



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 6/12/2018

Adam Bodnar

XI.518.66.2018.MS

**Sąd Rejonowy dla Warszawy - Śródmieścia
ul. Marszałkowska 82
00-517 Warszawa**

za pośrednictwem:

**Prokurator Okręgowy w Warszawie
ul. Chocimska 28
00 – 791 Warszawa**

ZAŻALENIE

Rzecznika Praw Obywatelskich

na postanowienie Prokuratora Prokuratury Okręgowej w Warszawie z dnia 17 listopada 2018 r. o odmowie wszczęcia dochodzenia, **sygn. akt PO 1 Ds. 239.2018**, w którym na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r., poz. 1987 z późn. zm., dalej: Kpk) stwierdzono brak znamion czynu zabronionego w sprawie publicznego nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych lub wyznaniowych polegającego na umieszczeniu w Internecie spotu wyborczego partii Prawo i Sprawiedliwość pt. Bezpieczny samorząd, zawierającego treść nawołującą do nienawiści do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych i wyznaniowych, tj. o czyn z art. 256 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r., poz. 1600 z późn. zm., dalej: Kk).

Postanowienie doręczone zostało Rzecznikowi Praw Obywatelskich w dniu 30 listopada 2018 r.

Na podstawie art. 306 § 1 pkt 2 Kpk w zw. z art. 465 § 2 Kpk powyższe postanowienie **zaskarżam w całości.**

Na podstawie art. 438 pkt 1 i 2 Kpk zaskarżonemu postanowieniu zarzucam:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 14 pkt 5 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich z dnia 15 lipca 1987 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 2179, dalej także ustawa o RPO) polegające na wydaniu postanowienia o odmowie wszczęcia dochodzenia, podczas gdy zgodnie z dyspozycją tego przepisu Prokurator jest zobligowany do wszczęcia na żądanie Rzecznika Praw Obywatelskich postępowania przygotowawczego o przestępstwo ścigane z urzędu;
2. naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść orzeczenia, tj. art. 297 pkt 1 i 4 Kpk, polegające na przeprowadzeniu jedynie czynności sprawdzających i przedwczesnym oraz bezzasadnym uznaniu, że zachowanie autorów spotu nie wyczerpuje ustawowych znamion czynu zabronionego z art. 256 § 1 Kk, co doprowadziło do zaniechania wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego, w sytuacji gdy w niniejszej sprawie istniało uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa stanowiące podstawę do wszczęcia postępowania przygotowawczego.

Podnosząc powyższe zarzuty, na podstawie art. 437 § 1 Kpk **wnoszę o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy Prokuraturze do dalszego prowadzenia.**

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 17 listopada 2018 r. Prokurator Prokuratury Okręgowej w Warszawie odmówił wszczęcia dochodzenia w sprawie publicznego nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych lub wyznaniowych w nieustalonym bliżej okresie i nieustalonym miejscu, polegającego na zamieszczeniu w Internecie spotu wyborczego partii Prawo i Sprawiedliwość pt. Bezpieczny samorząd, tj. o czyn z art. 256 § 1 Kk, przyjmując jako podstawę prawną art. 17 § 1 pkt 2 Kpk, a jako podstawę faktyczną – brak znamion czynu zabronionego.

Zaskarżone postanowienie nie może się ostać, gdyż zapadło z naruszeniem prawa wskazanym w petitum zażalenia, co miało istotny wpływ na jego treść.

I.

Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz. U. z 2016 r., poz. 1219) powierzyła Rzecznikowi Praw Obywatelskich zadania dotyczące realizacji zasady równego traktowania. Tym samym Rzecznik, który zgodnie z art. 208 Konstytucji RP stoi na straży wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji oraz w innych aktach normatywnych, powołany został do pełnienia doniosłej społecznie funkcji niezależnego organu do spraw realizacji zasady równego traktowania. Między innymi z tego powodu Rzecznik Praw Obywatelskich szczególną uwagę poświęca przeciwdziałaniu rasizmowi, ksenofobii i związanej z nimi nietolerancji. Do swoich podstawowych obowiązków w tym zakresie Rzecznik zalicza natomiast reagowanie na przypadki publicznie manifestowanych uprzedzeń na tle narodowościowym, etnicznym czy wyznaniowym. Przejawy takich uprzedzeń, zwłaszcza mające formę przemocy lub publicznego nawoływania do nienawiści, nie tylko mogą wypełniać znamiona przestępstw ściganych z urzędu, ale też stanowią naruszenie zakazu dyskryminacji, wyrażonego w art. 32 Konstytucji RP, oraz godzą w istotę demokratycznego społeczeństwa.

Aby Rzecznik Praw Obywatelskich mógł wykonywać ciężące na nim zadania i pełnić powierzone mu funkcje, a tym samym aby mógł efektywnie chronić prawa i wolności człowieka i obywatela, ustawodawca wyposażył go w określone prawne środki działania, których zastosowanie zawsze wiąże się z pewnymi obowiązkami po stronie organów i instytucji publicznych. Dopiero skorelowanie uprawnień Rzecznika Praw Obywatelskich z obowiązkiem działania po stronie organu, do którego Rzecznik zwraca się w danej sprawie, stanowi gwarancję, że Rzecznik będzie mógł skutecznie wykonywać swój mandat, a osoby, których prawa lub wolności zostały naruszone, będą mogły w pełni korzystać z konstytucyjnego prawa do zwrócenia się do Rzecznika o pomoc. **Organ, który nie reaguje w prawem przewidziany sposób na uprawnione działanie Rzecznika Praw Obywatelskich, a tym samym utrudnia Rzecznikowi wykonywanie jego zadań, nie tylko narusza określone przepisy ustawy o RPO, ale też godzi w konstytucyjne gwarancje ochrony praw i wolności człowieka i obywatela, wynikające z przywołanego już wyżej art. 208 czy art. 80 Konstytucji RP.**

Jednym z przyznanych Rzecznikowi Praw Obywatelskich środków działania jest wynikająca wprost z art. 14 pkt 5 ustawy o RPO możliwość żądania wszczęcia przez uprawnionego do tego oskarżyciela postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu. Z tego środka prawnego Rzecznik korzysta zarówno

wówczas, gdy zamierza przełamać bezczynność organu powołanego do ścigania przestępstw, jak również wtedy, gdy w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego uzna, że w badanej sprawie mogło dojść do popełnienia przestępstwa¹. **Organ ścigania, do którego Rzecznik kieruje żądanie na podstawie art. 14 pkt 5 ustawy o RPO, obowiązany jest niezwłocznie wsząć postępowanie przygotowawcze we wskazanej przez Rzecznika sprawie o przestępstwo ścigane z urzędu.** Żądanie Rzecznika ma bowiem charakter zawiadomienia kwalifikowanego, które nie podlega kontroli prokuratury i weryfikacji w ramach przedprocesowych czynności sprawdzających, i którego bezpośrednim skutkiem powinno być wszczęcie wspomnianego postępowania.

Wskazana wyżej interpretacja art. 14 pkt 5 ustawy o RPO nie powinna przy tym budzić wątpliwości. Istnienie po stronie organu ścigania obowiązku wszczęcia postępowania na żądanie Rzecznika Praw Obywatelskich w sposób jednoznaczny potwierdzone zostało w postanowieniu Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy z dnia 21 września 2018 r., sygn. akt III Kp 726/18. W postanowieniu tym Sąd, uchylając postanowienie Prokuratora Prokuratury Rejonowej Warszawa-Ochota o odmowie wszczęcia dochodzenia w zgłoszonej przez Rzecznika sprawie wyraźnie stanął na stanowisku, że **podjęcie decyzji o wszczęciu postępowania przygotowawczego (w sprawie o przestępstwo ścigane z urzędu) jest konieczne w każdym przypadku, kiedy zwraca się o to Rzecznik Praw Obywatelskich.**

W piśmie skierowanym do Prokuratury Okręgowej w Warszawie w dniu 23 października 2018 r. (nr XI.518.66.2018.MS), w którym Rzecznik Praw Obywatelskich przedstawił swoją prawną – karną ocenę treści zawartych spocie wyborczym Komitetu Wyborczego Prawa i Sprawiedliwości oraz zażądał na podstawie art. 14 pkt 5 ustawy o RPO wszczęcia postępowania w kierunku wypełnienia znamion czynu zabronionego z art. 256 § 1 Kk, wspomniane wyżej postanowienie Sądu Rejonowego zostało przywołane. **Prokuratorowi, który wydał zaskarżone niniejszym pismem postanowienie, z pewnością znane zatem było przedstawione w tym orzeczeniu stanowisko.** Mimo to Prokurator zdecydował się całkowicie pominąć opinię Sądu, nie próbując nawet z nią polemizować, i odmówił wszczęcia dochodzenia w zasygnalizowanej przez Rzecznika sprawie. Tym samym w sposób rażący naruszył art. 14 pkt 5 ustawy o RPO.

¹ S. Trociuk, Komentarz do art. 14 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich, LEX/el, nr 29323.

II.

W zażaleniu Rzecznika Praw Obywatelskich, po rozpatrzeniu którego Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy wydał postanowienie w przywołanej wyżej sprawie o sygn. akt III Kp 726/18, przytoczona została obszerna argumentacja przemawiająca za istnieniem po stronie Prokuratury obowiązku wszczęcia postępowania w przypadku, w którym żąda tego Rzecznik. W uzasadnieniu ww. postanowienia Sąd Rejonowy w pełni podzielił tę argumentację, uznając przedstawiony w zażaleniu pogląd za swój. Warto zatem argumentację tę przytoczyć raz jeszcze, na potrzeby niniejszego zażalenia.

Wynikające z treści art. 14 pkt 5 ustawy o RPO uprawnienie przysługujące Rzecznikowi Praw Obywatelskich ma charakter wyjątkowy i w żadnym razie nie może być utożsamiane z instytucją określoną w art. 304 § 2 Kpk, tj. z obowiązkiem niezwłocznego złożenia przez instytucję państwową lub samorządową zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa.

Odrębność wskazanych powyżej instytucji wynika w pierwszym rzędzie ze szczególnych kompetencji powierzonych Rzecznikowi Praw Obywatelskich na mocy art. 208 Konstytucji RP. Na ich odmienny charakter wskazuje również specyfika procedowania skarg przed ewentualnym podjęciem interwencji przez Rzecznika Praw Obywatelskich. Skierowanie przez Rzecznika żądania wszczęcia postępowania przygotowawczego, na podstawie w art. 14 pkt 5 ustawy o RPO, w każdym przypadku poprzedzone jest badaniem, czy skutek działania lub zaniechania organów, organizacji i instytucji, obowiązanych do realizacji wolności i praw nie nastąpiło naruszenie prawa, zasad współżycia społecznego i sprawiedliwości społecznej. Dopiero stwierdzenie prawdopodobieństwa takiego naruszenia skutkuje podjęciem przez Rzecznika interwencji. Z tego względu, realizację ww. uprawnienia przysługującego Rzecznikowi Praw Obywatelskich postrzegać należy jako **środek działania Rzecznika, którego celem jest doprowadzenie do usunięcia stwierdzonych już przez Rzecznika naruszeń praw i wolności obywatelskich.**

Z konstytucyjnej zasady niezawisłości Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 210 Konstytucji RP) należy wyprowadzić wniosek, że taka ocena Rzecznika pozostaje poza kontrolą innych organów. Warto przy tym wspomnieć, że podobne uprawnienie przysługuje Rzecznikowi Praw Obywatelskich także w przypadku interwencji podejmowanych wobec organów administracji publicznej na mocy art. 14 pkt 6 ustawy o RPO. Zgodnie z tym przepisem, Rzecznik może zwrócić się do organu z wnioskiem o wszczęcie postępowania administracyjnego, a wniosek ten – jak wskazał w wyroku z dnia 24 marca 2009 roku

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (sygn. akt II SA/WA 86/09) - jest dla organu wiążący. Przyjęta powyżej interpretacja art. 14 pkt 5 ustawy o RPO wydaje się być zatem zgodna z wymogiem takiej wykładni przepisów proceduralnych, aby pozostawała ona w zgodzie z rozwiązaniami zawartymi w przepisach ustawy o RPO i ustrojową pozycją Rzecznika.

W związku z tym za uzasadnioną należy uznać wysuniętą w niniejszym zażaleniu tezę, że **żądanie, o którym mowa w art. 14 pkt 5 ustawy o RPO jest postacią zawiadomienia kwalifikowanego skutkiem, jaki ma ono wywrzeć w sferze procesowej, tj. doprowadzić do wszczęcia postępowania przygotowawczego.** Zgłoszone przez Rzecznika Praw Obywatelskich żądanie wszczęcia postępowania przygotowawczego – w przeciwieństwie do zawiadomienia złożonego w trybie art. 304 § 2 Kpk – nie podlega zatem kontroli prokuratury i weryfikacji w ramach przedprocesowych czynności sprawdzających. Z tego względu organy ścigania otrzymujące od Rzecznika ww. żądanie obowiązane są niezwłocznie wszcząć postępowanie przygotowawcze w sprawie o przestępstwo ścigane z urzędu.

W uzasadnieniu postanowienia wydanego w sprawie o sygn. akt III Kp 726/18 Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy wzbogacił powyższy wywód o dodatkowy argument. Sąd zauważył, że każdy podmiot, tak osoba fizyczna, jak i prawna, może występować o wszczęcie postępowania przygotowawczego, co wywołuje po stronie Policji lub Prokuratury obowiązek weryfikacji wskazanych faktów w celu ustalenia, czy wszczęcie takiego postępowania jest zasadne. Gdyby zatem przepis art. 14 pkt 5 ustawy o RPO traktować wyłącznie jako prawo do składania wniosków o wszczęcie postępowania, to jego zapisywanie w ustawie o RPO byłoby zbędne i sprzeczne z założeniem racjonalnego działania ustawodawcy. Skoro takie uprawnienie zostało w ustawie zapisane to jest dla Sądu oczywiste, że korzystanie z niego rodzi po stronie organu ścigania dalej idące obowiązki procesowe, niż samo dokonanie oceny zasadności wszczęcia postępowania przygotowawczego. W tym właśnie kontekście Sąd przyjmuje przywołane już wyżej stanowisko, z którego wynika ciążący na organach ścigania obowiązek podjęcia decyzji o wszczęciu postępowania przygotowawczego w każdym przypadku, kiedy Rzecznik Praw Obywatelskich się o to zwraca.

III.

Odnosząc się do czynności przedprocesowych, po przeprowadzeniu których Prokuratura wydała zaskarżone niniejszym pismem postanowienie o odmowie wszczęcia

dochodzenia, przypomnieć należy, że co do zasady ich celem powinno być sprawdzenie – przed wszczęciem postępowania przygotowawczego – informacji przytoczonych w zawiadomieniu o przestępstwie. Czynności te powinny zatem zmierzać od potwierdzenia, czy uzyskana informacja lub złożone zawiadomienie o przestępstwie są na tyle precyzyjne, żeby organy prowadzące postępowanie karne mogły przyjąć, iż w danym przypadku występuje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa. Samo badanie, czy takie przestępstwo rzeczywiście zostało popełnione, jest natomiast celem postępowania przygotowawczego, zgodnie z art. 297 § 1 pkt 1 Kpk.

Przystępując do merytorycznej oceny uzasadnienia wydanego przez Prokuraturę postanowienia należy na wstępie zauważyć, że organ ten, powołując się zarówno na orzecznictwo, jak i doktrynę, prawidłowo opisał znamiona przestępstwa publicznego nawoływania do nienawiści z powodu rasy, narodowości, pochodzenia etnicznego czy wyznania, tj. czynu, o którym mowa w art. 256 § 1 Kk. Przede wszystkim należy zgodzić się z przytoczonymi w postanowieniu definicjami pojęcia „nawoływanie”, które według Prokuratury oznacza m.in. „wzywanie do czegoś”, „skłanianie”, „podburzanie”, „podżeganie”, czy „zachęcanie”. Zasadnie też Prokurator wywodzi, że ktoś nawołujący do nienawiści musi kierować się zamiarem wzbudzenia tej nienawiści u innych osób, co wymaga nie tylko wyrażenia się o danej grupie w negatywny sposób, ale też podjęcie takich zabiegów, aby tą drogą inne osoby zaczęły podzielać podobne opinie i uważać je za swoje. Konsekwentnie Prokurator odwołuje się również do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2007 r., wydanego w sprawie o sygn. akt IV KK 406/06, w którym Sąd stwierdził, że nawoływanie do nienawiści z powodów wskazanych w art. 256 § 1 Kk sprowadza się do tego typu wypowiedzi, które wzbudzają uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób lub całych grup społecznych czy wyznaniowych, bądź też z uwagi na formę wypowiedzi podtrzymują i nasilają takie negatywne nastawienia. Wypowiedź tę uzupełnia kolejne przywołane przez Prokuratora postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2011 r. o sygn. akt V KK 98/11, w którym Sąd utożsamiał nawoływanie do nienawiści m.in. z chęcią wzbudzenia najsilniejszych negatywnych emocji, zbliżonych do wrogości.

Niestety, mimo prawidłowej analizy znamion przestępstwa z art. 256 § 1 Kk, Prokurator dokonał błędnej subsumpcji tego przepisu do stanu faktycznego zasygnalizowanej przez Rzecznika sprawy. W uzasadnieniu postanowienia Prokurator stwierdził, że będący przedmiotem zawiadomienia spot wyborczy „jest w istocie częścią kampanii samorządowej i w sposób przykuwający uwagę wyraża pogląd jego autorów na kwestie napływu migrantów do Polski, lecz nie stanowi próby przekonania kogokolwiek do

określonego uczucia, w tym przypadku nienawiści. [...] nie jest przekonywaniem do nienawiści wyrażanie treści świadczących o tym, że ich autor posiada dany pogląd na dany temat lub żywi określone emocje wobec wskazanej grupy osób”. Nieco dalej Prokurator przedstawił też stanowisko, że „swoim filmikiem wyborczym [autorzy] dali wyraz wyłącznie swoich poglądów, do czego uprawniał ich art. 54 ust. 1 Konstytucji RP”. Nie odnosząc się jeszcze w tym miejscu do zasadności odwołania się przez Prokuratora do przepisu Konstytucji gwarantującego wolność wyrażania opinii zauważyć należy, że sama ocena charakteru spotu wyborczego i zawartej w nim wypowiedzi jest całkowicie nietrafiona. Nie znajduje bowiem racjonalnego uzasadnienia teza Prokuratury, że celem spotu wyborczego, realizowanego na potrzeby samorządowej kampanii wyborczej, było wyłącznie wyrażenie poglądu autorów na problem migracji uchodźczej z krajów muzułmańskich, a nie próba przekonania kogokolwiek do określonego uczucia. Niewątpliwie istotą każdej kampanii wyborczej, a co za tym idzie także wszelkich materiałów wywarzanych na potrzeby takich kampanii, jest właśnie wywołanie u odbiorców określonych emocji, pozytywnych lub negatywnych, które skłonić ich mają do konkretnego zachowania: oddania głosu na dane ugrupowanie. Co więcej, celem kampanii wyborczej jest nie tylko utwierdzenie odbiorców w ich ugruntowanych już poglądach na temat, który w kontekście wyborów uznaje się za istotny. Kampania wyborcza zakłada też modyfikację istniejących w społeczeństwie opinii. W sposób celowy zmierza przecież do przekonania do określonego wyboru osób niezdecydowanych, a nawet do zmiany poglądów przez osoby, które do tej pory nie utożsamiały się z prezentowaną przez dane ugrupowanie wizją porządku społecznego. Wywołanie uczucia i określonych, pożądanых przez autora emocji, jest zatem podstawowym celem kampanii i spotów wyborczych.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich spot wyborczy, którego dotyczyło zawiadomienie, zgodnie z zamierzeniem autorów przedstawić miał społeczność migrantów, a przede wszystkim uchodźców pochodzących z krajów arabskich i wyznających religię muzułmańską, w negatywnym świetle i zmierzał w ten sposób do wywołania u odbiorców lęku oraz niechęci wobec tej społeczności. Autorzy, poprzez odpowiednie zestawienie zdjęć, muzyki i pełnych napięcia komentarzy imitujących relację dziennikarską, świadomie chcieli wywołać u odbiorców wrażenie, że uchodźcy pochodzący z krajów arabskich i wyznawcy Islamu, którzy pojawią się w naszym kraju, będą mieli destrukcyjny wpływ na społeczeństwo i stanowić będą poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa. W tym celu autorzy posłużyli się fragmentami nagrań, które wzmacniały negatywny przekaz spotu, ale niekoniecznie miały związek z uchodźcami. W tym kontekście warto np. zwrócić uwagę na doniesienia portalu OKO.press, który ujawnił, że w omawianym materiale użyto nagrania z

kamer monitoringu berlińskiego metra, przedstawiającego agresywne zachowanie mężczyzny będącego pod wpływem alkoholu, co jednak nie miało żadnego związku z nawet szeroko rozumianą tematyką uchodźczą². W ocenie Rzecznika, tak instrumentalny dobór materiału filmowego również może świadczyć o celowym działaniu autorów spotu, nakierowanym na wzbudzenie skrajnie negatywnych emocji wśród adresatów kampanii. Świadome wywołanie u odbiorców spotu emocji związanych z uchodźcami z krajów arabskich i muzułmańskich zachęcić miało potencjalnych wyborców do oddania w wyborach samorządowych głosu na ugrupowanie polityczne, które w sposób dość jednoznaczny sprzeciwia się przyjmowaniu przez Polskę migrantów.

W skierowanym do Prokuratury zawiadomieniu Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił uwagę na podobieństwo niniejszej sprawy do zawisłej przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka sprawy *Féret przeciwko Belgii*³. W stanie faktycznym, w którym orzekał Trybunał, Pan Daniel Féret, belgijski polityk prowadzący kampanię wyborczą, rozprowadzał w swoim okręgu wyborczym ulotki wyborcze o treści: *stań przeciwko islamizacji Belgii; zatrzymaj udawaną politykę integracyjną; wysłać nie-europejskich poszukiwaczy pracy do domu*. Na podstawie tych ulotek Pan Féret został uznany winnym podżegania do dyskryminacji, co skłoniło go do skierowania do Trybunału skargi, w której zarzucił Belgii naruszenie gwarantowanego mu w art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, przyjętej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284; dalej: Konwencja) prawa do swobody wypowiedzi. W przywołanym wyżej wyroku Trybunał nie zgodził się z tym zarzutem. Trybunał szczegółowo odniósł się przy tym do **wyborczego kontekstu**, w jakim Pan Féret szerzył swoje wypowiedzi. Trybunał nie tylko nie miał wątpliwości, że zawarte w ulotkach treści nie stanowią poglądów polityka, które zasługiwałyby na ochronę wynikającą z art. 10 Konwencji, ale wręcz uznał, że **właśnie przez kontekst wyborczy negatywne przesłanie Pana Féret miało większy wydźwięk i wyraźnie stanowiło podżeganie do nienawiści rasowej**, wobec czego ukaranie polityka było usprawiedliwione poszanowaniem praw innych osób, w szczególności członków społeczności imigrantów. Tymczasem w zaskarżonym niniejszym piśmie postanowieniu Prokurator ten ważny aspekt sprawy pominął, a spot wyborczy uznał wyłącznie za wyraz poglądów jego autorów.

²<https://oko.press/zalosny-klip-wyborczy-pis-nie-islamski-uchodzca-lecz-bulgar-nie-po-lecz-unia-metropolii-i-nie-te-wybory/> (dostęp: 4 grudnia 2018 r.).

³ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 16 lipca 2009 r., skarga nr 15615/07.

Przechodząc od rozważań na temat natury spotu wyborczego do oceny prawno – karnej jego treści Prokurator Okręgowy stwierdził, że „żadna zaprezentowana w spocie forma przekazu nie podlega, nie wzywa, ani nie apeluje o żadne akty niechęci czy wrogości. Nawet z punktu widzenia gramatycznego”. Także z tą oceną nie sposób się jednak zgodzić. W tym miejscu ponownie należy odwołać się do uzasadnienia wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Féret przeciwko Belgii*. W orzeczeniu tym Trybunał zauważył bowiem, że **nawoływanie do nienawiści nie musi wiązać się z wzywaniem do przemocy albo innych aktów kryminalnych. Wystarczy, co miało miejsce zarówno w sprawie Pana Féret, jak i w przypadku przedmiotowego spotu wyborczego, że dane wypowiedzi w sposób wyraźny prowadzą do budzenia poczucia nieufności, odrzucenia lub nawet nienawiści do obcokrajowców**. Podobna teza pojawiła się też w przywoływanym już wyroku Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt IV KK 406/06. Na potrzeby niniejszego wyводу tezę tę warto w tym miejscu powtórzyć: w ocenie Sądu, znamiona czynu zabronionego określonego w art. 256 § 1 Kk wypełnić mogą również wypowiedzi słowne lub pisemne, które **wzbudzają uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób bądź całych grup społecznych czy wyznaniowych, lub z uwagi na formę podtrzymują i nasilają takie negatywne nastawienia**. Na temat publicznych wypowiedzi zmierzających do wzbudzenia poczucia zagrożenia i niechęci w stosunku do migrantów wypowiedział się również Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w cytowanym wyżej postanowieniu z dnia 21 września 2018 r. (sygn. akt III Kp 726/18). W orzeczeniu tym Sąd zauważył, że **przedstawianie imigrantów (...) jako potencjalnego źródła zagrożenia napadem, gwałtem lub mordem (...) bez wątpienia wzbudza u znacznej części odbiorców uczucia niechęci i wrogości (...)**. W ocenie Sądu fakt, że autor wypowiedzi, która była przedmiotem postępowania, w żaden sposób nie zdystansował się od tego typu stwierdzeń przywoływanych w jego tekście może być dowodem na to, że pragnął on, aby czytelnicy takie poglądy podzielili. Sąd stwierdził również, że **tekst, który funkcjonuje w sferze ideologicznych manipulacji zmierzających w kierunku wzrostu skrajnie wrogich odczuć wobec osób o innym pochodzeniu etnicznym, pozostaje poza granicami wymiany myśli i poglądów i nie jest uzasadnione traktowanie go jako głosu w dyskusji**.

Nie można ponadto zgodzić się z twierdzeniem Prokuratury, że spot wyborczy, będący poglądem jego autorów, korzysta w tym przypadku z gwarancji, jaką stwarza art. 54 ust. 1 Konstytucji RP przyznający każdemu wolność wyrażania opinii. Prokurator pominął bowiem fakt, że wolność ta nie jest nieograniczona. Zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 17 sierpnia 2016 r., wydanym w sprawie o sygn. akt IV KK 53/16 ze

skargi kasacyjnej Rzecznika Praw Obywatelskich na postanowienie Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z dnia 24 sierpnia 2015 r. (sygn. akt VII Kz 345/15) o utrzymaniu w mocy postanowienia Sądu Rejonowego w Bielsku-Białej z dnia 1 czerwca 2015 r. (sygn. akt IX K 217/15) umarzającego postępowanie w sprawie o przestępstwo publicznego nawoływania do nienawiści (art. 256 § 1 Kk) i publicznego znieważenia grupy osób na tle pochodzenia etnicznego (art. 257 Kk). W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy, w pierwszej kolejności, potwierdził, że w myśl art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, każdemu zapewnia się wolność wyrażania poglądów. Dalej zauważył jednak, że w polu uwagi sądów orzekających w nin. sprawie powinny także pozostawać dwa inne przepisy Konstytucji RP, tj. art. 31 ust. 3, przewidujący ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności ze względu m.in. na porządek publiczny oraz wolności i prawa innych osób, oraz art. 30 stanowiący, że przyrodzona i niezbywalna godność człowieka jest nienaruszalna. Również Europejski Trybunał Praw Człowieka konsekwentnie odmawia przyznawania ochrony prawnej, wynikającej z wolności wyrażania opinii gwarantowanej w art. 10 Konwencji, takim wypowiedziom, które rozpowszechniają, nawołują, promują lub usprawiedliwiają nienawiść opartą na nietolerancji⁴. W decyzji o odpuszczalności skargi, wydanej w sprawie *Norwood przeciwko Wielkiej Brytanii* w dniu 16 listopada 2004 r. (skarga nr 23131/03) Trybunał uznał, że na taką ochronę prawną nie zasługują np. wypowiedzi sprowadzające się do ogólnikowego, gwałtownego ataku na określoną grupę religijną, łączące tę grupę jako całość z wydarzeniami zagrażającymi bezpieczeństwu, w tym przypadku z atakami terrorystycznymi. Wypowiedzi takie, w ocenie Trybunału, są niezgodne z wartościami głoszonymi i gwarantowanymi przez Konwencję, zwłaszcza z tolerancją, pokojem społecznym i niedyskryminacją. Podobnie w analizowanej już sprawie *Féret przeciwko Belgii* Trybunał, że ze względu na ustne ataki polegające na obrażaniu albo szkalowaniu określonej grupy ludności władze powinny uznać, że należy wziąć stronę pokrzywdzonych takimi wypowiedziami, a nie chronić niewłaściwe korzystanie z wolności wypowiedzi.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że ocena Prokuratora Okręgowego, zgodnie z którą treści zawarte w spocie wyborczym są wyłącznie poglądem jego autorów i nie stanowią „siania nienawiści”, tj. namawiania, zachęcania, skłaniania, podburzania, podżegania do wrogości wobec innej osoby czy osób”, czy „wzbudzania uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób lub całych grup społecznych czy wyznaniowych”, jest nie tylko przedczesna, ale i całkowicie nieuzasadniona. Wydaje się również, że ograniczenie aktywności organu

⁴ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Erbakan przeciwko Turcji* z 6 lipca 2006 roku, skarga nr 59405/00.

procesowego w tej sprawie do czynności przedprocesowych uchybiło szeregowi obowiązków Polski w zakresie ochrony przed naruszającą godność dyskryminacją, wynikających z ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie umów międzynarodowych, m.in. z art. 20 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167), art. 4 Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (Dz.U. z 1969 r. nr 25, poz. 187), czy art. 14 wspomianej już Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

W tym kontekście, na zakończenie, przypomnieć należy o standardach, jakie w zakresie przeciwdziałania przestępstwom motywowanym nienawiścią wyznacza państwom – stronom Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności Europejski Trybunał Praw Człowieka. Trybunał niejednokrotnie podkreślał, że dyskryminacja, ze względu na jej niebezpieczne skutki, wymaga od władz specjalnej czujności i stanowczej reakcji. Władze muszą zatem użyć wszystkich dostępnych środków do zwalczania rasizmu i przemocy na tle rasistowskim, aby w ten sposób wzmacniać demokratyczną wizję społeczeństwa, w którym różnorodność nie jest odbierana jako zagrożenie, ale źródło jego bogactwa⁵. Z potrzeby ustawicznego wzmacniania w społeczeństwie potępienia rasizmu i nienawiści rasowej oraz zachowania przez mniejszości zaufania, że władze potrafią chronić je przed zagrożeniem przestępczością opartą na nienawiści, wynika również ciężący na organach ścigania obowiązek skutecznego i wolnego od dyskryminacji prowadzenia czynności śledczych w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa motywowanego uprzedzeniami⁶. W sprawach dotyczących tego typu przestępstw organy ścigania muszą podejmować działania rozsądne, uzależnione od okoliczności, aby zebrać i zabezpieczyć dowody, badać wszystkie konkretne możliwości wykrycia prawdy i wydać decyzje wyczerpująco uzasadnione, bezstronne i obiektywne, bez pomijania delikatnych faktów wskazujących na to, że przestępstwo motywowane było nienawiścią na tle rasowym, narodowościowym, etnicznym lub wyznaniowym⁷. W niniejszej sprawie istnieją uzasadnione wątpliwości, czy ww. standardy zostały zachowane.

W związku z powyższym wnoszę jak w petitum.

⁵ Por. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 6 lipca 2005 r. w sprawie *Nachova i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 43577/98 i 43579/98.

⁶ Por. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 31 maja 2007 r. w sprawie *Šečić przeciwko Chorwacji*, skarga nr 40116/02.

⁷ por. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 5 lipca 2007 r. w sprawie *Celniku przeciwko Grecji*, skarga nr skarga nr 21449/04.