

Sygn. akt PR 4 Ds. 640.2018.VI

Warszawa, dnia 23 maja 2018 r.

## POSTANOWIENIE

### o odmowie wszczęcia śledztwa

**Anna Zalewska** – Prokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa Śródmieście – Północ po zapoznaniu się z zawiadomieniem Zbigniewa Kękusia w sprawie o czyn z art. 231 § 1 kk, na podstawie art. 305 § 1 i 3 k.p.k., art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.

#### postanowił:

odmówić wszczęcia śledztwa w sprawie niedopełnienia obowiązków służbowych wynikających z art. 304 § 2 kpk w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich przy al. Solidarności 77 w Warszawie, w dniu 28 listopada 2016 r. poprzez niezłożenie zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa nawoływania do nienawiści na tle różnic wyznaniowych przez Zbigniewa Kękusia, w związku z opublikowaniem na stronie internetowej [www.kekusz.pl](http://www.kekusz.pl) treści antysemitycznych, co stanowiło działanie na szkodę interesu publicznego oraz prywatnego Zbigniewa Kękusia, tj. o czyn z art. 231 § 1 kk

- na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 kpk – wobec braku ustawowych znamion czynu zabronionego;

## UZASADNIENIE

W dniu 10 maja 2018 r. do Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście Północ wpłynęło przekazane przez Prokuraturę Rejonową Warszawa-Śródmieście zawiadomienie Zbigniewa Kękusia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez Rzecznika Praw Obywatelskich tj. o czyn z art. 231 § 1 kk.

Z uzasadnienia zawiadomienia oraz dołączonych do niego dokumentów wynika, że Zbigniew Kękuś na stronie internetowej opublikował szereg artykułów zawierających treści antysemityczne o tytułach m.in. „*Moje rozliczenia z Żydami. Rzecznik Praw Obywatelskich Adam*

Za zgodność  
świadczy Referent  
Prokuratury Rejonowej  
Warszawa Śródmieście Północ

*Bodnar – strażnik interesów sprawców przestępstw Żydów i homoseksualistów”, „Moje rozliczenia z żydami. Intelktualna i moralna wyższość Polaka nie-Żyda nad ponemieckim Żydem, czyli jak Kamilla D. loda robiła A. Zollowi”, „Rządy Żydów w Polsce. RPO Adam Bodnar rzecznik Żydów i homoseksualistów oraz Zbigniew Ziobro łajdak i karierowicz, czy także zbrodniarz” oraz „Rządy Żydów w Polsce, czyli o RPO Adamie Bodnarze, który chroni interesu żydów oraz pederastów, dyskryminując ofiary patologii Żydów ortodoksów”.* Niektóre z wypowiedzi zawartych w w/w artykułach naruszały dobra osobiste pracowników Biura Rzecznika Praw Obywatelskich, w związku z czym Z-ca Rzecznika Praw Obywatelskich Stanisław Trociuk w piśmie z dnia 28 listopada 2016 r. udzielił Elizie Grabowskiej-Szweicer pełnomocnictwa do reprezentowania kierowanej przez niego instytucji w w/w sprawach. Działając na podstawie udzielonego pełnomocnictwa r. pr. Eliza Grabowska-Szweicer zwróciła się do administratorów strony internetowej <http://kekus.pl> Fundacja Akademickie Inkubatory Przedsiębiorczości oraz Inwestnet.com z wnioskiem o zablokowanie dostępu do w/w artykułów, dostępnymi pod wskazanymi linkami. Treści te zostały zablokowane, w związku z czym Zbigniew Kękuś przeniósł swoją stronę internetową na inny serwer i funkcjonuje ona w dalszym ciągu.

W dalszej korespondencji z Biurem Rzecznika Praw Obywatelskich Zbigniew Kękuś domagał się w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej wydania przez RPO kserokopii zawiadomienia złożonego przez Rzecznika Praw Obywatelskich o podejrzeniu popełnienia przez wnioskodawcę przestępstwa lub oświadczenia, że Rzecznik nie złoży takiego zawiadomienia. W piśmie z dnia 19 września 2017 r., nr BDG-WPSO.0134.25.2017 Rzecznik udzielił odpowiedzi, że nie złożył zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez Zbigniewa Kękusia, a żądanie złożenia oświadczenia przez organ nie mieści się w zakresie informacji publicznej. Na pismo skierowane przez Zbigniewa Kękusia bezpośrednio r. pr. Elizy Grabowskiej-Szweicer nie dostał on natomiast żadnej odpowiedzi.

Po przeanalizowaniu złożonego zawiadomienia oraz dołączonych do niego materiałów pod kątem wypełnienia znamion czynu zabronionego uznać należy, że brak jest podstaw do wszczęcia postępowania w niniejszej sprawie. Aby wszcząć bowiem postępowanie karne organ procesowy musi mieć uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, przy czym pojęcie to odnosi się zarówno do zaistnienia samego czynu, jak i tego, że wypełnia on znamiona czynu zabronionego (tak: R.A. Stefański w: kodeks

Za zgodność  
świadczy Referent  
Prokuratury Rejonowej  
Warszawa Śródmieście Północ

postępowania karnego komentarz, pod red. Z. Gostyńskiego, wydawnictwo ABC 2003, tom II, str. 34-35).

Zgodnie z art. 231 § 1 kk odpowiedzialności karnej podlega funkcjonariusz publiczny, który przekracza swoje uprawnienia lub niedopełnia obowiązków działając na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Przekroczenie uprawnień wymaga wskazania, że podjęte przez sprawcę zachowanie nie wchodziło w zakres jego kompetencji lub też jest niezgodne z prawnymi warunkami podjętej przez funkcjonariusza publicznego czynności. Natomiast niedopełnienie obowiązków obejmuje zaniechanie podjęcia nałożonego na funkcjonariusza publicznego obowiązku, jak i niewłaściwe jego wykonanie. Nie każde przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków stanowi jednak przestępstwo z art. 231 § 1 kk (por. *wyrok SN z dnia 23 czerwca 2015 r., WA 6/15*). Dla jego bytu konieczne jest ustalenie „działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego” (*ibidem*). Jak wskazuje się w orzecznictwie przestępstwo określone w art. 231 § 1 lub 2 k.k. nie jest przestępstwem formalnym, ale należy do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamienych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym (por. *wyrok SA w Szczecinie z dnia 16 grudnia 2015 r., II AKa 201/15; postanowienie SN z dnia 16 kwietnia 2014 r., II KK 96/13*). Niebezpieczeństwo to nie musi być bezpośrednie, ale musi być rzeczywiste i skonkretyzowane (por. *uchwała 7 sędziów SN z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 24/12*). Domniemanie, że każde formalne przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków służbowych stanowi samo przez się działanie na szkodę interesu publicznego i to zarówno pod względem podmiotowym jak i przedmiotowym, nie dałoby się pogodzić z materialną definicją przestępstwa (art. 1 k.k.) i pomijałoby oczywisty fakt, że oprócz odpowiedzialności karnej istnieje także odpowiedzialność służbowa czy dyscyplinarna. (por. *wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 1974 r. o sygn. II KR 177/74, OSP 1976/6/122*). Stwierdzenie zatem, że funkcjonariusz publiczny naruszył art. 231 § 1 k.k. wymaga ustalenia istnienia związku przyczynowego między niedopełnieniem obowiązków a powstaniem zagrożenia dla chronionego prawem dobra publicznego czy prywatnego (por. *uchwała SN z dnia 28 maja 2015 r., SNO 21/15*). Nadto przestępstwa określonego w § 1 komentowanego przepisu można dokonać działając tylko umyślnie. Funkcjonariusz publiczny musi więc obejmować swoim zamiarem zarówno przekroczenie uprawnień lub niewypełnienie obowiązków, jak i

Za zgodność  
świadczy Referent  
Prokuratury Rejonowej  
Warszawa Śródmieście Północ

"działanie" na szkodę interesu publicznego lub prywatnego (por. *postanowienie SN z dnia 25 lutego 2003 r., WK 3/03*).

Uwzględniając przedstawione argumenty nie sposób uznać, aby Rzecznik Praw Obywatelskich nie dopełnił obowiązków wynikających z art. 304 § 2 kpk. Zgodnie z tym przepisem instytucje państwowe i samorządowe, które w związku ze swą działalnością dowiedziały się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu, są obowiązane niezwłocznie zawiadomić o tym prokuratora lub Policję oraz przedsięwziąć niezbędne czynności do czasu przybycia organu powołanego do ścigania przestępstw lub do czasu wydania przez ten organ stosownego zarządzenia, aby nie dopuścić do zatarcia śladów i dowodów przestępstwa. Powstanie obowiązku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa przez instytucję państwową uzależnione jest więc uzależnione od kilku przesłanek. Pierwsza z nich dotyczy istnienia okoliczności wskazujących na popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, a druga „dowiedzenia się” przez pracowników instytucji wymienionych w art. 304 § 2 k.p.k. o jego popełnieniu, w związku z wykonywanymi przez nie zadaniami ustawowymi. Ponadto osoby działające w imieniu w/w instytucji muszą mieć świadomość, że rzeczywiście zostało popełnione przestępstwo, a organy ścigania mogą nie posiadać wiedzy o jego popełnieniu. Nie można bowiem przepisu art. 304 § 2 kpk interpretować w taki sposób, że instytucje państwowe lub samorządowe mają obowiązek zawiadamiać o wszystkich antysemickich treściach, dostępnych w Internecie i mogących potencjalnie wyczerpywać znamiona przestępstwa, albowiem prowadziłyby to do prowadzenia wielu postępowań karnych o to samo zdarzenie historyczne przez różne jednostki prokuratury i policji w kraju, paraliżując w ten sposób działania organów państwa. Aby można więc było przypisać popełnienie przestępstwa określonego w art. 231 § 1 lub 2 k.k., konieczne jest też ustalenie strony podmiotowej w odniesieniu do całości zachowania sprawcy opisanego w powołanym przepisie i niewykonanie nakazu przewidzianego w art. 304 § 2 k.p.k. może stanowić przestępstwo stypizowane w art. 231 § 1 lub 2 k.k. tylko wówczas, gdy funkcjonariusz publiczny zobowiązany na podstawie tego przepisu do denuncjacji nie zawiadamia o przestępstwie ściganym z urzędu pomimo świadomości tego, że je popełniono, oraz gdy sam ma świadomość tego, iż przekracza uprawnienia lub nie dopełnia obowiązków i przez to działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego (por. *wyrok SN z dnia 12 lutego 2008 r., WA 1/08*).

Za zgodność  
świadczy Referent  
Prokuratury Rejonowej  
Warszawa Śródmieście Północ

Nie przesądzając ostatecznie o tym, czy Zbigniew Kękus dopuścił się popełnienia przestępstwa z art. 256 § 1 kk wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem odpowiedzialności karnej podlega osoba, która publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Nawoływanie do nienawiści z powodów wymienionych w tym przepisie 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 i podkreślają tym samym uprzywilejowanie, wyższość określonego narodu, grupy etnicznej, rasy lub wyznania (por. postanowienie SN z dnia 05 lutego 2007 r., IV KK 406/06).

Dokonując oceny wypowiedzi zamieszczonych w Internecie pod kątem tego, czy wyczerpują one znamiona przestępstwa nie można jednak tracić z pola widzenia jednej z fundamentalnych zasad demokratycznego państwa prawnego, jaką jest wolność słowa, wynikająca z art. 10 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Prawach Człowieka (dalej: EKPC) oraz z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP.

W wyroku z dnia 02 lipca 2013 r., III SK 42/12 Sąd Najwyższy rozpoczynając od standardu konwencyjnego stwierdził, że swoboda wypowiedzi z art. 10 ust. 1 EKPC obejmuje nie tylko treść wypowiedzi, ale i jej formę (wyrok ETPCz z dnia 23 maja 1991 r., skarga nr 11662/85 Oberschlick (nr 1), § 57; wyrok ETPCz z dnia 1 lipca 1997 r., skarga nr 20834/92 Oberschlick (nr 2), § 34), a także sam środek przekazu (wyrok ETPCz z 10 lipca 2003 r., skarga nr 44179/98 Murphy, § 61; wyrok ETPCz z 28 czerwca 2001 r., skarga nr 24699/94 VgT Verein gegen Tierfabriken, § 66; wyrok ETPCz z 8 listopada 2012 r., skarga nr 43481/09 Peta Deutschland, § 47). Szeroki zakres ochrony swobody wypowiedzi wynika z fundamentalnego znaczenia tej swobody w demokratycznym, pluralistycznym społeczeństwie. Zgodnie z wielokrotnie artykułowaną przez ETPCz tezą, swoboda wypowiedzi „nie ogranicza się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie, uważane za nieobraźliwe lub neutralne, lecz odnosi się także do tych, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój” (wyrok ETPCz z 23 września 1994 r., skarga nr 15890/89 Jersild, § 31; wyrok ETPCz z 8 listopada 2012 r., skarga nr 43481/09 Peta Deutschland, § 46). Wolność słowa obejmuje swoim zakresem także wypowiedzi wyrażające dezaprobatę, niechęć, uprzedzenia, czy antypatie (por. klasyczny już

Za zgodność  
świadczy Referent  
Prokuratury Rejonowej  
Warszawa Śródmieście Północ

wyrok ETPCz z dnia 07 grudnia 1976 r. w sprawie Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 5493/72, § 43-49 cyt. za wyrok TK z dnia 25 lutego 2014 r., SK 65/12). W rezultacie z wolności słowa korzystają wypowiedzi, które nie są podzielane przez władze lub większość społeczeństwa (por. powołany już wcześniej wyrok SN z dnia 02 lipca 2013 r., III SK 42/12).

Język internautów natomiast, co jest rzeczą powszechnie znaną, jest dosadny, skrótowy, często odbiega od standardów komunikacji, jakie obowiązują w społeczeństwie (por. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 17 listopada 2009 r., I ACa 949/09). Ta okoliczność także sprawia, że wulgaryzmy, które służą podkreśleniu ekspresji wypowiedzi są akceptowane i powszechnie używane (por. wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 marca 2015 r., I ACa 901/14).

Identyczne stanowisko jest prezentowane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku z dnia 23 marca 2006 r., K 4/06 Trybunał Konstytucyjny w pełnym składzie stwierdził m.in., że swoboda wypowiedzi jest jednym z fundamentów społeczeństwa demokratycznego, warunkiem jego rozwoju i samorealizacji jednostek. Swoboda ta nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne (por. wyrok TK z dnia 30 października 2006 r., P 10/06).

Uwzględniając powyższe poglądy stwierdzić należy, że nie każda wypowiedź antysemicka i obraźliwa zamieszczona w Internecie wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 257 kk, gdyż jest to uzależnione od konkretnych realiów faktycznych. Przytoczone powyżej orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego jest znane nie tylko organom ścigania, ale również pracownikom Biura Rzecznika Praw Obywatelskich, którzy są w stanie samodzielnie ocenić, czy publikowane przez zawiadamiającego treści antysemickie uzasadniały wszczęcie przeciwko niemu postępowania karnego, lub też czy wystarczającym było podjęcie innych działań o charakterze administracyjnym i cywilnym. Nie każde naruszenie dóbr osobistych pracownika biura RPO wyczerpuje automatycznie znamiona przestępstwa, a już samo zbyt pochopne wszczęcie postępowania karnego, nawet jeżeli zakończyłoby się ono pozytywnie dla oskarżonego mogłoby wywołać efekt mrozący dla debaty publicznej i wzmacniać skrajne ugrupowania polityczne poszukujące w represji ze strony państwa energii do poszukiwania kolejnych zwolenników (por. wyrok TK z dnia 19 lipca 2011 r., K 11/10).

Za zgodność  
świadczy Referent  
Prokuratury Rejonowej  
Warszawa Śródmieście Północ

Mając na uwadze powyższe argumenty stwierdzić należy, że Rzecznik Praw Obywatelskich nie miał obowiązku zawiadomić organów ścigania o popełnieniu przestępstwa przez Zbigniewa Kękusia, a zatem należało w oparciu o przepis art. 17 § 1 pkt 2 kpk odmówić wszczęcia postępowania w niniejszej sprawie.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak na wstępie.

PROKURATOR  
PROKURATURA REJONOWEJ  
Warszawa Śródmieście Północ

Anna Zalewska

**Pouczenie:**

Na powyższe postanowienie przysługuje zażalenie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy (art. 306 § 1 kpk oraz art. 325a kpk oraz art. 465 § 2 kpk):

- pokrzywdzonemu,
- instytucji wymienionej w art. 305 § 4 kpk,
- osobie wymienionej w art. 305 § 4 kpk, jeżeli wskutek przestępstwa doszło do naruszenia jej praw.

Sąd może utrzymać w mocy zaskarżone postanowienie lub uchylić je i przekazać sprawę prokuratorowi celem wyjaśnienia wskazanych okoliczności, bądź przeprowadzenia wskazanych czynności (art. 330 § 1 kpk).

Jeżeli prokurator nadal nie znajdzie podstaw do wniesienia aktu oskarżenia, wyda ponownie postanowienie o umorzeniu śledztwa (dochodzenia) lub odmowie jego wszczęcia. W takim wypadku pokrzywdzony, który wykorzystał uprawnienie przewidziane w art. 306 § 1 i 1a kpk, może wnieść akt oskarżenia do sądu w terminie 1-go miesiąca od daty doręczenia zawiadomienia o postanowieniu (art. 330 § 2 kpk i art. 55 § 1 kpk). Akt oskarżenia winien spełniać wymogi określone w art. 55 § 1 i 2 kpk.

Inny pokrzywdzony tym samym czynem może aż do rozpoczęcia przewodu sądowego na rozprawie głównej przyłączyć się do postępowania (art. 55 § 3 kpk).

Uprawnionym do złożenia zażalenia, o których mowa w art. 306 § 1 kpk, przysługuje prawo przejrzenia akt sprawy.

Zażalenie wnosi się za pośrednictwem prokuratora, który wydał postanowienie. Termin do wniesienia zażalenia wynosi 7 dni od daty doręczenia odpisu postanowienia i jest zawity. Zażalenie wniesione po upływie terminu jest bezskuteczne (art. 122 § 1 i 2, art. 460 kpk).

**Zarządzenie:**

1. Stosownie do art. 100 § 2 w zw. z art. 106 kpk, art. 140, 306 § 1 pkt 1 i 3 kpk odpis postanowienia doręczyć:  
- pokrzywdzony: **Zbigniew Kękuś k. 1**

PROKURATOR  
PROKURATURA REJONOWEJ  
Warszawa Śródmieście Północ

Anna Zalewska

Za zgodność  
świadczy Referent  
Prokuratury Rejonowej  
Warszawa Śródmieście Północ