniowski and Radkiewicz, „Przemoc W Rodzinie Wobec Osób Starszych I Niepełnosprawnych Raport Z Badania Ogólnopolskiego 2015 R. Oraz Badania Porównawczego Z Lat 2009-2015.”

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Orientacja seksualna to zdolność do rozwinięcia głębokiego uczuciowego, emocjonalnego i seksualnego pociągu oraz intymnych i seksualnych związków z osobami innej płci lub tej samej płci lub różnych płci. Definicja pochodzi z Zasad Yogyakarty dotyczących stosowania międzynarodowego prawa w zakresie praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, dostępne pod adresem: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm.

²⁰ Tożsamość płciowa to utrwalone, intensywnie odczuwane doświadczanie i przeżywanie własnej płciowości, która odpowiada lub nie płci metrykalnej. (Definicja przyjęta w projekcie ustawy o uzgodnieniu płci, druk sejmowy 1469. Zob. również: Zasady Yogyakarty dotyczące stosowania międzynarodowego prawa w zakresie praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, dostępne pod adresem: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm.) Tożsamość płciowa nie jest tożsama z orientacją seksualną, a osoby transpłciowe mogą identyfikować się jako osoby heteroseksualne, biseksualne lub homoseksualne. Kwestie dotyczące osób transpłciowych powinno się zatem traktować jak kwestie dotyczące płci, a nie orientacji seksualnej. Termin tożsamość płciowa, w przeciwieństwie do orientacji seksualnej, nie występuje obecnie w polskim ustawodawstwie. Pojawia się ona jednak w rekomendacjach i rezolucjach Komitetu Ministrów i Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, Rady Praw Człowieka ONZ i Parlamentu

organizacje pozarządowe. Dostępne badania wskazują na wysoki stopień wiktymizacji osób LGBT (lesbijek, gejów, osób biseksualnych i osób transpłciowych). MSWiA uwzględnia kategorie orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w statystykach dotyczących przestępstw motywowanych uprzedzeniami, jednak liczba zarejestrowanych spraw jest znikoma (w 2014 – siedem przypadków).

Skala zjawiska

Badanie przeprowadzone przez Centrum Badań nad Uprzedzeniami Uniwersytetu Warszawskiego w 2015 roku pokazuje, że skala przestępstw wobec osób LGBT była ponad dwa razy wyższa niż wobec ogólnej populacji (odpowiednio 6% i 13,5%).

Skala przestępstw wobec ogólnej populacji była zbadana w ramach zrealizowanych w 2012 roku reprezentatywnych badaniach polskiej edycji World Values Survey. Osoby badane zapytano - czy w ciągu minionych 12 miesięcy doświadczyły jakiegokolwiek przestępstwa. Identyczne pytanie zostało zadane we wspomnianym wyżej badaniu CBU. Kiedy kontrolowano zmienne socjodemograficzne, cztery z sześciu wyróżnionych grup osób LGBTQI (wszystkie oprócz biseksualnych kobiet i lesbijek) były bardziej narażone na doświadczenie przestępstwa niż Polacy w ogóle. Najsilniejsza różnica wystąpiła dla osób transpłciowych, z których ponad ¼ (26,5%) doświadczyła przestępstwa w ciągu ostatnich 12 miesięcy. Warto przy tym zaznaczyć, że w obu badaniach pytano o doświadczenia przestępstwa niezależnie od motywacji sprawców. Jeśli natomiast chodzi o skalę przestępstw motywowanych uprzedzeniami wobec osób LGBT wg to w ciągu minionych pięciu lat blisko 1/3 (29,3%) uczestników badania CBU doświadczyła przemocy fizycznej i/lub psychicznej.

W badaniu Kampanii Przeciw Homofobii z 2011 roku,²² ponad połowa (54,4%) osób badanych doświadczyła incydentów przemocowych na tle orientacji seksualnej więcej niż raz. Z przemocą werbalną opisaną w ankiecie jako zaczepki słowne, ubliżanie obrażanie, poniżanie spotkało się 92,9% całości badanej grupy. Co czwarta osoba (25,10%), spotkała się z przemocą fizyczną zdefiniowaną w ankiecie jako potracanie, szarpanie, uderzanie, kopanie. 19,4% respondentów zaznaczyło, że spotkało się z przemocą opisaną w ankiecie jako groźby, szantaż zastosowania przemocy fizycznej. 17,7% ankietowanych doświadczyło pobicia motywowanego homofobią.

Europejskiego (M.in. Rekomendacja CM/Rec(2010)5 Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 31 marca 2010 r. w sprawie środków zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową; Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 1728(2010) z dnia 29 kwietnia 2010 r. w sprawie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową; Rezolucja 2048(2015) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 22 kwietnia 2015 r. w sprawie dyskryminacji osób transpłciowych w Europie; Rezolucja Rady Praw Człowieka ONZ z dnia 26 września 2014 r. w sprawie praw człowieka, orientacji seksualnych i tożsamości płciowej, A/HRC/RES/27/32; Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie unijnego planu przeciwdziałania homofobii i dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową (2013/2183(INI))).

²¹ Homofobia, zgodnie z definicją przyjętą przez Parlament Europejski, to irracjonalny lęk i awersja wobec homoseksualności oraz lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, oparte na uprzedzeniach, które przejawiają się w sferze prywatnej i publicznej pod różnymi postaciami, takimi jak mowa nienawiści i nawoływanie do dyskryminacji, przemoc psychiczna i fizyczna, prześladowania i zabójstwa, dyskryminacja i nieuzasadnione ograniczanie praw (tak np. rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 24 maja 2012 r. w sprawie zwalczania homofobii w Europie, 2012/2657,RSP).

²² Jan Świerszcz, "Przemoc motywowana homofobią – badanie i wyniki [Violence motivated by homophobia - research and results]," in Przemoc motywowana homofobią. Raport 2011 [Violence motivated by homophobia. Report 2011], ed. Mirosława Makuchowska (Warsaw: Kampania Przeciwko Homofobii, 2011), 56–87, http://www.kph.org.pl/publikacje/raport_przemoc.pdf.

W badaniu KPH z 2007 roku²³ 18% respondentów LGB zgłosiło doświadczenie przemocy fizycznej ze względu na swoją orientację seksualną w ciągu ostatnich dwóch lat – z tych osób 42% zgłosiło zajście trzech lub więcej przypadków.

Wysoką skalę przemocy wobec osób LGBT potwierdzają również badania zagraniczne. W badaniu brytyjskim jedna trzecia badanych lesbijek i jedna czwarta badanych gejów zgłosiła doświadczenie przestępstwa z nienawiści lub aktu nienawiści w ciągu trzech lat poprzedzających badanie.²⁴ W badaniu duńskim²⁵ przeprowadzonym za pośrednictwem Internetu, 12% respondentów LGB zgłosiło doświadczenie napaści fizycznych ze względu na ich orientację seksualną lub tożsamość płciową przynajmniej raz, a 39% zgłosiło doświadczenie przynajmniej raz napaści słownej. We włoskim badaniu z Turynu²⁶ 51% respondentów płci męskiej i 33% płci żeńskiej zgłosiło doświadczenie przemocy na tle homofobicznym. W badaniu przeprowadzonym w Słowenii 53% badanych lesbijek i gejów zgłosiło doświadczenie przemocy ze względu na swoją orientację seksualną.²⁷

Charakter napaści

Niezwykle ważnym ustaleniem badań przeprowadzonych przez KPH w 2007 i 2011 roku 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. 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 mające cechy przestępstwa motywowanego uprzedzeniami - ofiary nie były „przypadkowo” wybrane, powtarzalność zdarzeń jednoznacznie świadczy o tym, że celem była konkretna (a nie dowolna) osoba.

Wyniki te potwierdzają wyniki innych badań. Badania i ankiety z Polski,²⁸ Belgii,²⁹ Szwecji,³⁰ Niemiec,³¹ Holandii,³² Wielkiej Brytanii,³³ Słowenii³⁴ i innych państw członkowskich UE ujawniły, że

²³ M. Abramowicz (red.) (2007) Sytuacja społeczna osób biseksualnych i homoseksualnych w Polsce, Kampania Przeciw Homofobii i Lambda Warszawa.

²⁴ Próba 1 721 dorosłych lesbijek, gejów i osób biseksualnych z Wielkiej Brytanii udzieliła w 2008 r. odpowiedzi w wywiadzie online skierowanym do uczestników panelu YouGov składającego się z 185 000 osób. Zob.: Stephen Dick, Homophobic Hate Crime. The Gay British Crime Survey 2008 (London: Stonewall UK, 2008).

²⁵ Ankieta internetowa, w której uczestniczyło 9 473 respondentów, przeprowadzona przez internetowy portal LGBT boyfriend.dk we współpracy z Danish Broadcasting Corporation (2007). Cyt. za: FRA, „Homofobia i dyskryminacja z powodu orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w państwach członkowskich UE Część II Sytuacja społeczna” (FRA, 2009), https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-hdgso-report-part2_pl.pdf.

²⁶ Próba 514 respondentów, C. Saraceno (red.) (2003) *Diversi da chi? Gay, lesbiche, transsessuali in un'area metropolitana*, Milan: Guerini.

²⁷ A. Švab, R. Kuhar (2005) *The Unbearable Comfort of Privacy: Everyday Life of Gays and Lesbians*, Politike: Ljubljana, tekst dostępny pod adresem: http://www2.mirovni-institut.si/eng_html/publications/pdf/MI_gay_eng.pdf.

²⁸ Świerszcz, „Przemoc motywowana homofobią – badanie i wyniki [Violence motivated by homophobia - research and results].” oraz M. Abramowicz (red.) (2007) Sytuacja społeczna osób biseksualnych i homoseksualnych w Polsce, Kampania Przeciw Homofobii i Lambda Warszawa.

²⁹ M. Poelman & D. Smits (2007) *Agressie tegen holebi's in Brussel-Stad*, Antwerp: Apeldoorn.

w większości przypadków najbardziej powszechnym doświadczeniem jest agresja słowna; napaści zazwyczaj mają miejsce w miejscach publicznych; lesbijki i kobiety biseksualne częściej niż geje i mężczyźni biseksualni doświadczają napaści w miejscach prywatnych; częściej również doświadczają napaści seksualnych lub gróźb dotyczących takich napaści.

Przemoc motywowana uprzedzeniami na tle płci

Dostępne w Polsce statystyki i badania odnoszące się do przemocy ze względu na płeć uwzględniają przede wszystkim zjawisko przemocy w rodzinie. Statystyki dostępne na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości obejmują dane liczbowe przestępstw popełnionych wobec członków rodziny, przestępstw o charakterze seksualnym i orzecznictwa sądów w sprawach dotyczących przemocy w rodzinie.³⁵ Statystyki policyjne dotyczące przemocy w rodzinie obejmują liczbę wypełnionych formularzy „Niebieska karta” w podziale na płeć ofiar i sprawców przemocy oraz uwzględniają osoby małoletnie (bez podziału na płeć).³⁶ Badania dotyczące przemocy w rodzinie co roku zleca Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej.³⁷ Badania te zaczynają nabierać cech regularności. Uwzględniają one przemoc fizyczną, psychiczną, seksualną i ekonomiczną. Badanie dotyczące przeciwdziałania przemocy wobec kobiet, w tym kobiet starszych i kobiet z niepełnosprawnościami, przeprowadził RPO.³⁸ Dane nt. przemocy wobec kobiet znaleźć można również w raporcie przygotowanym na zlecenie PARPA.³⁹ Badania prowadzą również organizacje pozarządowe,⁴⁰ a także Policja.⁴¹

Statystyki i badania dotyczące problemu przemocy w rodzinie nie uwzględniają specyficznego problemu przemocy ze względu na płeć, na którą kobiety narażone są poza rodziną.

³⁰ E. Tiby (1999) *Hatbrott? Homosexuella kvinnor och mäns berättelser om utsatthet för brott*, Stockholms universitet: Kriminologiska institutionen.

³¹ MANEO - Das schwule Anti-Gewalt-Projekt in Berlin (2007)[MANEO – berliński projekt przeciw przemocy wobec gejów], tekst dostępny pod adresem: <http://www.maneo.de/highres/index.html> (14.7.2008).

³² L.Buijs, J.W.Duyvendak, G.Hekma (2008) *Als ze maar van me afblijven*. Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, Amsterdam School for Social Science Research.

³³ S. Dick (2008) *Homophobic hate crime - The Gay British Crime Survey 2008*, Stonewall.

³⁴ A. Švab, R. Kuhar (2005) *The Unbearable Comfort of Privacy: Everyday Life of Gays and Lesbians*, Politike: Ljubljana, tekst dostępny pod adresem: http://www2.mirovniinstitut.si/eng_html/publications/pdf/MI_gay_eng.pdf (14.7.2008).

³⁵ Statystyki dostępne na stronie <http://ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/przeciwdzialanie-przemocy-w-rodzinie/przemoc-w-rodzinie--diagnoza-zjawiska-i-reakcja-organow-wymiaru-sprawiedliwosci/statystyki/> oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Ministerstwa Sprawiedliwości.

³⁶ Dostępna na stronie http://statystyka.policja.pl/portal/st/944/50863/Przemoc_w_rodzinie.html.

³⁷ Wszystkie cytowane niżej badania realizowane na zamówienie Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej dostępne na stronie internetowej <http://www.mpips.gov.pl/przemoc-w-rodzinie/diagnoza-zjawiska-przemocy-w-rodzinie-w-polsce/>.

³⁸ Trociuk, *Przeciwdziałanie Przemocy Wobec Kobiet, W Tym Kobiet Starszych I Kobiet Z Niepełnosprawnościami*.

³⁹ Lokalny system przeciwdziałania przemocy w percepcji osób pracujących w grupach roboczych. Kompetencje, postawy, opinie badanych dotyczące funkcjonowania systemu oraz skuteczności działań służących ofiarom przemocy – opracowanie własne Katarzyny Łukowskiej przy współpracy statystycznej z dr Sylwią Bedyńską, raport z badania przygotowanego przez MiraBO na zlecenie PARPA.

⁴⁰ Np. *Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, raport Fundacji Feminoteka pod red. Joanny Piotrowskiej i Aliny Synakiewicz, Warszawa 2011.

⁴¹ *Postawy, stereotypy, wiedza i doświadczenie policjantów dzielnicowych na temat ofiar przemocy domowej na podstawie badań własnych*, opracowanie: nadkom. Katarzyna Bodzioch, kom. Danuta Poważa, badania przeprowadzono na próbie 265 osób – słuchaczy kursów doskonalących i specjalistycznych dla dzielnicowych w Szkole Policji w Katowicach. Wydawnictwo Szkoły Policji w Katowicach 2010.

Dotyczy to, m.in, sytuacji osób zaangażowanych w działalność na rzecz praw kobiet. Rzeczywista skala przemocy motywowanej uprzedzeniami na tle płci jest zatem nieznana.⁴²

Jak wynika z licznych badań opinii społecznej i osób zawodowo zajmujących się przeciwdziałaniem przemocy, kobiety znacznie częściej niż mężczyźni doświadczają wszystkich form przemocy w rodzinie. Przykładowo, w 2010 r., w ogólnopolskim badaniu na temat zjawiska przemocy w rodzinie, wśród ogółu ofiar przemocy znanych respondentom 61% stanowiły kobiety, przy czym stanowiły one 90% ofiar przemocy seksualnej, 63% ofiar przemocy fizycznej, 64% ofiar przemocy psychicznej i 70% ofiar przemocy ekonomicznej.⁴³ Również profesjonalści – osoby pierwszego kontaktu z przypadkami przemocy w rodzinie – wskazują, że ofiarami przemocy w rodzinie są prawie wyłącznie kobiety – od 68% do 99% respondentów w zależności od grupy zawodowej i formy przemocy.⁴⁴

Szczególną grupą kobiet narażoną na wieloaspektową dyskryminację są niepełnosprawne kobiety i dziewczęta. W życiu kobiet z niepełnosprawnościami przemoc jest nie tylko częstym zjawiskiem, lecz nierzadko bywa wręcz przyczyną ich niepełnosprawności. Blisko 80% kobiet z niepełnosprawnościami pada ofiarą przemocy psychicznej i fizycznej. Ponadto kobiety z niepełnosprawnościami są bardziej narażone na przemoc seksualną niż pozostałe kobiety.⁴⁵

Przemoc motywowana uprzedzeniami wobec osób starszych

Przemoc wobec osób starszych można zdefiniować jako pojedyncze bądź powtarzające się działanie, lub brak odpowiedniego działania, występujące w jakiegokolwiek relacji, w której oczekuje się zaufania, a która powoduje krzywdę bądź cierpienie osoby starszej. Może ona przybierać różne formy: przemocy fizycznej, psychicznej, seksualnej, finansowej, a także formę intencjonalnego lub nieintencjonalnego zaniedbania.⁴⁶

⁴² Ważne, by podkreślić, że nie każdy rodzaj przemocy, której ofiarami padają kobiety, jest przemocą motywowaną uprzedzeniami. Jednocześnie, niektóre rodzaje przestępstw (np. gwałt) najczęściej są popełniane na szkodę kobiet. Niemniej jednak, istnieje grupa przestępstw, które można wyróżnić jako motywowane uprzedzeniami na tle płci – mogą to być np. groźby kierowane w stosunku do osób zaangażowanych w działalność na rzecz praw kobiet, czy też ataki fizyczne na działaczy bądź zniszczenie mienia (np. ataki na siedziby). W kontekście przesłanki płci mamy również do czynienia z sytuacją, gdzie występuje nawoływanie do nienawiści wobec kobiet. Może się ono jednak pojawiać w kontekście np., marszów w obronie praw reprodukcyjnych bądź innej działalności publicznej podejmowanej przez organizacje kobiece. Również przemoc wobec osób transpłciowych jest specyficzną formą przemocy na tle płci. Obecny Kodeks karny nie przewiduje jednak możliwości podwyższenia wymiaru kary w wypadku, gdy atak motywowany jest uprzedzeniami na tle płci. Nie ma więc możliwości wskazania szczególnie negatywnych skutków przemocy na tle płci, i odróżnienia takich ataków od ataków niemających charakteru uprzedzeniowego.

⁴³ Diagnoza zjawiska przemocy w rodzinie w Polsce wobec kobiet i wobec mężczyzn. Część I – raport z badań ogólnopolskich. Wyniki badań na reprezentatywnej próbie 3000 kobiet i mężczyzn w wieku 18 lat i więcej, TNS OBOP dla Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, listopad 2010, s. 10.

⁴⁴ Diagnoza zjawiska przemocy w rodzinie w Polsce wobec kobiet i wobec mężczyzn. Część II – raport z badania profesjonalistów. Wyniki badań na ogólnopolskiej, celowej próbie 500 profesjonalistów – osób pierwszego kontaktu z przypadkami przemocy w rodzinie, TNS OBOP dla Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, listopad 2010, s. 8.

⁴⁵ Trociuk, Przeciwdziałanie Przemocy Wobec Kobiet, W Tym Kobiet Starszych I Kobiet Z Niepełnosprawnościami.

⁴⁶ Adrianna Staręga, Przemoc wobec osób starszych, Niebieska linia, nr 5/20003. Definicja podana za The Toronto Declaration on the Prevention of Elder Abuse, http://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/alc_toronto_declaration_en.pdf.

Zapobieganie przemocy wobec osób starszych jest bardzo istotnym zagadnieniem w starzejącym się społeczeństwie, choć dopiero w ostatnich latach zjawisko to zaczęło być postrzegane jako ogólnoswiatowy problem. W kwietniu 2002 r. w Madrycie wszystkie państwa członkowskie ONZ przyjęły międzynarodowy plan działań (*United Nation International Plan of Action*), w którym podkreśla się wagę zapobiegania problemowi przemocy wobec osób starszych i wskazuje, że ochrona osób starszych przed przemocą należy do uniwersalnych praw człowieka.⁴⁷

Tematyka przestępstw motywowanych uprzedzeniami ze względu na wiek nie jest w Polsce badana ani monitorowana w sposób kompleksowy. MSWiA uwzględnia kategorię wieku w statystykach dotyczących przestępstw motywowanych uprzedzeniami, jednak do 2015 roku żaden przypadek nie został zarejestrowany. Dostępne w Polsce statystyki i badania odnoszące się do przemocy ze względu na wiek uwzględniają przede wszystkim zjawisko przemocy w rodzinie. Badania na ten temat co roku zleca Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej.⁴⁸ W tym kontekście, szczególnie ważne jest najnowsze badanie przeprowadzone na zlecenie MPiPS przez Instytut Psychologii PAN.⁴⁹ Badania na temat przemocy wobec kobiet starszych i kobiet z niepełnosprawnością przeprowadził również RPO.⁵⁰

Jak podaje raport z badań Instytutu Psychologii PAN z 2015 roku, w opinii znacznej liczby respondentów dały się zaobserwować przypadki stosowania przemocy w rodzinie wobec osób starszych. Poza własną rodziną w ciągu ostatnich kilku lat przypadki takie (wyłączywszy przemoc seksualną) obserwowało średnio 43,2 procent. Wśród form przemocy fizycznej najczęściej wskazywane było izolowanie osób starszych (42,2 proc. respondentów), wśród form przemocy ekonomicznej – zabieranie i wykorzystywanie ich pieniędzy (48,4 proc.), zaś wśród form przemocy psychicznej – wytykanie niepełnosprawności fizycznej lub psychicznej (47,9 proc.). Ze stosowaniem przemocy seksualnej wobec osób starszych zetknęło się 17 proc. respondentów.⁵¹

Stosowanie przynajmniej jednej formy przemocy (przemocy fizycznej lub ekonomicznej lub psychicznej lub seksualnej) wobec osób starszych poza własną rodziną relacjonowało 59,7 proc. respondentów, zaś we własnej rodzinie – 30,1 proc. Średnio 42,7 proc. respondentów twierdziło, że w ciągu ostatnich lat znane są im przypadki przemocy fizycznej (38,4 proc.), ekonomicznej (44,9 proc.) i psychicznej (44,7 proc.) poza ich rodziną wobec osób starszych, a średnio 17,3 proc. dostrzegало przypadki przemocy fizycznej (15,4 proc.), ekonomicznej (18,5 proc.) i psychicznej (17,5) we własnej rodzinie. Istnienie przemocy seksualnej wobec osób starszych poza rodziną relacjonowało blisko 17 proc., a w rodzinie – 8,4 proc. respondentów.⁵²

Rozdział 4: Dostępna ochrona przed przestępstwami z nienawiści

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Wszystkie cytowane niżej badania realizowane na zamówienie Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej dostępne na stronie internetowej <http://www.mpips.gov.pl/przemoc-w-rodzinie/diagnoza-zjawiska-przemocy-w-rodzinie-w-polsce/>.

⁴⁹ Korzeniowski and Radkiewicz, "Przemoc W Rodzinie Wobec Osób Starszych I Niepełnosprawnych Raport Z Badania Ogólnopolskiego 2015 R. Oraz Badania Porównawczego Z Lat 2009-2015."

⁵⁰ Trociuk, *Przeciwdziałanie Przemocy Wobec Kobiet, W Tym Kobiet Starszych I Kobiet Z Niepełnosprawnościami*.

⁵¹ Korzeniowski and Radkiewicz, "Przemoc W Rodzinie Wobec Osób Starszych I Niepełnosprawnych Raport Z Badania Ogólnopolskiego 2015 R. Oraz Badania Porównawczego Z Lat 2009-2015."

⁵² Ibid.

Kodeks karny nie przewiduje *sui generis* przestępstw z nienawiści ukierunkowanych na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność 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 właściwości pomówionego były negatywne z punktu widzenia opinii publicznej (ochrona *czci zewnętrznej* pomówionego).

Choć świadomość społeczna jest w tym zakresie niezwykle niska, to orientacja seksualna jest cechą obiektywną, niezależną od woli i wysiłków jakiejkolwiek osoby, nie może też –podobnie jak np. kolor skóry - stanowić kryterium postrzegania ani oceny tej osoby. 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. przypisanie osobom homoseksualnym skłonności pedofilskich, zoofilskich lub nekrofilskich.

Przepisy art. 216 kk (zniewaga) mają na celu ochronę *czci wewnętrznej* każdego człowieka, zatem ochronę przed obrazą, 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. Nie jest więc możliwe by w takim przypadku możliwe byłoby ściganie autora tego typu wypowiedzi.

Odmienne 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, postępowanie może zostać także wszczęte na podstawie informacji własnych Policji),
- 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 konieczność poniesienia kosztów postępowania. Jeśli osoba pokrzywdzona występującą 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.

Dla porządku należy przypomnieć, że w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego rola Policji ogranicza się do przyjęcia skargi i ewentualnego zabezpieczenia dowodów (art. 488 § 2 kpk). W wyjątkowych przypadkach, prokurator może wszcząć 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 homofobicznego naruszenia nietykalności posła Roberta Biedronia. Ostatecznie, prokuratura nie dopatrzyła się interesu społecznego w objęciu ściganiem publicznoskargowym, a postępowanie zostało umorzone (por. postanowienie Prokuratury Rejonowej Warszawa Ochota w Warszawie z dnia 10 września 2014, 4 Ds. 220/14/IV).

Nie bez znaczenia pozostają argumenty natury systemowej – w doktrynie podkreśla się, że przestępstwa objęte ściganiem z oskarżenia prywatnego charakteryzują się bezpośrednim naruszeniem jedynie interesu indywidualnego, a nie zbiorowego. Tymczasem, jak wcześniej wskazano, istota przestępstwa z nienawiści jest komunikat wysłany przez sprawcę w kierunku całej grupy społecznej.

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.

Należy także zauważyć, że oskarżanie w sprawach o przestępstwa z nienawiści wymaga szczególnych kompetencji. Z tego powodu wybrani funkcjonariusze Policji oraz prokuratorzy biorą udział w licznych specjalistycznych szkoleniach, w tym w szczególności szkoleniach organizowanych w ramach programów Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie. Należy zatem stwierdzić, że jeżeli nawet funkcjonariusz Policji lub prokurator wymaga dodatkowych szkoleń, żeby skutecznie wykonywać swoje obowiązki w zakresie zwalczania przestępstw z nienawiści to nie sposób wymagać takich kwalifikacji od obywatela nawet jeżeli będzie działał z pełnomocnictwem przyznanym z urzędu.

Nawoływanie do nienawiści, rozumiane jest jako *wypowiedzi, które wzbudzają uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób lub całych grup społecznych* (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 05 lutego 2007 roku w sprawie sygn.akt IV KK 406/06), a zatem wypowiedzi, które *per se* 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 *a maiore ad minus* – 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.

Podkreślenia wymaga, że nawoływanie do nienawiści odnosi się jedynie do najbardziej jaskrawych przejawów mowy nienawiści, która powinna być co do zasady zwalczana środkami pozakarnymi. Widać to szczególnie dobrze w ww. postanowieniu Sądu Najwyższego, w którym sąd nie dopatrzył się nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych w transparencie z napisem: „Wyzwolimy Polskę od euro – zdrajców, Żydów, masonów i rządowej mafii”.

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 gróźb (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 społeczności czy grupy społeczne wyodrębnione za pomocą danego kryterium (wiek, płeć, niepełnosprawność, 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.

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 karami 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 odpowiednio z art. 126a i 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.

Należy jednak podkreślić, że ochrona z art. 255 k.k. przed wypowiedziami kierowanymi przeciwko całym grupom wyróżnionym ze względu na orientację seksualną jest iluzoryczna. Najbardziej jaskrawym tego przykładem była decyzja prokuratury o odmowie wszczęcia dochodzenia z art. 255 k.k. w sprawie piosenki „Cwele”, autorstwa rapera Kiszło Boruta. W piosence tej rapuje, on: „To nie uprzedzenie, tylko czysta nienawiść. Nie używam słowa leczyc, preferuję k...y zabić”, podnosi

konieczność kastracji gejów oraz podkreśla brak prawa do życia osób homoseksualnych. Prokuratura nie dopatrzyła się znamion czynu zabronionego (por. postanowienie Prokuratury Rejonowej w Zabrzu z dnia 29 maja 2015 r. Ds. 509/15).

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, niepełnosprawności, 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 zniesławiającego zarzutu pod adresem większej liczby zbiorowo określonych osób, czyli takzwanego kolektywnego znieważenia, osoba wchodząca w skład danej zbiorowości może domagać się ochrony swoich dóbr osobistych tylko wtedy, gdy jest możliwe stanowcze ustalenie, że zniesławiająca 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 doszło 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 niedającej się bliżej określić liczbie osób*), jest – w najlepszym razie – dostępna w ograniczonym stopniu i tylko w przypadkach, gdy zjawisko przestępstw z nienawiści 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 pozwy o ochronę dóbr osobistych. Należy także zauważyć, że takie rozwiązanie jest nie do pogodzenia z pozytywnymi obowiązkami państwa do badania dyskryminacyjnej motywacji sprawców przestępstw, które wynikają z przedstawionego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Rozdział 5: Związek underreportingu z brakami na poziomie przepisów w Kodeksie karnym, mechanizm błędnego koła

Brak przepisów – brak zgłoszeń – problem narasta

Z badań przeprowadzanych od lat przez organizacje pozarządowe w Polsce i innych krajach europejskich wynika, że niewielka część przypadków przestępstw z nienawiści zostaje zgłoszona na Policję lub innym władzom publicznym. Np. w badaniu z 2011 roku, tylko w 9,7% przypadków osoby

poszkodowane zgłaszały na Policję sytuacje przemocowe, których doświadczyły.⁵³ W badaniu z 2007 roku, 85,1% przypadków nie zostało zgłoszonych na Policję.⁵⁴

Efektom badań jest lista najczęściej powtarzających się przyczyn, dla których osoby pokrzywdzone nie decydują się złożyć zawiadomienia na Policję. 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.

Szczegółowo, zgodnie z badaniami, brak zgłoszeń powodują, m.in.:

- obawa przed wtórną wiktyimizacją bądź odwetem ze strony sprawców;
- poczucie wstydu i upokorzenia spowodowanego byciem ofiarą przestępstwa;
- niepewność co do tego, gdzie i jak zgłosić, a także w jaki sposób zgłoszenie może pomóc;
- brak wiary, że Policja będzie w stanie pomóc (chęć, ale brak możliwości działania ze strony Policji);
- obawa, że Policja zbagatelizuje sprawę;
- obawa przed publicznym ujawnieniem swojej orientacji seksualnej (osoby LGB);
- nieuznawanie zdarzenia za przestępstwo przez ofiarę (szczególnie w kontekście grup, które nie są ujęte w katalogu w kodeksie karnym);
- normalizacja przestępstw (gdy się powtarzają);
- umniejszanie wagi przestępstwa (gdy, np., nie doszło do przemocy fizycznej).

Jedną z przyczyn niskiej zgłaszalności przestępstw motywowanych uprzedzeniami może być brak uznania poszczególnych cech – np. orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej – za przesłanki chronione. Dla przykładu, w 2014 r., Polska zgłosiła do Biura Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE 778 przypadków przestępstw motywowanych uprzedzeniami. Liczba ta dotyczy grup uwzględnionych w art. 119 i 257 Kodeksu karnego, a więc głównie osób atakowanych ze względu na pochodzenie narodowe bądź etniczne lub religię. Jednocześnie, przestępstw na tle orientacji seksualnej bądź tożsamości płciowej (czyli przesłanek nieuwzględnionych w Kodeksie karnym) zarejestrowano jedynie 7. Nie zarejestrowano też żadnego przestępstwa na tle niepełnosprawności czy wieku.⁵⁵ Jak widać, oficjalne dane statystyczne dostępne w Polsce są niewystarczające.

⁵³ Świerszcz, “Przemoc motywowana homofobią – badanie i wyniki [Violence motivated by homophobia - research and results].”

⁵⁴ Marta Abramowicz, ed., Situation of Bisexual and Homosexual Persons in Poland. 2005 and 2006 Report (Warsaw: Kampania Przeciwko Homofobii, Lambda Warszawa, 2007), http://kph.org.pl/images/stories/raporty/raport_homofobia_2007_EN_screen.pdf.

⁵⁵ ODIHR, HCRW.



Cykl ukazujący mechanizm niezgłaszania przestępstw motywowanych uprzedzeniami. Źródło: opracowanie własne.

Kraje, które odnotowują znaczną liczbę przypadków, jak na przykład Wielka Brytania,⁵⁶ rozwinęły znakomite narzędzia zgłaszania przestępstw motywowanych uprzedzeniami, np. formularze do samodzielnego zgłoszenia incydentu oraz miejsca zgłoszeń należące do stron trzecich, które zapewniają społeczeństwu możliwość dokonania zgłoszenia w miejscach innych niż posterunek Policji poprzez partnerstwo z właściwymi agencjami specjalistycznymi oraz dokonanie zgłoszenia bez ujawnienia szczegółowych danych ofiary. Policja rozpoczyna dochodzenie tylko za zgodą ofiary. Dokonywanie zgłoszeń stronom trzecim pozwala ofierze na nabranie pewności i zachęca ją do zgłoszenia przestępstwa, z kolei agencje mogą określić odpowiednie organizacje wspierające, które udzielą ofiarom najlepszej pomocy. Usprawnione zgłaszanie przestępstw z nienawiści pokazuje dokładniejszy obraz sytuacji, umożliwiając policji i innym partnerom skuteczniejsze reagowanie poprzez aktywne wyznaczanie celów dzięki wywiadowi kryminalnemu. Dodatkowo Wielka Brytania rozwinęła proste i skuteczne definicje operacyjne dla zgłaszania przypadków homofobii.⁵⁷

By zgłosić przestępstwo motywowane uprzedzeniami, ofiary muszą mieć odwagę i pewność, że kontakt z Policją będzie dla nich korzystny. Do tego konieczne są zarówno szkolenia Policji, jak też odpowiednie unormowania. Jak wskazano w poprzednich sekcjach niniejszego uzasadnienia, jednym z najczęstszych typów przemocy wobec osób LGBT są naruszenia nietykalności cielesnej i inne czyny, które w obecnej chwili ścigane są z oskarżenia prywatnego. W związku z tym, ściganie ich jest utrudnione, gdyż osoba pokrzywdzona musi występować w roli prokuratora. Jednocześnie, sprawy takie mogą być bagatelizowane przez Policję. W efekcie, sprawca przemocy pozostaje często bezkarny. Zniechęcone tym osoby pokrzywdzone mogą nie zdecydować się na zgłoszenie kolejnej sprawy. W efekcie, Policja nie ma realnej wiedzy o skali problemu w społeczności. Utrudnia to alokację środków, planowanie patroli czy akcji prewencyjnych, a także wpływa na poziom zaufania

⁵⁶ Patrz sekcja o rozwiązaniach prawnych w Europie

⁵⁷ FRA, "Homofobia i dyskryminacja z powodu orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w państwach członkowskich UE Część II Sytuacja społeczna."

do Policji. Jednocześnie, brak zgłoszeń może prowadzić do fałszywego przekonania, że problem nie istnieje. Efektem może być brak zainteresowania zmianami w prawie. Grafika powyżej pokazuje cykl niezgłaszania.

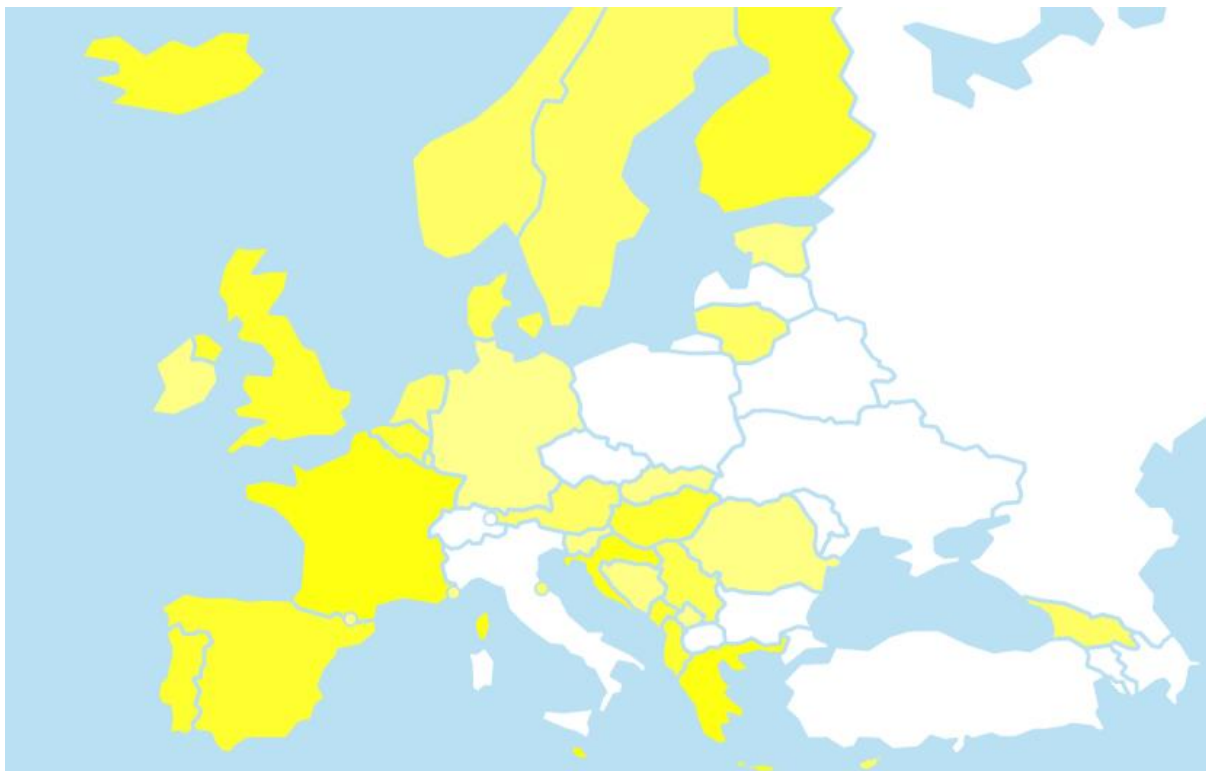
Rodział 6: Prawodawstwo dotyczące przestępstw motywowanych uprzedzeniami w innych krajach europejskich

Proponowane w niniejszym Projekcie uzupełnienie katalogu przesłanek chronionych o nowe, odnoszące się do grup najbardziej narażonych na przemoc na tle uprzedzeń, kategorie odpowiadałyby praktyce w innych państwach europejskich.

Większość krajów w regionie wyraźnie uwzględnia orientację seksualną i tożsamość płciową jako cechy chronione w swoich kodeksach karnych lub odwołują się do nich.⁵⁸ W samej Unii Europejskiej 16 na 28 krajów, czyli ponad połowa, traktuje orientację seksualną jako cechę chronioną w przepisach dotyczących przestępstw motywowanych uprzedzeniami. Ta liczba zwiększa się, jeśli pod uwagę wziąć również państwa odwołujące się do orientacji seksualnej w przepisach penalizujących mowę nienawiści (np. Niderlandy).

Mapa poniżej przedstawia kraje, które traktują orientację seksualną i tożsamość płciową (a także interseksualność) jako przesłanki chronione w kodeksach karnych, oraz uwzględniają przestępstwa na tym tle w programach zwalczania przemocy motywowanej uprzedzeniami.

⁵⁸ Objęte ochroną „orientacja seksualna” lub „tożsamość płciowa”, bądź podobne cechy, zostały wyraźnie wymienione w przepisach prawa karnego wielu państw europejskich jako okoliczność obciążająca lub w kontekście nawoływania do nienawiści wynikającego z takich cech, np.: Albania, Austria, Andora, Azerbejdżan („motyw przynależności seksualnej”, choć pojawia się on jedynie w art. 109 dotyczącym dyskryminacji), Belgia, Bośnia i Hercegowina, Chorwacja („płeć” i „preferencje seksualne”), Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Gruzja, Grecja, Węgry, Islandia („skłonności seksualne”), Litwa, Luksemburg, Malta, Monako, Czarnogóra, Niderlandy („płeć” lub „orientacja heteroseksualna lub homoseksualna”), Norwegia („orientacja homoseksualna”), Portugalia, Rumunia, Serbia, Słowenia, Hiszpania, Słowacja, Szwecja i Wielka Brytania. Zob. <http://www.legislationline.org/topics/country/4/topic/4/subtopic/79>.



Stosunek do przestępstw motywowanych uprzedzeniami oraz mowy nienawiści na tle orientacji seksualnej, tożsamości płciowej oraz interseksualności w Europie. Intensywność znacznika oznacza stopień wypełnienia poszczególnych kryteriów: prawodawstwo dot. przestępstw i mowy nienawiści; rozpoznanie przesłanek; ujęcie przemocy wobec osób LGBTI w planie przeciwdziałania przestępstwom motywowanym uprzedzeniami. Źródło: ILGA-Europe 2016, dostępne na stronie <https://rainbow-europe.org/#0/8693/0>.

Jak widać na mapie, wyraźna większość krajów europejskich zdaje sobie sprawę z konieczności zwalczania przemocy na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. Jednocześnie, poważne traktowanie tych przestępstw nie jest jedynie domeną najbogatszych krajów Wspólnoty Europejskiej. Prawo zostało zmienione również w nowych krajach członkowskich UE (np. Rumunia), a także na Bałkanach, czy w Gruzji. Jednocześnie, część krajów wprowadziła narodowe programy zwalczania przemocy na tle uprzedzeń. Na przykład w latach 2012-2015 brytyjski rząd realizował program “Challenge it, report it, stop it”. Celem programu było m.in., zwiększenie zgłaszalności przestępstw motywowanych uprzedzeniami.⁵⁹

Zauważyć należy, że, choć ofiarami przestępstw na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej padają głównie osoby LGBT, ustawodawcy rzadko decydują się na ochronę poszczególnych grup mniejszościowych. Jedynie Norwegia zdecydowała się chronić jedynie „orientację homoseksualną” (zobacz przypis powyżej). Zdecydowanie bardziej powszechne jest używanie ogólnej kategorii orientacji seksualnej. Oznacza to, że ochronie podlegają zarówno przedstawiciele mniejszości, jak i większości seksualnych – tym, samym, przepis ten w jednakowym stopniu chroni osoby heteroseksualne co homoseksualne. Nie jest to więc specjalna ochrona zarezerwowana tylko dla gejów czy lesbijek.

⁵⁹ HM Government, Challenge It, Report It, Stop It: The Government’s Plan to Tackle Hate Crime (London: HM Government, 2012).

Inne przesłanki proponowane w tym Projekcie również są coraz częściej uwzględniane w kodeksach karnych krajów europejskich. Niepełnosprawność chroniona jest w przepisach dotyczących przestępstw motywowanych uprzedzeniami w 11 krajach UE. Nowoczesne prawodawstwo wymienia niepełnosprawność obok pozostałych przesłanek (tendencja obecna), dzięki czemu różnego rodzaju przestępstwa można uznać za motywowane uprzedzeniami. Starsze przepisy, obecne w części krajów, w tym w Polsce, wprowadzają typy szczególne przestępstw, dotyczące np. gwałtu, mające na celu ochronę osób „bezzadnych” ze względu na swoją niepełnosprawność fizyczną lub umysłową (np. Polska). Ten typ nie pozwala kwalifikować np. groźby bezprawnej, naruszenia nietykalności cielesnej, kradzieży lub zniszczenia mienia należącego do osoby z niepełnosprawnością jako przestępstwa na tle uprzedzeń. Z punktu widzenia ochrony dobra podlegającego ochronie, a także z punktu widzenia efektywności zbierania danych, przepisy powinny uwzględniać również inne rodzaje przestępstw na szkodę osób z niepełnosprawnością.

Płeć chroniona jest obecnie w przepisach dotyczących przestępstw motywowanych uprzedzeniami w 15 krajach europejskich. W ośmiu przypadkach przepisy uwzględniają również wiek. Część krajów europejskich stosuje otwarty katalog przesłanek chronionych. Jeden kraj – Była Jugosłowiańska Republika Macedonii – wprowadził szeroką kategorię pod nazwą „przynależność do marginalizowanej społeczności”. Praktyka wykazała jednak, że nie jest to skuteczny sposób chronienia np. osób atakowanych ze względu na orientację seksualną. Obecnie w Macedonii trwają prace nad zmianą kodeksu karnego w tym zakresie. Jednocześnie, wprowadzenie otwartego katalogu, jak też próba opisanie wielu grup za pomocą tzw. wspólnego mianownika jest niezasadna z punktu widzenia zasady określoności prawa karnego.⁶⁰

Jednocześnie, pośród państw europejskich istnieje wyraźna tendencja, by dodawać nowe przesłanki chronione jeśli odnośne przepisy są nowelizowane. Np. Albania, Bośnia i Hercegowina, Chorwacja, Cypr, Czarnogóra, Grecja, Kosowo, Była Jugosłowiańska Republika Macedonii, Malta, Serbia oraz inne kraje uzupełniły katalogi przesłanek chronionych o orientację seksualną, tożsamość płciową, niepełnosprawności i inne cechy w ostatnich latach.

Korzyści z uzupełnienia katalogu o dodatkowe kategorie są różne. Jak wskazano powyżej, pozwala to na skuteczniejszą ochronę osób doświadczających przemocy na tle uprzedzeń, szczególnie w wypadku ataków powtarzalnych, częstych, lecz niepowodujących fizycznych obrażeń (np. naruszenia nietykalności cielesnej czy groźb).

Jednocześnie, dopisanie pozwala zwiększyć liczbę zarejestrowanych spraw. Podczas, gdy nie jest możliwe porównanie statystyk pochodzących z różnych krajów pod kątem występowania przestępstw, można zauważyć wyraźną korelację pomiędzy uwzględnieniem danej przesłanki w kodeksie karnym, a zdolnością państwa do „wyłapywania” takich przestępstw w rejestrach policyjnych. Tabela poniżej obrazuje to na przykładzie orientacji seksualnej.

⁶⁰ ODIHR, “Opinion on the Draft Amendments to Certain Provisions of the Criminal Code of Poland” (ODIHR, December 3, 2015), www.legislationline.org.

Państwo	Prawo	Liczba spraw
Chorwacja	Tak	2
Finlandia	Tak	40
Hiszpania	Tak	513
Irlandia	Tak	8
Niemcy	Nie	129
Polska	Nie	7
Szwecja	Tak	493
Wielka Brytania	Tak	6202
Włochy	Nie	27

Porównanie liczby przestępstw motywowanych uprzedzeniami na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej (kategoria sprawozdawczości „LGBT”) zarejestrowanych przez Policję w 2014 roku. Źródło: OBWE.⁶¹

W 2014 roku, na 47 krajów europejskich 9 zgłosiło przestępstwa na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej (kategoria sprawozdawczości „LGBT”) do Biura Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE.⁶² Spośród tych 9, sześć traktuje orientację seksualną jako przesłankę chronioną w kodeksie karnym (w tym Irlandia jedynie w przepisach dotyczących mowy nienawiści). Pozostałe trzy – Włochy, Polska i Niemcy - uwzględniają orientację seksualną jedynie w monitoringu. Już sam fakt obecności przesłanki chronionej w kodeksie karnym zwiększa prawdopodobieństwo, że Policja będzie w stanie lepiej rozpoznawać przestępstwa motywowane uprzedzeniami na tle konkretnych przesłanek. Spośród krajów, europejskich, które nie uwzględniają orientacji seksualnej w kodeksie karnym, jedynie trzy zbierają statystyki na ten temat (uwzględnione w tabeli Polska, Włochy i Niemcy). Brak oficjalnych statystyk w innych państwach członkowskich wynika z faktu, że mowa nienawiści i przestępstwa motywowane uprzedzeniami na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej nie są uznawane za przestępstwo lub czynnik obciążający lub gromadzone skargi nie są segregowane pod względem motywów (nie jest zatem możliwe rozróżnienie w statystykach na przykład motywów na tle rasowym i homofobicznym).

Jednak główną różnicę widać w liczbie spraw zarejestrowanych przez Policję. Kraje mające odpowiednie ustawodawstwo rejestrują zdecydowanie więcej spraw niż kraje, gdzie tego ustawodawstwa brak. Dla przykładu, Wielka Brytania zarejestrowała w 2014 roku aż 6202 przypadków przestępstw na szkodę osób LGBT; Hiszpania 513; Szwecja 493. W tym samym czasie, Niemcy, najliczniejszy i najbogatszy kraj UE, zarejestrowały jedynie 129 przestępstw na tle orientacji seksualnej bądź tożsamości płciowej; Włochy, inne państwo tzw. „starej” Unii – 27. Polska – jedno z większych państw UE, zarejestrowała jedynie 7 przypadków – o 5 więcej niż niespełna 4,5-milionowa Chorwacja.

Ustawodawstwo karne a edukacja

Podczas dyskusji nt. zmiany Kodeksu karnego w poprzedniej kadencji, część Posłów podnosiła argumenty, że skupić należy się na edukacji, a nie zmianie prawa. Rzeczywiście, chociaż

⁶¹ ODIHR, HCRW.

⁶² Ibid.

proponowane zmiany przepisów Kodeksu karnego stanowią krok we właściwym kierunku, same przepisy mogą nie osiągnąć wyników w praktyce, jeżeli nie będą im towarzyszyć inne środki zapewniające kompleksowe podejście do zapobiegania przestępstwom motywowanym uprzedzeniami i ich zwalczania. W związku z powyższym, proponowanej reformie prawa karnego powinny towarzyszyć inne działania, takie jak edukowanie społeczeństwa (szczególnie młodzieży) na temat tolerancji i niedyskryminacji, gromadzenie dokładnych danych na temat przestępstw motywowanych uprzedzeniami (np. w ramach systemu rozwijanego obecnie przez MSWiA), zapewnienie ofiarom dostępu do skutecznych środków prawnych, kampanie na rzecz podnoszenia świadomości społecznej (takie, jak kampania MSWiA „Racism. Say it to fight it”), wola polityczna, i ogólnie rzecz biorąc wszelkie inne środki mające zaradzić dyskryminacji we wszystkich sferach życia, w tym publicznej i politycznej, gospodarczej, zdrowotnej, społecznej oraz kulturalnej.

Ponadto dobre praktyki wskazują również, że wyspecjalizowane służby działające po stronie Policji, prokuratury i sądów oraz dodatkowe ciągle szkolenia skutkują zwiększeniem liczby zgłaszanych przypadków, wzrostem zaufania oraz zaangażowania ofiar przestępstw w działanie systemu sądownictwa karnego, jak też wzrostem ogólnej efektywności i skuteczności tego systemu.⁶³ W związku z tym reformę ustawodawstwa w zakresie przestępstw motywowanych uprzedzeniami powinny uzupełniać inne działania dotyczące składu, organizacji i rozwoju potencjału wszystkich podmiotów systemu sądownictwa karnego jako całości.

Wreszcie, w zaleceniach na szczeblu międzynarodowym podkreśla się potrzebę bezpośredniego i rzeczywistego udziału wszystkich organów systemu sądownictwa karnego, społeczeństwa obywatelskiego (zwłaszcza grup szczególnie narażonych na przemoc motywowaną uprzedzeniami i mniejszości) oraz innych zainteresowanych stron w całym procesie zmiany przepisów dotyczących zapobiegania przestępstwom motywowanym uprzedzeniami i ich zwalczania. W związku z tym decydenci i prawodawcy w Polsce powinni zapewnić ciągle konsultacje oraz wyczerpujące informacje dla wszystkich zainteresowanych stron, jak też umożliwić im przedstawianie stanowiska podczas całego procesu nowelizacji. Dyskusja publiczna oraz otwarta i sprzyjająca włączeniu debata podniesie świadomość różnych czynników związanych z zagadnieniem wśród wszystkich zainteresowanych stron, jak też zwiększy zaufanie do przyjętego ustawodawstwa i poczucie odpowiedzialności za nie, a ostatecznie usprawni też jego stosowanie.

Rozdział 7: Kształt proponowanych zmian

Celem proponowanych zmian w art. 119 § 1 kk, 256 § 1 oraz 257 kk jest przede wszystkim rozszerzenie katalogu przesłanek zakazanej dyskryminacji o przesłanki płci, tożsamości płciowej, wieku, niepełnosprawności oraz orientacji seksualnej. Uwzględniając rezultaty prac Sejmu poprzedniej kadencji, w tym w szczególności stanowisko Rady Ministrów oraz posłów ówczesnej

⁶³ Zob. też np. w przypadkach przemocy domowej projekt dokumentu European Union Handbook of Best Police Practices on Overcoming Attrition in Domestic Violence Cases [„Podręcznik dobrych praktyk policyjnych w Unii Europejskiej służących przezwyciężeniu nieskuteczności w sprawach dotyczących przemocy domowej”], grudzień 2012 r., s. 10, dokument dostępny pod adresem <http://www.eucpn.org/download/?file=EUHndbookAttritionDomViol.pdf&type=3>). W odniesieniu do wymiaru sprawiedliwości wobec nieletnich zob. też sekcję 12 „Specjalizacja w obrębie organów policyjnych” dokumentu UN Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice [„Minimalne zasady ONZ dotyczące sprawowania wymiaru sprawiedliwości wobec nieletnich”] (zwanego „Zasadami Pekińskimi”), przyjętego rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 40/33 z dnia 29 listopada 1985 r., dostępnego pod adresem <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/beijingrules.pdf>.

opozycji zdecydowano się kontynuować kazuistyczną cech chronionych przez ww. przepisy. Niniejsza propozycja nie obejmuje więc ogólnych zwrotów takich jak „naturalnych lub nabytych cech osobistych”, jako rozwiązań sprzecznych z zasadą określoności przepisów prawa, która nabiera szczególnego znaczenia w stanowieniu norm prawa karnego.

Należy także zauważyć, że dodanie kolejnych przesłanek nie spowoduje zaburzenia systematyki rozdziału XVI kk jak i rozdziału XXXII. W odniesieniu do rozdziału XVI kk, należy zwrócić uwagę, że zawarty w tym rozdziale art. 118a kk, chroni grupę ludności wyodrębnioną ze względu na dowolne kryterium przed masowymi zamachami, natomiast art. 118a uwzględnia m.in. grupy o charakterze politycznym i światopoglądowym. Wreszcie należy zaznaczyć, że zbrodnie III Rzeszy były skierowane także przeciwko osobom niepełnosprawnym, osobom homoseksualnym, a nazistowska propaganda niejednokrotnie bazowała na zarzutach dotyczących ekspresji płciowej⁶⁴.

Należy także podkreślić, że przesłanki dodawane niniejszym projektem do kodeksu karnego, poza tożsamością płciową, nie są obce polskiemu prawodawstwu:

- 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 półotwarty katalog przesłanek niedopuszczalnej dyskryminacji w sferze zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a jednocześnie – spośród wszystkich możliwych przesłanek - przykładowo wymienia m.in. : 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.

Proponowane zmiany nie ograniczają się jednak wyłącznie do rozszerzenia katalogu chronionych przesłanek– wprowadzono również zmiany, które mają na celu doprecyzowanie obecnych przepisów celem zapewnienia jednolitej interpretacji przepisów w całym kraju.

Obecna redakcja tych przepisów umożliwia interpretację zawężającą ochronę prawnokarną do osób faktycznie będących nośnikami danej cechy. Stosując taką wykładnię wyłączone są z ochrony 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. Jest ponadto sprzeczne ze wcześniej omawianą definicją

⁶⁴ Patrz. m.in.: Robert Biedroń, *Różowe piekło nazizmu* (<http://www.auschwitz.org/historia/rozne-grupy-wiezniow/homoseksualisci-odrebna-kategoria-wiezniow/robert-biedron-rozowe-pieklo-nazizmu/>); Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie homofobii w Europie z dnia 18 stycznia 2008 r., w której Parlament Europejski wezwał Państwa Członkowskie aby "w pełni uznały homoseksualistów za ofiary nazistowskiego reżimu" (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0018+0+DOC+XML+V0//PL>); Informacja o Działalności IPN za 2014 r. wskazująca, że w ramach zbrodni popełnionych przez niemieckie władze okupacyjne w trakcie tzw. Aktion T4, masowo zabijano osoby z zaburzeniami umysłowymi i rozwojowymi (s. 187 Informacji).

przestępstwa z nienawiści opracowaną przez OBWE oraz stosowaną przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Policję.

Taka interpretacja przepisów, pomimo że niezgodna z poglądami większości przedstawicieli doktryny jak i z treścią wytycznych Prokuratora Generalnego w zakresie prowadzenia postępowań o przestępstwa z nienawiści, ciągle jednak pojawia się w licznych decyzjach procesowych. Jednym z takich przykładów 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 przestępstwa przez tzw. asocjację z tymi grupami.

Podobną zmianę o charakterze doprecyzującym wprowadzono również w art. 256 § 1 w odniesieniu do słowa „różnic”. Użycie tego słowa w kontekście nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych lub wyznaniowych bywa również interpretowana jako konieczność faktycznego przynależenia przez ofiarę do konkretnej grupy. Ponadto zmianie ulegał by redakcja katalogu cech chronionych, w taki sposób aby ujednolicić postać zamiaru objętego penalizacją w odniesieniu do wszystkich przesłanek.

Rozdział 8: Analiza dotychczasowych uwag krytycznych do projektu ustawy

Niniejszy projekt ustawy został złożony po raz pierwszy do Sejmu w dniu 15 lipca 2016 r. (druk nr 878). Został wówczas odrzucony w pierwszym czytaniu w dniu 4 listopada 2016 r. Debacie nad projektem towarzyszyły nieliczne głosy krytyczne. W większości pochodziły one z niekorzystnej dla projektu ustawy o numerze druku 878 opinii sporządzonej przez Prokuratora Generalnego (opinia z dnia 11 sierpnia 2016 r., PK I BP 025.175.2016). Konieczne zatem staje się odniesienie się do merytorycznych zarzutów postawionych w przedmiotowej opinii.

Po pierwsze, krytycznie należy ocenić twierdzenia Prokuratora Generalnego o rzekomo tożsamym charakterze wcześniej podejmowanych prób nowelizacji brzmienia wskazanych przepisów. W opinii wskazano, że projekty ustaw dotyczące tej samej problematyki, które zostały wniesione w poprzedniej kadencji Sejmu (druki sejmowe 340, 383, 1078 i 2357) zawierały propozycje *bardzo podobne, wręcz tożsame* z zawartymi w druku sejmowym nr 878. O ile bowiem istnieje pewne podobieństwo pomiędzy projektami zawartymi w drukach nr 340, 383, 2357 a projektem o numerze druku 878 (i

niniejszym projektem ustawy), o tyle projekt o numerze druku 1078 znacząco różnił się od pozostałych projektów i nie powinien być traktowany jako z nimi tożsamy. Ostatni z tych projektów zakładał bowiem skreślenie art. 119 § 1 kk i 257 kk oraz zmianę brzmienia art. 256 kk poprzez wyodrębnienie w jego jednostkach redakcyjnych dyspozycji dwóch usuniętych artykułów. Tego rodzaju sposób nowelizacji tych przepisów był szeroko krytykowany w doktrynie prawa. Nie jest również podzielany przez projektodawców niniejszej ustawy.

Po drugie, w opinii Prokuratura Generalnego wskazano, że proponowane zmiany zostały poparte jedynie przez kilka organizacji pozarządowych. W rzeczywistości projektowana zmiana została poparta przez szerokie grono największych krajowych organizacji pozarządowych, w tym przez: Helsińską Fundację Praw Człowieka, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, Fundację 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”, Fundację Autonomia, Stowarzyszenie Dni Równości i Tolerancji, Stowarzyszenie Kobiet „Konsola”, Kampanię Przeciw Homofobii oraz Stowarzyszenie „Pracownia Różnorodności”. W przedmiotowej opinii zupełnie pominięto również to, że sugestie skuteczniejszego przeciwdziałania przestępstwom z nienawiści oraz zjawisku mowy nienawiści (w tym poprzez wprowadzenie stosowanych zmian legislacyjnych) są od dłuższego czasu kierowane pod adresem Polski przez najważniejsze międzynarodowe instytucje zajmujące się ochroną praw człowieka (patrz m.in. Decyzja 9/09 Rady Ministerialnej Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie z 2 grudnia 2009 roku; Rekomendacja Komitetu Praw Człowieka z sesji, która odbyła się w Genewie 11-29 października 2010 roku, podczas której Komitet Przeciw Torturom Organizacji Narodów Zjednoczonych zalecił Polsce nowelizację przepisów karnych pod kątem przeciwdziałania przestępstwom z nienawiści motywowanych orientacją seksualną). Co więcej, postulaty nowelizacji Kodeksu karnego nie pochodzą wyłącznie od krajowych organizacji pozarządowych oraz międzynarodowych instytucji ochrony praw człowieka. W trakcie ostatniego Powszechnego Przeglądu Okresowego Polski w 2017 r. przedstawiciele polskich władz sami złożyli na forum Rady Praw Człowieka ONZ deklarację o gotowości nowelizacji Kodeksu karnego, w taki sposób aby penalizowane przestępstwa z nienawiści rozszerzyć na przesłanki orientacji seksualnej i tożsamości płciowej.

W przedmiotowej opinii wskazano również, że projektodawcy w uzasadnieniu do druku sejmowego nr 878 nie odnieśli się do uwag Prokuratora Generalnego z dnia 23 kwietnia 2012 roku (skierowanych wobec projektów o numerach druku 340 i 383) oraz opinii Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 2014 roku (względem projektu o numerze druku nr 2357). Wskazać należy, że poczynawszy od projektu nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 18 kwietnia 2011 roku (nr druku 4253), uzasadnienia kolejnych proponowanych projektów ustaw każdorazowo zawierały szczegółowe analizy odnoszące się do krytycznych uwag wyrażonych przez instytucje opiniujące te projekty (zob. uzasadnienia projektów o numerach druku 340, 383, 1074 i 2357). Odnosząc się jednak do opinii Prokuratora Generalnego z dnia 23 kwietnia 2012 r., należy wskazać, że podstawowy wyrażony w niej zarzut opierał na argumencie, że licznie umowy międzynarodowe, które wiążą Polskę, a także Konstytucja RP nie przewidują zróżnicowania katalogu przesłanek dyskryminacyjnych, każąc traktować ten katalog jako zbiór otwarty. W praktyce jednak tak elastyczne i ogólnikowe określenie przesłanek dyskryminacyjnych godzi w podstawowe zasady prawa karnego, w tym w zasadę *nullum crimen sine lege certa*, będącej postulatem ostrości przepisów karnych, od których uzależniona jest odpowiedzialność karna (uwagi w tym zakresie podziela m.in. J. Gięzek, który stwierdza, że „zastosowanie przejętej w tych aktach otwartej formuły, zakazującej dyskryminacji ze względu na jakiegokolwiek kryterium, uznać należy za wykluczone z punktu widzenia zasady *nullum crimen sine*

lege certa” - Zob: J. Gięzek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, wyd. LEX 2014). Wskazanie katalogu otwartego sugerowałoby niemalże cywilistycznoprawne ujęcie wskazanej tematyki, nieadekwatne dla przepisów karnych, spełniających zupełnie inne funkcje, niż przepisy dotyczące tzw. dóbr osobistych. Co więcej, zakaz dyskryminacji z jakiegokolwiek powodu nie oznacza, że w na gruncie przepisów prawnych musi obowiązywać otwarty katalog przesłanek dyskryminacyjnych. Mając to na uwadze, na gruncie doktryny prawa karnego aprobowane są postulaty poszerzenia katalogu kryteriów dyskryminacyjnych o poszczególne pozycje i pozostawienie tego katalogu jako katalogu zamkniętego. J. Gięzek, komentując brzmienie art. 119 § 1 kk wyraźnie wskazuje, że do postulatów *de lege ferenda* należy „rozbudowanie art. 119 przez wymienienie wyróżniających osobę kolejnych cech, ze względu na które jest ona prześladowana” (J. Gięzek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, wyd. LEX 2014). Odnosząc się zaś do stanowiska Sądu Najwyższego w przedmiocie nowelizacji art. 119 § 1 kk, 256 § 1 kk oraz 257 kk należy jedynie wskazać, że w swojej najnowszej opinii z dnia 18 sierpnia 2016 r. Sąd Najwyższy nie zgłosił żadnych uwag do projektu ustawy o numerze druku 878, który pod względem konstrukcyjnym jest tożsamy z niniejszym projektem ustawy.

W ocenie projektodawców również rozważania o naturze przedmiotu ochrony art. 119 § 1 kk zawarte w opinii Prokuratora Generalnego (jako odnoszącego się przyrodzonych, wynikających z człowieczeństwa cech jednostki, które pozostają pod ochroną) nie są zasadne. Próba kwalifikacji poszczególnych przesłanek dyskryminacyjnych jako *wynikających z istoty człowieczeństwa* nosi bowiem znamiona arbitralności. W tym kontekście kwalifikowanie poglądów politycznych jako wynikających z istoty człowieczeństwa przy równoczesnym podważaniu możliwości zaliczenia do tego katalogu takich cech jak wiek, tożsamość płciowa, niepełnosprawność czy orientacja seksualna wydaje się niezgodne z zasadami logicznego rozumowania i pozostaje wewnętrznie sprzeczne. Takie rozróżnienie jest również nie do pogodzenia z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP, który w żaden sposób nie uprzywilejowuje jakiegokolwiek przesłanki dyskryminacyjnej zakazując dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny.

W dalszej kolejności, nie sposób zgodzić się z tezą wyrażoną w opinii Prokuratora Generalnego jakoby przepisy prawa karnego już teraz gwarantowały równy traktowanie każdego pokrzywdzonego. Argumentacja ta opiera się na założeniu, że w Kodeksie karnym zawarte są przepisy o charakterze „ogólniejszym”, które pozwalają objąć ochroną grupy niewymienione w art. 119 kk, 256 kk oraz 257 kk (np. przestępstwo znieważenia – art. 216 kk i naruszenia nietykalności cielesnej – art. 217 kk, dla których przepisem szczególnym jest art. 257 kk), a także na twierdzeniu, że gwarancję odpowiedniej ochrony zapewniają również ogólne dyrektywy wymiaru kary zawarte w art. 53 § 1 i 2 kk. W praktyce jednak taki sposób rozumowania naznaczony jest błędem, gdyż stoi w sprzeczności z szeregiem przepisów szczególnych, zawierających w swojej dyspozycji znamiona strony podmiotowej sprawy (w tym właśnie z art. 119 § 1 kk, 256 § 1 kk, 257 kk). Wyszczególnienie konkretnych przesłanek dyskryminacyjnych i zarazem pozostawienie innych do konkretyzacji w drodze dedukcji (poprzez zastosowanie art. 53 § 1 i 2 kk) skutkuje również nierównym uregulowaniem poszczególnych przejawów dyskryminacji.

Krytycznie należy także odnieść się do zarzutu rzekomych braków uzasadnienia projektu ustawy w zakresie wykazania zasadności objęcia ochroną innych przesłanek dyskryminacyjnych niż orientacja seksualna. Uzasadnienie projektu o numerze druku 878 zawierało bowiem szczegółową argumentację przemawiającą za zasadnością objęcia ochroną każdej z wymienionych w projekcie cech dyskryminacyjnych, popartą możliwe szczegółowymi wynikami badań oraz głosami doktryny.

W opinii Prokuratora Generalnego podkreślono również, że „*jak uczy historia*” wyłącznie przesłanki zawarte w art. 119 § 1 kk, 256 § 1 kk i 257 kk, „*mogą stanowić zarzewie niepokojów społecznych, zamieszek, zbrodni przeciwko ludzkości czy wojen domowych*”. Nie sposób zgodzić się z powyższą tezą. Bez trudu można bowiem wskazać przykłady zbrodni przeciwko ludzkości wymierzonych przeciwko osobom, które posiadały lub którym przypisywano cechy dyskryminacyjne objęte niniejszym projektem nowelizacji (przykładowo eksterminacja osób nieheteroseksualnych w nazistowskich obozach zagłady; zob. przykłady wskazane w przypisie dolnym nr 64).

Wreszcie, należy również zakwestionować zaproponowany przez Prokuratora Generalnego podział przesłanek dyskryminacyjnych na wynikające z *idei i biologii*, który jednocześnie miałby uzasadniać różnicowanie ochrony prawnej tych przesłanek w przepisach prawa karnego. Prokurator Generalny argumentował bowiem, że obecne w przepisach Kodeksu karnego przesłanki dyskryminacyjne (przynależność narodowa, rasa, pochodzenie etniczne, wyznanie lub bezwyznaniowość) należą do tzw. sfery idei i dlatego zasługują na szczególną ochronę. Wydaje się, że ten sposób rozumienia cech dyskryminacyjnych jest nieprawidłowy. Przykładowo, zarówno pochodzenie etniczne, jak i przynależność do danej rasy uzależniona jest od szeregu czynników determinowanych również biologicznie. „Ideowe” poczucie przynależności do danej rasy (bez względu na to co w ocenie Prokuratora Generalnego miałyby ono oznaczać) nie jest wyłącznym determinantem faktycznej do niej przynależności, podobnie jak pochodzenia etnicznego czy narodowego. W tym kontekście teza o rzekomym niegenerowaniu konfliktów społecznych przez cechy wynikające ze sfery biologii jednostki jest błędna.

Przewidywane skutki finansowe

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

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 dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 1992 r., Nr 26, poz. 185 z późn. zm).

Powyższe potwierdzają opinie prawne sporządzone przez Biuro Analiz Sejmowych w 2016 r. dla potrzeb zaopiniowania tożsamego z niniejszym projektu ustawy (nr druku 878), który został odrzucony w tej kadencji Sejmu (odpowiednio opinia BAS z dnia 20 lipca 2016 r. BAS-WAPEiM-1591/16 oraz opinia Biura Analiz Sejmowych z dnia 20 lipca 2016 r. BAS-WAPEiM-1592/16). Z uwagi na tożsamość niniejszego projektu ustawy z projektem o nr druku 878, a także brak wprowadzenia zmian legislacyjnych (zarówno na poziomie prawa krajowego jak i prawa Unii Europejskiej) dot. objętej problematyki, obie opinie Biura Analiz Sejmowych zachowują pełną aktualność.

Warszawa, 22 lutego 2018 r.

BAS-WAPM-361/18

Pan
Marek Kuchciński
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Opinia w sprawie
zgodności z prawem Unii Europejskiej poselskiego projektu ustawy
o zmianie ustawy – Kodeks karny (przedstawiciel wnioskodawców: poseł
Joanna Scheuring-Wielgus)

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, ze zmianami) sporządza się następującą opinię:

1. Przedmiot projektu ustawy

W projekcie przewidziano zmianę artykułów: 119, 256 i 257 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2017 r. poz. 2204, ze zmianami, dalej również jako: kk). Celem proponowanych modyfikacji jest rozszerzenie katalogu znamion przestępstw: stosowania przemocy lub groźby bezprawnej (art. 119 § 1 kk), publicznego nawoływania do nienawiści (art. 256 § 1 kk) oraz publicznego znieważania (art. 257 kk) o czyny popełnione ze względu na następujące kryteria: płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność lub orientację seksualną pokrzywdzonego.

Proponowana ustawa ma wejść w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

2. Stan prawa Unii Europejskiej w materii objętej projektem

Opiniowany projekt ustawy zawiera karnoprawne gwarancje związane z ochroną jednostki przed niezgodnym z prawem zachowaniem o charakterze dyskryminacyjnym. W prawie pierwotnym Unii Europejskiej istnieją normy prawne zakazujące dyskryminacji. Artykuł 19 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TfUE) upoważnia instytucje Unii Europejskiej do podejmowania środków niezbędnych do zwalczania dyskryminacji. Na podstawie tego przepisu można zdekodować ustanowiony w TfUE zakres zakazu dyskryminacji, który obejmuje kryteria: płci, rasy, pochodzenia etnicznego, religii, światopoglądu, niepełnosprawności, wieku oraz orientacji seksualnej.

Artykuł 21 Karty Praw Podstawowych UE¹ zakazuje wszelkiej dyskryminacji, w tym ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości, narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

W prawie pochodnym UE występuje wiele aktów prawnych, których celem jest zapewnienie równości osób. Większość z nich nie dotyczy jednak materii regulowanej na gruncie prawa karnego.

Aktem prawnym Unii Europejskiej, którego zakres normatywny obejmuje problematykę karnoprawną zwalczania niektórych zachowań o charakterze dyskryminacyjnym, jest decyzja ramowa Rady 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych², zwana dalej decyzją ramową. Opiniowany projekt ustawy należy ocenić pod kątem zgodności z tą decyzją ramową.

Zasada niedyskryminacji, w tym również jej aspekty karnoprawne, jest omawiana w aktach instytucji Unii Europejskiej o charakterze niewiążącym. Wśród nich wymienić można np. opinię Komitetu Regionów w sprawie niedyskryminacji, równości szans i wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób³ (zwanej dalej: opinią Komitetu Regionów) oraz rezolucję Parlamentu Europejskiego w sprawie unijnego planu przeciwdziałania homofobii i dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową⁴ (zwaną dalej: rezolucją Parlamentu Europejskiego).

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

W art. 1 ust. 1 lit. a decyzji ramowej nakazano państwom członkowskim Unii Europejskiej stosowanie niezbędnych środków zapewniających karalność umyślnego publicznego nawoływania do przemocy lub nienawiści skierowanej przeciwko grupie osób, którą definiuje się według: rasy, koloru skóry, wyznawanej religii, pochodzenia albo przynależności narodowej lub etnicznej, lub przeciwko członkowi takiej grupy. Państwa członkowskie UE zobowiązane zostały również do ustanowienia środków zmierzających do karania sprawców określonego powyżej czynu popełnionego przez publiczne rozpowszechnianie lub rozprowadzanie tekstów, obrazów lub innych materiałów (art. 1 ust. 1

¹ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (2016/C 202/2) (Dz. Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r., str. 389).

² Dz. Urz. UE L 328 z 6.12.2008 r., str. 55.

³ Opinia Komitetu Regionów 2009/C 211/12 „niedyskryminacja i równość szans oraz wprowadzenie w życie zasady równości traktowania osób” (Dz. Urz. UE C 211 z 4.9.2009 r., str. 90).

⁴ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2017/C 093/04 z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie unijnego planu przeciwdziałania homofobii i dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową (Dz. Urz. UE C 93 z 24.3.2017 r., str. 21).

lit. b decyzji ramowej). W art. 3 decyzji ramowej wskazano zasady określania sankcji karnych grożących za popełnienie czynów objętych zakresem regulacji tego aktu prawnego UE, które powinny być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające. Czyny te, zgodnie z art. 3 ust. 2 decyzji ramowej, powinny podlegać karom o maksymalnym wymiarze co najmniej od 1 roku do 3 lat pozbawienia wolności. Termin implementacji decyzji ramowej upłynął dnia 28 listopada 2010 r.

Przedłożony do zaopiniowania projekt ustawy dotyczy przepisów, które realizują wskazane wyżej przepisy decyzji ramowej. Sama proponowana nowelizacja ustawy nie ma jednak na celu implementacji decyzji ramowej, bowiem w istocie rozszerza już obowiązujące art. 119 § 1 k., art. 256 § 1 kk i art. 257 kk o nowe kryteria, jakimi są: płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność lub orientację seksualną, a zatem o kryteria, których decyzja ramowa nie dotyczy. Proponowane w projekcie ustawy rozszerzenie przepisów o dodatkowe kryteria nie stoi w sprzeczności przepisami decyzji ramowej. Należy uznać, że przepisy decyzji ramowej zostały już wdrożone do polskiego porządku prawnego.

Wśród aktów niewiążących można wskazać na opinię Komitetu Regionów, w której w punkcie 44 wymaga się przyjęcia przepisów prawnych wymierzonych przeciwko homofobii, w szczególności dotyczących zwalczania mowy nienawiści i przestępstwa nienawiści. Ponadto w punkcie 4 lit. J ppkt (v) rezolucji Parlamentu Europejskiego stwierdzono, że państwa członkowskie UE powinny przyjąć przepisy karnoprawne zabraniające podżegania do nienawiści ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową. Proponowane przepisy zawarte w projekcie ustawy można uznać za realizujące wskazane zalecenia.

4. Konkluzja

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny nie jest sprzeczny z prawem Unii Europejskiej.

Akceptował:
Dyrektor
Biura Analiz Sejmowych

Wojciech Arndt

BAS-WAPM-362/18

Warszawa, 22 lutego 2018 r.

Pan
Marek Kuchciński
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Opinia

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

W projekcie przewidziano zmianę artykułów: 119, 256 i 257 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2017 r. poz. 2204, ze zmianami, dalej również jako: kk). Celem proponowanych modyfikacji jest rozszerzenie katalogu znamion przestępstw: stosowania przemocy lub groźby bezprawnej (art. 119 § 1 kk), publicznego nawoływania do nienawiści (art. 256 § 1 kk) oraz publicznego znieważania (art. 257 kk) o czyny popełnione ze względu na następujące kryteria: płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność lub orientację seksualną pokrzywdzonego.

Projekt nie jest sprzeczny z prawem Unii Europejskiej.

Projekt nie zawiera przepisów mających na celu wykonanie prawa UE.

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

Akceptował:
Dyrektor
Biura Analiz Sejmowych

Wojciech Arndt