

Wolność słowa a mowa nienawiści – dawniej i dziś



Andrzej Dziadzio

Profesor doktor habilitowany, Kierownik Katedry Powszechnej Historii Państwa i Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Specjalizuje się w historii ustroju i prawa monarchii habsburskiej oraz dziejach Galicji. Autor kilku książek i kilkudziesięciu artykułów opublikowanych w polskich i zagranicznych wydawnictwach naukowych.

Freedom of Speech and Hate Speech – Before and Today

In both American and European academic debates on the legal nature of hate speech arguments of historical-legal character are frequently overlooked. In fact, hate speech is not a contemporary “invention”. The content of this term was defined more than 150 years ago in the legal codes of absolutist monarchies, e.g. in the Austrian Criminal Code of 1852. This served as the basis for penal repression aimed in the Austrian constitutional monarchy at opposition media outlets, nationalist as well as socialist. Curbing hate speech in the Habsburg Monarchy had the characteristics of repressive censorship, widely used under what was called the objective criminal procedure that led to limiting the constitutional freedoms of speech and press, authorized by the December Constitution of 1867. The historical example of the Austrian monarchy shows that hate speech as a legal construct is placed in opposition to freedoms of speech and press. Correct construction and accurate application of vague and underdetermined terms employed by legislation penalizing hate speech is contingent upon the „sensitivity” of the judges. Austrian courts were careful in examining allegations of verbal attacks motivated by one’s hostility towards an ethnic, national, religious or political group. Juries, which would often acquit the accused, were motivated by a concern that the authorities may take advantage of the law governing hate speech to contain the spread of opinions disapproved thereby. As a consequence, Austrian prosecution pleaded their case before a court comprised of jurors exceptionally rarely in hate speech cases (so-called subjective procedure). Denouncements of governments’ inadequacy in fighting hate crimes see to overlooked the danger triggered by penal repression founded on laws on hate speech. Troubles induced by construction thereof have been espoused in the judgments of the Federal Constitutional Court of Germany.

I. Współczesna dyskusja wokół pytania, czy penalizacja mowy nienawiści stanowi zagrożenie dla wolności słowa, czy przeciwnie – mowa nienawiści jest uprawnionym i dopuszczal-

nym jej ograniczeniem – wydaje się przechylać na korzyść drugiego z poglądów. Głos sprzeciwu wobec zdjęcia konstytucyjnej ochrony z wypowiedzi kwalifikowanych jako mowa nienawiści

bardziej jest jednak słyszalny w dyskusji amerykańskiej. Za mowę nienawiści (ang. *hate speech*) przyjęło się tradycyjnie uważać każdą formę wypowiedzi, która wyraża nienawiść motywowaną względami rasistowskimi, religijnymi, etnicznymi czy narodowymi. W Europie tego rodzaju zachowania zostały

zakaz dla ustawodawcy zawarty w *Bill of Rights* z 1791 r., że „Kongres nie będzie stanowił żadnych praw (...), które by ograniczały wolność słowa i prasy”, przywołuje się jako argument za rozstrzygnięciem konfliktu wartości *in favorem* wolności głoszenia poglądów.



W amerykańskim jądrze wolności słowa tkwi idea, że do odkrycia prawdy i jej upowszechnienia służy wolność myślenia tego, co się chce, i mówienia tego, co się myśli.

obłożone sankcją karną po II wojnie światowej, jako środek prewencyjny przeciwko możliwości odrodzenia się ideologii rasistowskiej (w 1960 r. w niemieckiej ustawie karnej pojawił się § 130 zakazujący tzw. *Hassrede*). W latach osiemdziesiątych XX wieku w zakres tego pojęcia włączono każdy werbalny atak z powodu płci, wieku czy orientacji seksualnej. Niektóre państwa europejskie na przełomie XX i XXI wieku zakazały także tej formy mowy nienawiści (np. Francja, w nowelizacji ustawy o wolności prasy z 2004 r.).

W amerykańskim sporze o mowę nienawiści bardziej eksponuje się wolność słowa – jako wartość wręcz absolutną¹. Każda więc próba ograniczenia tej wolności, nawet podjęta w imię ochrony spokoju publicznego i zagrożonych dóbr osobistych jednostki, może być uznana za naruszenie pierwszej poprawki do konstytucji, jako naczelnej i nadrzędnej wartości porządku konstytucyjnego². Wyraźny

W amerykańskim jądrze wolności słowa tkwi idea, że do odkrycia prawdy i jej upowszechnienia służy wolność myślenia tego, co się chce, i mówienia tego, co się myśli. Z amerykańskiej tradycji wolności słowa wynika zasada, że wszystkie poglądy mają dostęp do *marketplace of ideas*. Z jednej strony towarzyszy jej bowiem wiara, że dobre poglądy zwyciężą w konkurencji ze złymi, z drugiej strony – nieufność i wstrzeźliwość wobec powierzenia władzy prawa do wybierania między dobrymi lub złymi przekonaniem. Władza publiczna nie może spokoju publicznego zabezpieczać tylko poprzez strach przed karą – głoszą przeciwnicy penalizacji mowy nienawiści. Strach prowadzi bowiem do represji, represja do nienawiści, a nienawiść destabilizuje życie społeczne. Przekonują, że droga do bezpieczeństwa prowadzi przez stworzenie możliwości dyskusowania o problemach i sposobach ich rozwiązywania³.

1 Zob. F. Longchamps de Bérier, *Wolność słowa w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Zagadnienia podstawowe* (w: *Ratio est anima legis. Księga jubileuszowa ku czci profesora Janusza Trzcińskiego*, Warszawa 2007, s. 431 i n.

2 Nieco inne podejście do wolności słowa prezentowali ojcowie Konstytucji 3 maja, gwarantując w prawach kardynalnych z 7 stycznia 1791 r. „głos wolny każdemu obywatelowi”, ale „wszakże pod odpowiedzialnością w sądzie, gdyby kto pismem

lub drukiem, *directé* do buntu skłaniał i gdyby kto krzywdził sławę bliźniego swego”. Zob. na ten temat A. Dziadzio, *Polski model „rządów prawa” a europejska wizja „państwa prawa” w XIX wieku* (w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, t. I, Warszawa 2012, s. 137–146.

3 J. Sirsch, *Die Regulierung von Hassrede in liberalen Demokratien* (w: J. Meibauer (red.), *Hassrede/Hate Speech*

Dla obrońców liberalnego rozumienia wolności w duchu poglądów J.S. Milla gwarancja wolności słowa chroni nawet „słowa, których nienawidzimy”⁴; wolność słowa jest zawsze wolnością dla inaczej myślących. Karalność mowy nienawiści przedstawia się im jako forma cenzury, która nigdy nie będzie sku-

facto popularności „prześladowanych” idei. Ich zdaniem istnieje nadto uzasadniona obawa, że niedookreślona i generalna norma penalizująca mowę nienawiści posłuży nie tylko do zwalczania ewidentnych jej przypadków, ale może prowadzić do eliminacji z debaty publicznej całej gamy niepopu-



Zdaniem krytyków karalności mowy nienawiści istnieje nadto uzasadniona obawa, że niedookreślona i generalna norma penalizująca mowę nienawiści posłuży nie tylko do zwalczania ewidentnych jej przypadków, ale może prowadzić do eliminacji z debaty publicznej całej gamy niepopularnych i nieprawomyślnych poglądów.

tecznym sposobem przeciwstawienia się rasizmowi, szowinizmowi czy ksenofobii, bo odwraca uwagę od przyczyn tych zjawisk w kierunku jedynie rozpoznania symptomów. Wolność dla idei „nienawistnych” spełnia więc pożyteczną rolę, ułatwia bowiem diagnozowanie poglądów i lepsze zrozumienie ich istoty. Dopuszczenie mowy nienawiści działa jak wentyl bezpieczeństwa umożliwiający kanalizowanie społecznych emocji. Leży to w interesie liberalnej demokracji, której ideały powinny konkurować z odmiennymi światopoglądami i wizjami życia, jeśli nie mają przekształcić się w martwe dogmaty⁵.

Niepożądanym efektem nadzorowania i represjonowania przez instytucje państwowe skrajnych poglądów stać się może – w przekonaniu krytyków karalności mowy nienawiści – zwiększenie się de-

larnych i nieprawomyślnych poglądów. Penalizacja mowy nienawiści stanowić przez to może pierwszy krok do zniszczenia wolności wyrażania poglądów jako jednej z najcenniejszych zdobyczy cywilizacji zachodniej.

W europejskiej dyskusji względ na zagrożenia związane z eliminacją mowy nienawiści z przestrzeni publicznej schodzi niejako na drugi plan. Dominujący staje się bowiem przekaz, że mowa nienawiści jest przejawem nadużycia wolności słowa i przez to nie korzysta z konstytucyjnej ochrony. Tłumaczy się to tym, że inaczej niż w Stanach Zjednoczonych – konstytucje europejskie za wartość nadrzędną uznają godność jednostki. Z mniejszymi zatem oporami spotyka się w Europie podążanie za głosem o konieczności penalizacji mowy nienawiści, ponieważ większą siłę oddziaływania mają argumenty o przeciwdziałaniu w ten sposób krzywdzie osób dotkniętych poniżającymi opiniami innych. Odмова ochrony prawnej grup społecznych przed fałszywymi oskarżeniami, pogardą i zniesławieniem prowadzi bowiem do osłabienia demokracji, która

Interdisziplinäre Beiträge zu einer aktuellen Diskussion, Gießener Elektronische Bibliothek 2013, s. 172 i n.

4 Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011, s. 135 i n.

5 Tamże.

przecież opiera się na aktywności zbiorowej, a nie indywidualnej⁶. Mowa nienawiści jest niczym innym, jak atakiem na pluralistyczny model demokratycznego państwa i jego egalitarne reguły. Jeśli zatem demokratyczny porządek jest zagrożony przez nieliberalną polityczną propagandę, to system liberalnego państwa powinien mieć prawo ją zwalczać drogą karnego zakazu. Brak sankcji za posługiwanie się mową nienawiści może bowiem utorować drogę totalitarnym ideologiom⁷. W imię tego celu usuwa się niejako w cień obawę, że władza, otrzymując prawo wkraczania w wolność słowa, może nadużywać tego uprawnienia do zwalczania przeciwników politycznych.

II. W arsenale licznych argumentów przeciwników i zwolenników karalności mowy nienawiści daje się zauważyć wyraźne pominięcie perspektywy historycznej. Historia może wszakże stanowić dobry miernik weryfikacji głoszonych poglądów *pro* lub *contra* penalizacji mowy nienawiści. Mowa nienawiści nie jest bynajmniej współczesnym wynalazkiem. Treść tego pojęcia została bowiem w Europie zdefiniowana ustawowo już ponad 150 lat temu. Pewnym zaskoczeniem może być także fakt, że zakaz mowy nienawiści jest „osiągnięciem” państwa absolutnego (policyjnego). Historyczna proveniencja zjawiska nie stanowi zatem dla współczesnych zwolenników jego penalizacji najlepszej rekomendacji.

Przykładem państwa w XIX wieku, które do swego porządku prawnego wpisało karalność „mowy nienawiści” – w dzisiejszym znaczeniu tego wyrażenia – była monarchia austriacka. Kodeks karny austriacki z 1852 r. wprowadził w § 302 karę dla każdego, „kto drugich do nieprzyjacielskich kroków przeciwko różnym narodowościom (...) stowarzyszeniem religijnym albo innym, przeciw poszczególnej klasom albo stanom społecznym (...) albo w ogóle mieszkańcom państwa do wrogich sobie stronnictw wzywa, zachęca albo nakłonić usiłuje”.

⁶ Tamże.

⁷ A. Bodnar, M. Szuleka, *Koncepcja „nadużycia prawa” w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności a mowa nienawiści* (w:) A. Bodnar i in. (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010, s. 153 i n.

Represja karna za czyny polegające na nawoływaniu do waśni społecznych o podłożu narodowościowym, religijnym i klasowym była wtedy reakcją państwa absolutnego na wydarzenia i procesy, które towarzyszyły walce politycznej w okresie Wiosny Ludów, w latach 1848–1849. Do prawnej kwalifikacji inkryminowanej formy wzniecania konfliktów na tle narodowym czy wyznaniowym wystarczała wówczas zwykła niechęć motywowana powyższymi względami, a nie jak dzisiaj nawoływanie do nienawiści.

Tego rodzaju przepisy (o innych będzie mowa poniżej) miały w przyszłości zapobiec naruszeniu ładu społecznego, który został społeczeństwu narzucony po klęsce rewolucji liberalno-demokratycznej, której pierwszym i naczelnym hasłem była wolność słowa i prasy w ramach konstytucyjnego porządku prawnego. Wydana przez cesarza w tym samym dniu co kodeks karny austriacka ordynacja prasowa z 1852 r. zawierała przepisy, które miały przeciwdziałać „nadużyciom prasy”⁸. Absolutystyczna władza, odchodząc od programu liberalnego systemu rządów, tworzyła porządek prawny, w którym nie chodziło już o zapewnienie obywatelom wolności słowa i prasy, ale o wprowadzenie instrumentów prawnych zapobiegających nadużywaniu prawa przez obywateli. W przypadku monarchii austriackiej sprawdziła się ogólna prawda, że jeśli władza pragnie bardziej przeciwdziałać nadużyciom wolności słowa, niż zapewniać jego ochronę, to z reguły dlatego, by móc prowadzić walkę z poglądami, które ją delegitymizują.

Nie bez przyczyny znalazł się więc w austriackim kodeksie karnym z 1852 r. kolejny przepis, który w swej treści odpowiada istotnym cechom współczesnego pojęcia „mowa nienawiści”, jako wypowiedzi mającej na celu poniżenie grupy osób. Różnica polega tylko na tym, że grupę, która podlegała ochronie przed „nienawistnymi” wypowiedziami stanowili urzędnicy sprawujący władzę publiczną. W § 300 ustawa karna stwierdzała: „Kto (...) w drukach (...) i pismach stara się lżeniem, wyszydzeniami (...) w powadze poniżyć zarządzenia (...) władz, albo w taki sposób podnieść innych do nienawiści,

⁸ T. Olechowski, *Die Entwicklung des Preßrecht in Österreich bis 1918*, Wien 2004, s. 355.

pogardy albo bezpodstawnych zażeń przeciw władzom państwowym albo gminnym (...) staje się winnym występku”. Norma prawna zezwalająca na cenzurowanie wypowiedzi obywateli nie była czymś osobliwym w państwie absolutnym, które administracyjnymi środkami starało się limitować udział

ność głoszenia „przekonań i opinii słowem, pismem, drukiem” w granicach określonych przez ustawę.

Ustawą, która określała granice wolności prasy, poza oczywiście przepisami ustawy karnej, była ustawa prasowa z 1862 r., uchwalona przez austriacki parlament w początkowym okresie reform



W przypadku monarchii austriackiej sprawdziła się ogólna prawda, że jeśli władza pragnie bardziej przeciwdziałać nadużyciom wolności słowa, niż zapewnić jego ochronę, to z reguły dlatego, by móc prowadzić walkę z poglądami, które ją delegitymizują.

jednostki w życiu publicznym. Nie dziwi zatem fakt, że wydana wówczas w monarchii habsburskiej ordynacja prasowa zezwalała organom państwowym na konfiskatę i zakaz rozpowszechniania druków i prasy, gdy ich treść miała znamiona mowy nienawiści w ujęciu ustawy karnej.

Przepisy ustawy karnej z 1852 r. były więc aż do upadku monarchii habsburskiej w 1918 r. podstawą prawną cenzurowania artykułów prasowych lub druków, które posługiwały się jedną z form zakazanej mowy nienawiści. Instytucja konfiskaty druku i zakazu jego rozpowszechnienia utrzymała się w Austrii także wtedy, gdy monarchia habsburska od uchwalenie konstytucji grudniowej w 1867 r. stała się pierwszym w Europie liberalnym państwem prawa⁹. Wprowadzenie w Austrii konstytucji zmieniło jednak diametralnie pozycję obywatela wobec władzy, zagwarantowała ona bowiem każdemu wol-

konstytucyjnych. W monarchicznej Austrii wolność słowa i prasy uzyskała więc niezwykle silną ochronę prawnokonstytucyjną. Cenzura prasy miała charakter wyłącznie represyjny. Prokuratura mogła zatem wytoczyć sprawę karną autorowi tekstu lub wydawcy tylko wtedy, gdy po ukazaniu się artykułu stwierdziła, że jego zawartość wyczerpuje znamiona niedookreślonej normy prawnej o treści: „wzywa, zachęca lub usiłuje nakłonić” do nieprzyjaznych kroków wobec określonej grupy lub klasy społecznej, lub „lży, wyszydza lub poniża” organy władzy. Z tego powodu prokuratura wydawała także zarządzenie o konfiskacie pisma, w którym ukazał się inkryminowany tekst. Konfiskatę musiał jednak zatwierdzić sąd.

Postępowanie karne o popełnienie deliktu prasowego odbywało się przed ławą przysięgłych według zasad procesu skargowego, to jest z zachowaniem zasady kontradiktoryjności, bezpośredniości, publicznej i jawnej rozprawy, prawa do obrony, swobodnej oceny dowodów przez sąd. Udział w Austrii sędziów przysięgłych w sprawach o przestępstwa popełnione drukiem skutecznie powstrzymywał organy prokuratorskie przed nadużywaniem nie-

⁹ Zob. na ten temat: A. Dziadzio, *Monarchia konstytucyjna w Austrii (1867–1914). Władza – obywatel – prawo*, Kraków 2001; tenże, *Koncepcja państwa prawa w XIX w. Idea i rzeczywistość*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2005, t. LVII, s. 177–201.

ostrzych znamion czynu przestępnego dla zwalczania niepoprawnych politycznie poglądów lub krytyki władzy. Wykazanie bowiem tej okoliczności podczas rozprawy przez obwinionego skutkowało z reguły wyrokiem uniewinniającym. W pięćdziesięcioletniej historii austriackiej monarchii konstytucyjnej liczba

służyć do cenzurowania nieprawomyślnych poglądów¹¹. Rzadko więc w Austrii prokuratura stosowała represję karną wobec osób, które dopuściły się występku prasowego, w obawie, że jej ocena znamion czynu przestępnego nie znajdzie uznania sędziów przysięgłych. Można by zatem *prima facie* stwier-



Udział w Austrii sędziów przysięgłych w sprawach o przestępstwa popełnione drukiem skutecznie powstrzymywał organy prokuratorskie przed nadużywaniem nieostrzych znamion czynu przestępnego dla zwalczania niepoprawnych politycznie poglądów lub krytyki władzy.

tego rodzaju spraw karnych była znikoma, a liczba uniewinnień oscylowała nieco poniżej połowy wszystkich prowadzonych procesów¹⁰.

Jednym z takich przykładów był wyrok uniewinniający w sprawie karnej, jaką wytoczono polskiemu socjaliście Hermanowi Liebermanowi za to, że w czasopiśmie „Postęp” w ironiczny sposób skrytykował rząd w artykule *Grzeczny kucharz i karpie*. W tekście Liebermana kucharzem był rząd, który zwracał się do ludności jako swoich karpie z zapytaniem: „Kochane karpie, mam dla was serce i dlatego sami zdecydujecie, czy chcecie być usmażone czy ugotowane”. Prokuratura zakwalifikowała to zdanie jako zamiar wzbudzania u innych „pogardy i nienawiści” wobec rządu. Sędziowie przysięgli byli jednak przeciwnego zdania i autora inkryminowanego *passus* uniewinnili, dając niedwuznacznie do zrozumienia, że przepisy ustawy karnej nie powinny

dział, że penalizacja mowy nienawiści, jaką w szerokim zakresie znaczeniowym tego pojęcia posługiwało się XIX-wieczne państwo prawa, nie stanowiła większego zagrożenia dla wolności wyrażania poglądów i przekonań ze względu na mocne gwarancje konstytucyjne i procesowe¹².

11 H. Lieberman, *Pamiętniki*, wstęp i oprac. A. Garlicki, Warszawa 1996, s. 61–62. Lieberman podał kulisy, jakie towarzyszyły wyrokowi uniewinniającemu: „O moim uniewinnieniu zdecydował Semper [inżynier rzeszowski, przeciwnik polityczny Liebermana, przyp. A.D.], który przekonywał swoich kolegów następującym rozumowaniem: (...) szkodzi [oskarżony] społeczeństwu, ale jest młody, zapalczywy, widocznie utalentowany i ideowy, nie robi to dla zysku, tylko dla idei, prawda fałszywej, ale kto wie czy on z tego się nie wyszumi, gdy dojrzeje”.

12 Historia zatem dowodzi, że mowa nienawiści jest konstrukcją prawną, która znajduje się w kolizji z wolnością słowa i od „wrażliwości” sądów zależy jej prawidłowa wykładania i odpowiednie stosowanie z uwagi na wymagania państwa prawa. Sądy w Austrii z dużą wstrzemięźliwością podchodziły do oskarżeń o popełnienie czynów noszących znamiona mowy nienawiści, dostrzegając ich pozaprawny wymiar, co wpłynęło także na osłabienie represji ze strony prokuratury. Jednym

10 W 1885 r. wytoczono w całej Austrii tylko 30 takich procesów, w których zapadło 11 wyroków uniewinniających, a 19 skazujących. W 1899 r. było już tych spraw nieco więcej, tj. 160, a liczba uniewinnień wynosiła 72. Zob. T. Olechowski, *Die Entwicklung...*, dz. cyt., s. 642–643.

III. Była jednak i druga ciemniejsza strona cenzury prasy w Austrii. Ustawa prasowa 1862 roku, zezwalając prokuraturze na konfiskatę inkryminowanego druku w przypadku wniesienia skargi do sądu o ustalenie winy sprawcy przestępstwa dokonanego treścią druku prasowego (postępowanie podmiotowe), wprowadziła możliwość konfiskaty druku także wtedy, gdy prokurator nie składał aktu oskarżenia przeciwko konkretnej osobie (postępowanie obiektywne). W postępowaniu tym na ławie oskarżonych stawiany był niejako sam tekst. W intencji twórców ustawy tzw. postępowanie obiektywne, służące konfiskacie samej publikacji, z pominięciem żądania ustalenia winy osoby odpowiedzialnej za jej treść, miało dotyczyć tylko sytuacji, w której prokurator nie mógł z obiektywnych względów skierować wobec tej osoby oskarżenia (np. w razie jej ucieczki, pobytu za granicą, śmierci). Ostrze tej regulacji było skierowane głównie przeciwko zagranicznym gazetom, które mogły być swobodnie rozpowszechniane (w II Rzeszy Niemieckiej potrzebna był zgoda kanclerza). Postępowanie obiektywne miało więc pełnić niejako posiłkową rolę w stosunku do tzw. postępowania podmiotowego. W praktyce jednak subsydiarny charakter tej regulacji uległ zatarciu, co spowodowało, że podstawowym narzędziem kontroli prasy w monarchii austriackiej było właśnie postępowanie obiektywne.

Stało się tak dlatego, że dla prokuratury korzystniejszą drogą osiągnięcia pewnego sukcesu proce-

słowem obawa, że władza może używać tej konstrukcji do zwalczania innych poglądów niż przez siebie aprobowane, była jednym z podstawowych czynników, jakimi kierowali się sędziowie przysięgli. Dzisiejsze utyskiwania na to, że władza nie walczy zbyt energicznie z przejawami mowy nienawiści, jakby nie dostrzegają zagrożeń z tym związanych, a ostrożność współczesnych organów ścigania w podejściu do mowy nienawiści wyraża tę samą obawę, co kiedyś. Zob. A. Malanowski, *Orzecznictwo sądów polskich w sprawach dotyczących mowy nienawiści w świetle badań Stowarzyszenia przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii „Otwarta Rzeczpospolita”* (w:) A. Bodnar i in. (red.), *Mowa nienawiści...*, dz. cyt., s. 173 i n.; także Z. Szomora, *Schranken und Schrankenlosigkeit der Meinungsfreiheit in Ungarn*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2011, s. 29–43, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_1_520.pdf (dostęp 20.8.2015).

owego w postaci zatwierdzenia konfiskaty było postępowanie obiektywne – bardziej niż proces przed ławą przysięgłych, którego wynik był wysoce niepewny. Toczyło się ono bowiem według zasad procedury inkwizycyjnej. Postępowanie miało w dużym stopniu charakter tajny i pisemny. Ograniczone zastosowanie miała zasada kontrydiktoryjności. Sąd orzekał o zatwierdzeniu konfiskaty druku na posiadaniu niejawnym po wysłuchaniu wyłącznie prokuratora. Rozprawa odbywała się dopiero po wniesieniu przez stronę pokrzywdzoną (redaktora lub wydawcę gazety) sprzeciwu (opozycji) wobec orzeczenia sądu. Od wyroku sądu o oddaleniu sprzeciwu przysługiwało wprawdzie stronie odwołanie do sądu drugiej instancji, ale sąd odwoławczy rozpoznawał sprawę wyłącznie na podstawie akt przedłożonych przez sąd pierwszej instancji i obradował z udziałem tylko prokuratora. Żaląca się strona nie brała udziału w postępowaniu odwoławczym¹³.

Cenzura prasy przy wykorzystaniu postępowania obiektywnego była dla prokuratury bardziej atrakcyjna, gdyż przy mniejszym nakładzie pracy miała w zasadzie pewność, że uzyska wyrok zatwierdzający zarządzoną konfiskatę druku. Podstawowym celem jej działania było bowiem wyeliminowanie inkryminowanego tekstu z przestrzeni publicznej. Osiągnięcie tego celu bardziej gwarantowało postępowanie obiektywne niż podmiotowe. Sędziowie zawodowi w postępowaniu inkwizycyjnym byli bardziej skłonni podzielać stanowisko prokuratury co do sposobu wykładni przepisów „nieostrych i niedookreślonych”¹⁴. Jednym słowem, prokuratura w swej polityce konfiskacyjnej działała według zasady „lepszy wróbel w garści niż gołąb na dachu”.

13 A. Dziadzio, *Cenzura prasy w Austrii (1862–1914). Studium prawno-historyczne*. Kraków 2012, s. 124 i n.

14 Oblicza się, że sądy w Austrii uwzględniały wnioski prokuratury o zatwierdzenie decyzji o konfiskacie w 98 procentach. Na przykład w 1899 r. zostało złożonych 3099 wniosków o konfiskatę druku w trybie postępowania obiektywnego – na 160 skarg wytoczonych w postępowaniu podmiotowym. Zob. T. Olechowski, *Grundrechte und ihr Schutz in der Habsburgermonarchie* (w:) G. Máthé, W. Ogris (red.), *Die Habsburgermonarchie auf dem Wege zum Rechtsstaates?*, Budapest–Wien 2010, s. 264.

Jak zatem przedstawiała się kwestia przeciwdziałania mowie nienawiści w monarchicznej Austrii z wykorzystaniem drogi „postępowania obiektywnego”? W jakim stopniu posłużyło ono prokuraturze do ograniczania swobodnej debaty publicznej? Czy jej ingerencja w wolność słowa i prasy była formą

miast na terenach Sudetów czeskich i Śląska opawskiego.

Aparat rządowy w monarchicznej Austrii zwalczał ze szczególną siłą przejawy prasowej napaści na społeczność żydowską, u podłoża której leżały głównie uprzedzenia kulturowo-religijne i rasowe.



Badania nad działalnością austriackiej cenzury dowodzą, że prokuratura stosowała trafną, zgodną z prawem represję wobec szowinistycznych i ksenofobicznych treści niemieckiej prasy nacjonalistycznej.

nieuprawnionej cenzury, czy usprawiedliwionej reakcji na nadużycie wolności wyrażania przekonań?

Badania nad działalnością austriackiej cenzury dowodzą, że prokuratura stosowała trafną, zgodną z prawem represję wobec szowinistycznych i ksenofobicznych treści niemieckiej prasy nacjonalistycznej. Organy prasowe niemieckiego ruchu nacjonalistycznego celowały bowiem w propagowaniu antypaństwowej, antykonstytucyjnej i antyliberalnej ideologii. Programowym wręcz ich zadaniem było krzewienie nienawiści wobec osób innych narodowości, przede wszystkim Żydów, Czechów i Polaków. Erupcja nacjonalizmu niemieckiego w Austrii osiągnęła swoje apogeum na przełomie XIX i XX wieku, czemu bezwzględnie starał się przeciwstawić aparat państwowy, posługując się kodeksem karnym i instytucją konfiskaty druku. Wszelkie zatem enuncjacje, w których obce nacje przedstawiano m.in. jako „drzazgę” w ciele narodu niemieckiego lub „pasożytów” utrzymywanych z niemieckich podatków, usuwano z dyskursu publicznego za pomocą cenzury¹⁵. Antyczeska i antyżydowska retoryka miała na celu mobilizowanie Niemców do walki wszelkimi środkami o zachowanie niemieckiego charakteru

Zwłaszcza nacjonalistyczna prasa niemiecka celowała w antyżydowskiej propagandzie, ogłaszając m.in. w 1901 r. pierwsze projekty ustaw odbierających prawa publiczne i cywilne Żydom, które o ponad 30 lat wyprzedziły ustawy norymberskie III Rzeszy Niemieckiej! W monarchicznej Austrii znalazły się one na indeksie państwowej cenzury¹⁶. Agitacja antysemita spotkała się także ze zdecydowaną reakcją galicyjskiej prokuratury, która konsekwentnie konfiskowała antyżydowską publicystykę – niezależnie od tego, czy była ona motywowana względami politycznymi, gospodarczymi, kulturowo-religijnymi, światopoglądowymi czy rasowymi.

Jej uwadze nie uchodziły żadne pejoratywne określenia społeczności żydowskiej, które mogły zachęcać do postawy wrogości wobec niej, jak na przykład: „żydowska plaga”, „trutnie”, „pijawki”, „robactwo pasożytnicze”. Tego rodzaju epitety, uwłaczające godności Żydów, padały zazwyczaj w kontekście opisów przypadków żydowskich praktyk lichwiarskich, nabierając z czasem cech uogólnienia, obejmującego całą społeczność¹⁷. Należy

¹⁶ Tamże, s. 97–98.

¹⁷ A. Dziadzio, *Antysemityzm jako powód konfiskat prasowych. Orzecznictwo sądów krakowskich (XIX i XX w.)*, (w:) G. Górski,

¹⁵ A. Dziadzio, *Cenzura...*, dz. cyt., s. 83 i n.

jednak zaznaczyć, że w Galicji teorie o antropologicznej odrębności i niższości narodu żydowskiego nie znalazły większego uznania. Prasa galicyjska nie domagała się odebrania Żydom praw konstytucyjnych, w przeciwieństwie do niemieckiej prasy nacjonalistycznej, która ich wykluczenie z życia społecznego, gospodarczego i państwowego uzasadniała wyłącznie względami rasowymi.

Austriacka monarchia konstytucyjna broniła zatem liberalnego porządku konstytucyjnego przed atakiem ze strony masowego ruchu opartego na rasistowskiej ideologii, używając antyliberalnego

nawiąski ideologia antysemityzmu i rasizmu nie tylko nie została zahamowana, ale przybrała na sile. Była paliwem wyborczym nie tylko ruchu niemieckich nacjonalistów, ale także partii chrześcijańsko-społecznych. Antysemityzm pełnił rolę głównego czynnika integrującego i mobilizującego ich elektorat. Kwestia żydowska uległa instrumentalizacji w obliczu demokratyzacji prawa wyborczego i powstania masowych ugrupowań politycznych¹⁸. Państwo miało zatem mniejsze możliwości przeciwstawienia się wyborczej propagandzie, która czerpała umocowanie z konstytucyjnego prawa do zrzeszania się



Zwłaszcza nacjonalistyczna prasa niemiecka celowała w antyżydowskiej propagandzie, ogłaszając m.in. w 1901 r. pierwsze projekty ustaw odbierających prawa publiczne i cywilne Żydom, które o ponad 30 lat wyprzedziły ustawy norymberskie III Rzeszy Niemieckiej!

narzędzia, jakim była cenzura prasy. Aparat administracyjny prowadził środkami prawnymi walkę z poglądami, które nacechowane były dużą dozą nienawiści i wrogości wobec innych narodów. Drogą legalnych działań zapobiegano więc zagrożeniom związanym z przejmowaniem przez społeczeństwo ideologii podważającej istniejący porządek prawny i konstytucyjny. Monarchia austriacka przeciwstawiła się skutecznie antyliberalnemu programowi niemieckich nacjonalistów, bowiem konstytucyjny porządek prawny przetrwał aż do jej upadku w 1918 roku.

Sukces monarchii habsburskiej był jednak polowiczny. Mimo ogromnego wysiłku włożonego w cenzurowanie wypowiedzi o cechach mowy nie-

i organizowania zgromadzeń wyborczych. Antysemityczną agitację wyborczą było trudniej ukroczyć niż antysemityczną prasę.

Konfiskacyjne działania władzy obracały się przeciwko niej samej. W kampanii wyborczej państwo było piętnowane jako ostoja cenzury i wróg wolności słowa. Pod adresem państwa formułowano m.in. zarzuty, że „wysoka biurokracja wiedeńska znajduje się w absolutnych rękach austriackiej żydowskiej unii”¹⁹. Konfiskaty prasy antysemitycznej były przedstawiane jako prześladowanie „niezależnych” mediów. Podczas agitacji wyborczej antysemityczna prasa obsadzana była w roli ofiary żydowsko-państwowe-

18 Zob. T. Buchen, *Antisemitismus in Galizien. Agitation, Gewalt und Politik gegen Juden in der Habsburgermonarchie um 1900*, Berlin 2012, s. 91 i n.

19 A. Dziadzio, *Cenzura...*, dz. cyt., s. 89.

L. Ćwikła, M. Lipska (red.), *Cuius regio, eius religio?*, Lublin 2006, t. II, s. 219 i n.

go spisku. Represyjne działania prokuratury służyły zatem za argument potwierdzający słuszność antysemitycznych przekonań, państwo bowiem stało w obronie Żydów, a nie chrześcijańskiej ludności broniącej się przed żydowskim wyzyskiem.

ratury wobec prasy socjalno-demokratycznej, której program był bardziej antysystemowy niż antypaństwowy.

IV. Adresatem „mowy nienawiści” w wydaniu prasy socjalistycznej były grupy społeczne legity-



Przepisy prawne wprowadzające karalność czynu polegającego na nawoływaniu do nienawiści na tle etnicznym czy religijnym lub na publicznym znieważaniu z powodu przynależności etnicznej czy religijnej stanowią dopuszczalny instrument w liberalnym państwie prawa, służący obronie przed zagrożeniami ze strony ideologii podważających ustrojowe fundamenty.

Jaki wypływa wniosek z tego historycznego przykładu penalizacji „mowy nienawiści” i praktyki jej zwalczania? Przepisy prawne wprowadzające karalność czynu polegającego na nawoływaniu do nienawiści na tle etnicznym czy religijnym lub na publicznym znieważaniu z powodu przynależności etnicznej czy religijnej stanowią dopuszczalny instrument w liberalnym państwie prawa, służący obronie przed zagrożeniami ze strony ideologii podważających ustrojowe fundamenty. Niemniej jednak środek prawno-karny, jakim posługuje się państwo w walce z ideologiami godzącymi w podstawowe wartości demokracji, zawiera w sobie element cenzury, wyklucza bowiem ze sfery publicznej poglądy o określonej treści i intencjonalnej wymowie. Dlatego powinien być stosowany przez instytucje państwa wyjątkowo i w sposób nadzwyczaj wstrzemięźliwy, aby nie narazić na szwank wolności słowa, jako jednej z najważniejszych wartości liberalnej demokracji. Ze tego rodzaju obawa zawsze istnieje, świadczy praktyka konfiskacyjna austriackiej proku-

mizujące w jej przekonaniu władzę polityczną cesarskiej biurokracji, tj. kapitałiści, ziemiaństwo (obszarnicy) i katolicki kler. Konfiskowane artykuły prasy lewicowej celowały w oczernianiu owych nienawistnych klas, podkreślając swoistą symbiozę klerikalizmu z kapitalizmem. Antykatolickie nastawienie prasy socjalistycznej było jej najważniejszym znakiem rozpoznawczym, nawoływano bowiem na jej łamach do nieustannej walki przeciwko „czarnej międzynarodówce”²⁰. Kler katolicki uznano za największego wroga postępu i cywilizacji, dla którego religia miała być tylko instrumentem do realizacji własnych przyziemnych i materialnych celów, czyli ciągłego bogacenia się kosztem ludu. Konfiskowane przez prokuraturę antyklerykalne teksty zawierały jedną przewodnią myśl, wyrażaną w agresyw-

20 A. Dziadzio, *Ochrona prawna Kościoła i religii katolickiej w monarchii austriackiej w świetle konfiskat prasy galicyjskiej (XIX/XX w.)*, (w:) J. Przygodzki, M.J. Ptak (red.), *Spółczesność a władza. Ustrój, prawo, idee*, Wrocław 2010, s. 531 i n.

nej słownej retoryce: Kościół i duchowieństwo wraz z kapitalistami ciemiężą robotników i chłopów. Austriacka prokuratura, cenzurując niewybredne nie-raz napaści prasy socjalistycznej na kler katolicki, postępowała zgodnie z obowiązującym prawem, do-

inny ukryty cel. Chodziło bowiem nie tylko o przeciwstawienie się antykatolickiej retoryce, ale także o powstrzymanie krytyki władzy z powodu jej ideologicznego zaangażowania w obronę wartości i zasad, które odpowiadały interesom Kościoła kato-



Antykatolickie treści prasy socjalistycznej, powodujące dyfamację znacznej części społeczeństwa, w swej znieślawiającej wymowie dorównywały bez wątpienia antysemityzmowi głoszonemu przez niemieckich nacjonalistów, chrześcijańskie mieszczaństwo czy ruch ludowo-narodowy.

konując na ogół prawidłowej kwalifikacji tego rodzaju mowy nienawiści²¹. Antykatolickie treści prasy socjalistycznej, powodujące dyfamację znacznej części społeczeństwa, w swej znieślawiającej wymowie dorównywały bez wątpienia antysemityzmowi głoszonemu przez niemieckich nacjonalistów, chrześcijańskie mieszczaństwo czy ruch ludowo-narodowy.

Jednak konfiskaty prasy socjalistycznej z powodu ostrych ataków na „klerykałów” czy „klerykalizm”, poza egzekwowaniem obowiązującego prawa, miały

21 Cenzorska działalność prokuratury była jednakże wybiórcza i jednostronna, gdyż w pełni tolerowała przejawy „mowy nienawiści” wobec socjalistów ze strony prasy o profilu chrześcijańskim, przez co aparat państwowy był postrzegany jako sojusznik jednej ze stron ideologicznego sporu. Wspomniany już H. Liebermann w pamiętnikach pisał m.in.: „Obóz grupujący się wokół duchowieństwa katolickiego wydawał pismo tygodniowe pod nazwą «Echo Przemyskie». Na łamach tego tygodnika byłem często odzierany z sumienia i uczciwości, a socjaliści byli tam przedstawiani jako *odium generis humani*, jako plaga rodzaju ludzkiego”. Zob. H. Liebermann, *Pamiętniki...*, dz. cyt., s. 68.

lickiego. Prasa socjalistyczna piętnowała szeroko rozumiane „sfery klerykalne” za stworzenie państwa wyznaniowego. Z ostrą krytyką występowano wobec religii i Kościoła, jako zagorzałego przeciwnika nowoczesności i postępu, za które uznawano przede wszystkim szkołę bez nauczania religii i rozdział Kościoła od państwa²².

Nie ulega wątpliwości, że przed wybuchem I wojny światowej doszło w monarchii austriackiej do powstania nieformalnego konserwatywnego bloku, co przypominało sytuację po Wiośnie Ludów, kiedy państwo oparło się na strukturach tradycyjnie

22 Akcje konfiskacyjne prokuratury nie powstrzymywały bynajmniej prasy socjalistycznej od stosowania „mowy nienawiści” wobec instytucji i grup społecznych traktowanych jako sojusznik władzy – przeciwnie, posługiwano się cały czas konfrontacyjnym stylem wypowiedzi, w celu podtrzymania o sobie opinii jako o „oferze” państwa prześladowającego „inaczej myślących”. Efekt działań prokuratury był odwrotny do oczekiwań: zamiast zahamowania rozwoju socjalizmu przyczyniała się *nolens volens* do jego promocji. Zob. A. Dziadzio, *Cenzura...*, dz. cyt., s. 117–118.

legitymizujących monarchiczną władzę: biurokracji, wojsku i Kościele. Ostra cenzura prasy na podstawie m.in. przepisu o zakazie nawoływania „do nieprzyjaznych kroków” względem stowarzyszeń religijnych i stanów społecznych była pośrednio dowodem na odtworzenie się modelu władzy podobnego do tego sprzed pięćdziesięciu lat. Jak wskutek zawartego w 1855 r. konkordatu Kościół katolicki uzyskał uprzywilejowaną pozycję, tak w pół wieku później władza chroniła pozycję Kościoła i religii na wszystkie możliwe sposoby, nawet za cenę naruszenia zasad liberalno-konstytucyjnych.

Do tego rodzaju poczynań władzy należała m.in. próba przywrócenie przymusu nauczania religii dla dzieci bezwyznaniowych, odejście od zasady, że świadczenia na cele kultu religijnego można pobierać wyłącznie od osób będących członkami danego związku religijnego, czy uzależnienie powołania kierownika szkoły ludowej od akceptacji kandydatury przez związek religijny, do którego należała większość dzieci uczęszczających do szkoły²³. Ustępstwa władzy na rzecz Kościoła katolickiego wydawały się w ówczesnej sytuacji zrozumiałe. Kościół pozostał jedynym właściwie sprzymierzeńcem wielonarodowościowej monarchii, inne bowiem siły polityczne nie były zainteresowane w utrzymaniu jej dalszego bytu, jak np. nacjonałiści niemieccy czy słowiańskie ruchy odśrodkowe. W obliczu kolejnego kryzysu państwa austriackiego na początku XX wieku Habsburgowie ponownie zatem zwrócili się w stronę Kościoła, licząc na jego zaangażowanie w obronę tradycyjnych wartości i zasady monarchicznych rządów.

Monarchia austriacka mimo liberalnej konstytucji i prawa stała się w sychłkowym okresie monarchią konserwatywną, której ideową fundament tworzyły Kościół i religia katolicka²⁴. Instrument praw-

ny w postaci przepisów o mowie nienawiści został w warunkach silnego spolaryzowania politycznego wykorzystany przez aparat państwowy nie tylko do studzenia zapalczywego tonu publicystyki zwalczających się obozów, ale także do walki z poglądami, które delegitymizowały ideologiczne podstawy konserwatywnego obozu władzy. Naruszone zostały tym samym liberalne standardy państwa prawa, które zakładają dopuszczenie do publicznej debaty poglądów kwestionujących założenia polityki aktualnej władzy.

Czy zatem doświadczenia austriackiej monarchii w walce z przejawami mowy nienawiści mogą stanowić przestrożę dla współczesnych koncepcji penalizacji tego zjawiska?

Historia monarchii austriackiej – pierwszego w Europie przykładu *Rechtsstaat* – dowodzi, że neutralność aksjologiczna państwa prawa jest mitem. Mimo to dzisiaj uchodzi neutralność światopoglądowa za podstawowy desygnat państwa liberalnego. Rodzi się przeto obawa, że współczesne laickie demokratyczne państwo prawa, sięgając po nowe formy penalizacji mowy nienawiści, może przerozdzić ją także w narzędzie walki z poglądami delegitymizującymi jego ideologiczne cele²⁵. Współczesne świeckie i liberalne państwo prawa, odwołując się

25 O ideologicznej stronniczości współczesnego świeckiego i liberalnego państwa prawa świadczy m.in. to, że coraz silniejsze są postulaty rezygnacji z karnej ochrony przestępstwa znieważenia religii (faktycznie nieegzekwowanej, jak pokazała ostatnio sprawa pisma satyrycznego „Charlie Hebdo”), a z drugiej – następuje wprowadzanie sankcji karnej za zniesławienie ze względu na orientację seksualną (np. propozycja prof. dr T. Hörnle zniesienia § 166 niemieckiej ustawy karnej podczas „70. Deutscher Juristentag” w Hanowerze 2014 r. czy nowelizacja francuskiej ustawy o wolności prasy z 2004 r.). Zniesienie przestępstwa bluźnierstwa, jako formy cenzury niezgodnej z pryncypiami liberalnego porządku prawnego, uzasadnia się tym, że sztydzenie z religii nie narusza jej praktykowania – osobie, której religia została znieważona. Niemniej jednak argument o tym samym znaczeniu, w postaci zasady równości wszystkich wobec prawa, stanowi już akceptowalne uzasadnienie wprowadzenia penalizacji mowy nienawiści wobec homoseksualistów, chociaż zniesławiająca wypowiedź w żaden sposób nie dotyka zasady równości wobec prawa.

23 A. Dziadzio, *Orzecznictwo austriackiego Trybunału Administracyjnego w sprawach wyznaniowych (1876–1918)*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1996, t. XLVII, z. 1–2, s. 125 i n.

24 Robert Musil, opisując w powieści *Człowiek bez właściwości* cesarsko-królewską monarchię habsburską (Cekanię) u progu I wojny światowej, niezwykle celnie ujął istotę jej systemu ustrojowego: „Cekania miała konstytucję liberalną, ale rządy klerykalne. Rządzono nią klerykalnie, ale żyło się wolnomyślnie”, przeł. K. Radziwiłł, Warszawa 1971, t. 1, s. 439.

do systemu wartości pozostającego niejako w kontraście do tego, któremu hołdowała niegdyś monarchia austriacka, *de facto* powraca do aksjologii światopoglądu ateistycznego. Bez wątplenia stanowi ona umocowanie dla licznych zmian ustawodawczych, które stanowią zerwanie z europejską judeochrześcijańską kulturą i tradycją prawną, jak np. legalizacja małżeństw osób tej samej płci. Wprowadzanie do

jako fundament liberalnego demokratycznego państwa prawa, byłaby zatem limitowana w sposób niedający się pogodzić z istotą konstytucyjnej wolności słowa i wyrażania poglądów. Że tego rodzaju niebezpieczeństwo wciąż istnieje, przekonują wyroki niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (FTK) dotyczące wykładni niemieckiego kodeksu penalizującego mowę nienawiści²⁷.



Rodzi się przeto obawa, że współczesne laickie demokratyczne państwo prawa, sięgając po nowe formy penalizacji mowy nienawiści, może przerodzić ją także w narzędzie walki z poglądami delegitymizującymi jego ideologiczne cele.

porządku prawnego słusznej z pozoru sankcji prawnokarnej dla ochrony mniejszości seksualnych przed przejawami mowy nienawiści może się jednak łatwo przekształcić w prawny sposób ograniczania wolności słowa „inaczej myślących” na temat homoseksualizmu, tj. cenzurę, ze wszystkimi jej negatywnymi społecznymi skutkami, jakich dostarczył historyczny przykład cenzury austriackiej²⁶. Wolna debata,

26 Przykładów tego rodzaju cenzury dostarcza orzecznictwo sądowe państw, gdzie została wprowadzona penalizacja mowy nienawiści. We Francji jeden z polityków został skazany za wypowiedź, że homoseksualizm jest „niebezpieczny dla ludzkości, że jest to zachowanie sekciarskie i nie ma w jego ochronie żadnego interesu społecznego”. Sąd Kasacyjny jednak w 2008 r. uchylił wyrok, stwierdzając, że treść wypowiedzi nie przekracza wolności słowa. Zob. E. Czarny-Drożdziejko, *Przestępstwa prasowe. Francuska regulacja dotycząca przestępstw prasowych i jej odniesienie do polskiego systemu prawa*, Warszawa 2013, s. 398. Od 2002 r. mowa nienawiści ze względu na orientację seksualną jest karalna w Szwecji. Jedną z pierwszych osób, które zostały prawomocnie skazane na karę pozbawienia wolności na podstawie nowego prawa

V. Niemiecki FTK w kilku orzeczeniach wydanych w ostatnim czasie miał okazję do wypowiedzenia się na temat mowy nienawiści jako dopuszczalnej granicy wolności słowa. Uderza w jego stanowisku tendencja do możliwie maksymalnego zawężenia ingerencji państwa w wolność wypowiedzi za pomocą przepisu penalizującego nawoływanie do nie-

był protestancki pastor Ake Green, który porównał osoby homoseksualne do „wielkiego raka drążącego społeczeństwo”.

27 Przybliżenie niektórych tez orzeczeń FTK jest konieczne także i z tego powodu, że obecnie w Polsce nie zauważa się w doktrynie większych zagrożeń związanych z możliwością nadużywania przepisów o tzw. mowie nienawiści. Co więcej, wybitni przedstawiciele polskiej nauki bezrefleksyjnie zachęcają nawet Rzecznika Praw Obywatelskich do pobudzania władzy do walki z przejawami „mowy nienawiści”, zmieniając jego ustrojową funkcję przez stwierdzenie, że „nie jest to już organ, który ma hamować władzę przed naruszeniem praw obywatelskich (!) (...) częściej musi zwracać uwagę na grzech zaniechania władzy”. Zob. *Państwo prawa jeszcze w budowie. Andrzej Zoll w rozmowie z Krzysztofem Sobczakiem*, Warszawa 2013, s. 155–156.

nawiści (*Volksverhetzung*)²⁸. Doskonale tę postawę pokazuje wyrok FTK z 4 lutego 2010 roku wydany w sprawie, w której członkowie stowarzyszenia „Związek Augsburgski – opozycja narodowa” zostali skazani przez trzy instancje sądowe na karę grzywny za obwieszenie plakatami miasta o treści „Akcja-repatriacja (*Rück-Führung*) cudzoziemców. Akcja w tygodniach 3 czerwca – 17 czerwca 2002. Dla niemieckiego Augsburga, w którym warto żyć”²⁹.

druku wyczerpuje znamiona mowy nienawiści. Podobnie uczynił Sąd Krajowy jako sąd odwoławczy, stwierdzając, że z obiektywnej treści plakatu wynikało wprost naruszenie godności obcokrajowców-współobywateli, których za pogwałceniem zasady równości wszystkich wobec prawa zostali przedstawieni jako jednostki o niższej wartości i odmówiono im prawa do życia we wspólnocie. Sąd stanowczo wykluczył inną możliwość interpretacji tekstu pla-



Wprowadzanie do porządku prawnego słusznej z pozoru sankcji prawnokarnej dla ochrony mniejszości seksualnych przed przejawami mowy nienawiści może się jednak łatwo przekształcić w prawny sposób ograniczania wolności słowa „inaczej myślących” na temat homoseksualizmu, tj. cenzurę, ze wszystkimi jej negatywnymi społecznymi skutkami, jakich dostarczył historyczny przykład cenzury austriackiej

Sąd pierwszej instancji w wydanym wyroku przyjął, że oskarżeni dopuścili się w złym zamiarze zniesławienia obcokrajowców zamieszkujących Augsburg, uznając, że treść plakatu należało odczytać nie inaczej, jak: Augsburg z cudzoziemcami nie jest miastem, w którym warto żyć. Sąd w uzasadnieniu skazującego wyroku nie rozważył w ogóle kwestii granic wolności słowa, przyjmując *a priori*, że treść

katu. W odwołaniu do Wyższego Sądu Krajowego skarżący podnieśli, że cała akcja z plakatami miała służyć do przedstawienia mieszkańcom Augsburga dziesięciopunktowego programu stowarzyszenia, w którym podejmowało ono kwestię imigracji cudzoziemców. Sąd trzeciej instancji nie uwzględnił podanych okoliczności i oddalił odwołanie. Dopiero FTK uwzględnił skargę i uchylił wszystkie wydane w sprawie wyroki.

²⁸ § 130 niemieckiej ustawy karnej grozi m.in. sankcją karną za publiczne prezentowanie pism i druków, które nawołują do nienawiści przeciwko określonej „grupie lub części ludności, lub osobie z powodu jej przynależności do tej grupy lub części ludności”.

²⁹ BVerfG, 1 BvR 369/04, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100204_1bvr036904.html (dostęp 22.8.2015).

Federalny Trybunał Konstytucyjny podkreślił w swym wyroku, że obiektywne znaczenie wypowiedzi może być ustalone tylko w odniesieniu do konkretnego przypadku. Nie wolno więc sądowi przypisywać wypowiedzi takiego znaczenia, które nie wynika z obiektywnych okoliczności. Muszą one zatem dokładnie określić i nazwać faktyczne prze-

słanki, które pozwalają na odmienne rozumienie druku, niż wynika to z samej jego zawartości. Nie uznał za udowodnione, by treść inkryminowanego plakatu nie budziła wątpliwości co do tego, że zniesławia cudzoziemców. Zdaniem FTK plakat może być

sadniczo swobodę podawania w wątpliwość jej wartości i żądać zmiany jej zasad!³⁰

Niemiecki FTK wyraził swój pogląd na istotę pluralistycznej demokracji także w wyroku, w którym uznał, że wprowadzony w 2005 roku nowy czwar-



Za fundament wolnego państwa (*freiheitlicher Staat*) uznał FTK możliwość konfrontacji z niepokojącymi i zatrważającymi poglądami nawet wtedy, gdy prowadzić mogą do niebezpiecznych konsekwencji i skierowane są na obalenie obowiązującego porządku prawnego

potraktowany jako element postulowanej polityki emigracyjnej państwa; wyraz opinii, że cudzoziemcy stanowią społeczny problem, ale niekoniecznie w stopniu im uwłaczającym. Trybunał wprawdzie przyznał, że plakat zawiera nieprzyjazny wydźwięk dla obcokrajowców, ale jednocześnie stwierdził, że ustawa nie penalizuje nieprzyjaznych wypowiedzi wobec innych. Także sformułowanie o konieczności repatriacji cudzoziemców zawierało negatywny wydźwięk, ale zdaniem FTK zakwestionowany druk nie określał jej zakresu i środków, tzn. czy ma ona być realizowana drogą zachęty, czy przymusowo.

Na kanwie omówionej sprawy FTK wyraził pogląd, który posiada fundamentalne znaczenie dla demokratycznego pluralistycznego państwa prawa: w publicznej debacie obowiązuje domniemanie na korzyść wolności wypowiedzi. Obywatele nie są zobowiązani prawnie do podzielania wartości konstytucji. Co prawda konstytucyjny porządek prawny opiera się na oczekiwaniu, że obywatele zaakceptują wartości konstytucji i będą je urzeczywistniać, ale konstytucja nie zmusza ich do lojalności wobec wszystkich jej wartości. Obywatele zatem mają za-

ty ustęp § 130 ustawy karnej, zakazujący gloryfikowania i usprawiedliwiania narodowosocjalistycznej przemocy i tyranii, jest zgodny z konstytucją³¹.

30 Zgodnie z tą ścieśniającą wykładnią § 130 ustawy karnej, wolną całkowicie od historycznego kontekstu i narzucających się nieraz skojarzeń z ideologią narodowosocjalistyczną, niemiecki FTK uznał za mieszczące się w granicach wolności słowa następujące hasła wycelowane w obcokrajowców: „Ausländer raus”, „Nein zur Islamisierung Europas! Ausländerückführung statt weitere Zuwanderung”, „Herren im eigenen Land statt Knechte der Fremde”, „Multi-Kulti? Nein danke”, „Deutschland soll deutsch bleiben”, „Erst Deutschland, dann Europa”, „Wählen Sie deutsch”, „Es lebe unser geliebtes Vaterland, es lebe Deutschland”, „Kriminelle Ausländer sofort ausweisen”, „Gegen die Abschaffung des deutschen Volkes”, „Wir sind das Volk”, „Kein Rassismus gegen unser Volk”.

31 § 130 ustęp 4 ustawy karnej obowiązuje od 1 kwietnia 2005 r. w następującym brzmieniu: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Sammlung den öffentlichen Frieden in einer Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt”.

Stwierdził mianowicie, że z ducha konstytucji nie wypływa ogólny zakaz upowszechniania radykalnych, w tym także narodowosocjalistycznych poglądów. Przeciwnie, ustawa zasadnicza gwarantuje wolność słowa i przekonań także wrogom wolności, ufając sile swobodnej publicznej debaty. Za fundament wolnego państwa (*freiheitlicher Staat*) uznał FTK możliwość konfrontacji z niepokojącymi i zatrważającymi poglądami nawet wtedy, gdy prowadzić mogą do niebezpiecznych konsekwencji i skierowane są na obalenie obowiązującego porządku prawnego³².

32 BVerfG, 1 BvR 2150/08, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20091104_1bvr215008.html (dostęp 22.8.2015).

Jak zatem wynika z tego krótkiego przeglądu orzecznictwa FTK, przepis ustawy karnej penalizujący tzw. mowę nienawiści jest interpretowany w sposób niezwykle restrykcyjny, z uwagi właśnie na podstawowe znaczenie wolności słowa i przekonań w systemie pluralistycznego społeczeństwa i demokratycznego państwa prawa. Działania organów państwa zmierzające do ograniczenia wolności publicznej debaty, włącznie z odmową prawa do głoszenia poglądów delegitymizujących ideowe podstawy władzy politycznej, znajdują wyraźny odpór w orzecznictwie sądu konstytucyjnego Republiki Federalnej Niemiec.