

Warszawa, 4 czerwca 2006

OPINIA PRAWNA
POLSKIEGO STOWARZYSZENIA EDUKACJI PRAWNEJ
w sprawie z oskarżenia prywatnego
Ingi Kostrzewy, Agnieszki Kraski, Sandry Rutkiewicz i Joanny Reniger
przeciwko Jackowi Tomczakowi i Przemysławowi Alexandrowiczowi
oskarżonym o czyny określone w art. 212 § 1 i 212 § 2 kodeksu karnego
(sygn. akt XXIII K 20/05/11)

1. UWAGI WSTĘPNE

1.1 *Amicus Curiae* - „opinia przyjaciela sądu” to, znana w praktyce sądów zagranicznych i w kilkudziesięciu sprawach także w Polsce, forma wyrażania przez organizacje pozarządowe opinii prawnej w postępowaniach sądowych, w przypadkach, gdy w związku z celami działalności danej organizacji zachodzi taka potrzeba. „Opinia przyjaciela sądu” ma na celu przedstawienie szczególnego poglądu organizacji społecznej na sprawę rozpatrywaną przed sądem, któremu taka opinia jest przedstawiana. „Opinia przyjaciela sądu” pomaga sądowi w kompleksowym rozpoznaniu sprawy, z uwzględnieniem argumentów oraz poglądów, które niekoniecznie mogą być przedstawione przez strony w postępowaniu.¹

2. INTERES PRAWNY POLSKIEGO STOWARZYSZENIA EDUKACJI PRAWNEJ

2.1. Polskie Stowarzyszenie Edukacji Prawnej (dalej PSEP) jest organizacją pozarządową i organizacją pożytku publicznego, której celem jest m.in. urzeczywistnianie idei praw człowieka, dbanie o interesy oraz przeciwdziałanie dyskryminacji osób podlegających wykluczeniu społecznemu, w tym również osób nieheteroseksualnych. PSEP podejmuje szereg działań, które mają na celu urzeczywistnienie równouprawnienia

¹ Definicja przygotowana przez Adama Bodnara z Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka na potrzeby opinii prawnej z dnia 15 luty 2006 roku.

grup wykluczonych. Celem PSEP jest również promowanie zasad tolerancji i poszanowania prawa oraz edukacja prawna.

2.2. Uważamy, że osoby nieheteroseksualne są w Polsce dyskryminowane i często są ofiarami „mowy nienawiści” (hate speech) i „przestępstw nienawiści” (hate crimes). Celem naszej opinii prawnej w tej sprawie jest przedstawienie zagadnienia „mowy nienawiści”, jej definicji i rozwiązań prawnych przyjętych w prawie międzynarodowym i innych systemach prawnych. Celem tej opinii nie jest wyczerpujące omówienie zagadnienia, ani jednoznaczne opowiedzenie się za określonymi rozwiązaniami prawnymi, ale podstawowe przedstawienie Sądowni istniejących rozwiązań prawnych w zakresie „mowy nienawiści”, które mogą mieć znaczenie dla niniejszej sprawy.

2.3. Przystępując do niniejszego postępowania PSEP postawił sobie za cel działanie na rzecz interesu społecznego. W naszej ocenie w interesie społecznym jest ochrona mniejszości czy to etnicznych, narodowych czy mniejszości seksualnych, w taki sposób by zasady demokracji, praw człowieka i godności ludzkiej chronione przez polską ustawę zasadniczą znalazły odzwierciedlenie w rzeczywistości. W naszym przekonaniu porównanie osób o orientacji homoseksualnej do zabronionych przez prawo zachowań takich jak: pedofilia, zoofilia i nekrofilia stanowi przykład „mowy nienawiści” wobec osób o orientacji homoseksualnej. Do Sądu należy ocena czy do takiego porównania doszło i w tym zakresie PSEP nie chce i nie ma podstaw by się wypowiadać.

Ponadto PSEP pragnie z całą mocą podkreślić, że porównanie osób o orientacji homoseksualnej do pedofilii, zoofilii i nekrofilii ma negatywne skutki nie tylko dla społeczności lesbijek i gejów, ale dla całego społeczeństwa. Odwrócenie uwagi od potencjalnych sprawców przestępstwa pedofilii, którymi w większości są mężczyźni heteroseksualni, dla których płeć dziecka nie ma znaczenia, jest szkodliwe społecznie, ponieważ nie przyczynia się do zwalczania tego przestępstwa.

Wobec nasilających się ataków agresji i „mowy nienawiści” wobec osób homoseksualnych ze strony nieznanymi sprawców jak i ze strony postaci z życia politycznego szczególnie istotne jest postawienie jasnej granicy pomiędzy dozwolonymi wypowiedziami, które korzystają z ochrony wolności słowa a „mową nienawiści”, która z takiej ochrony nie powinna korzystać.

2.4. Chcieliśmy podkreślić, że PSEP jest organizacją działającą od 1995 roku i od samego początku swojej pracy poświęciliśmy dużo uwagi zagadnieniom ochrony praw człowieka. PSEP jest organizacją, która współpracuje z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego zaś efektem tej współpracy są zajęcia kliniczne „Prawo na co dzień” oraz liczne konferencje i publikacje dotyczące m.in. przeciwdziałania

dyskryminacji i poszanowania praw człowieka. Podkreślenia wymaga fakt, iż w przygotowaniu opinii prawnej na potrzeby niniejszego postępowania, PSEP oparł się obok innych źródeł m.in. na porównawczym materiale przygotowanym przez International Centre for Human Rights (Interights)² z siedzibą w Londynie dotyczącym „mowy nienawiści”³. Interights jest międzynarodową organizacją działającą na rzecz praw człowieka, która wielokrotnie występuje w charakterze „przyjaciela sądu” w sprawach przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka.

3. WYBRANE ZAGADNIENIA PRAWNE

3.1. Co to jest „mowa nienawiści”?

3.1.1. „Mowa nienawiści” jest to termin określający wypowiedzi słowne lub w jakiegokolwiek innej formie, które mają na celu poniżenie, znieważanie, pomówienie, rozbudzenie lub utrzymanie nienawiści wobec pewnej osoby lub grupy osób.⁴ W raporcie przygotowanym na potrzeby sejmowego biura studiów i ekspertyz czytamy, że „mowa nienawiści to odpowiednik angielskiego terminu *hate speech* – wypowiedzi ustne i pisemne (..) lżące, oskarżające, wyszydzające i poniżające grupy i jednostki z powodów po części od nich niezależnych – takich jak przynależność rasowa, etniczna, religijna, a także płeć, preferencje seksualne (...)”⁵

3.1.2. „Mowa nienawiści” wobec osób homoseksualnych to wypowiedzi, które poniżają, obrażają i podtrzymują uprzedzenia lub powodują nienawiść lub niechęć wobec jednostek lub grup osób z powodu ich orientacji seksualnej. Termin ten jest blisko powiązany z terminem „homofobia”, który oznacza lęk, niechęć, potępienie lub nienawiść wobec osób o orientacji homoseksualnej. Termin pojawił się w języku angielskim w roku 1969.

_____ Parlament Europejski 18 stycznia 2006 w rezolucji "w sprawie homofobii w Europie" zdefiniował homofobię jako "nieuzasadniony lęk i niechęć wobec homoseksualizmu oraz osób homoseksualnych, biseksualnych i transseksualnych, oparte na uprzedzeniach podobnie jak rasizm, ksenofobia, antysemityzm i seksizm".⁶

² www.interights.org

³ Przygotowane przez A.Coomber w tłumaczeniu I.Kotiuk.

⁴ Encyklopedia internetowa Wikipedia: http://pl.wikipedia.org/wiki/Mowa_nienawi%C5%9Bci#Linki_zewn.C4.99trzne.

⁵ Sławomir Łodziński “Problemy dyskryminacji osób należących do mniejszości narodowych i etnicznych w Polsce” raport nr 219, Wydział analiz ekonomicznych i społecznych Kancelarii Sejmu – biuro studiów i ekspertyz – Grudzień 2003.

⁶ Encyklopedia internetowa Wikipedia: <http://pl.wikipedia.org/wiki/Homofobia> .

3.2. Mowa nienawiści w polskim kodeksie karnym

3.2.1. Polski kodeks karny penalizuje „mowę nienawiści” z powodu przynależności osoby poszkodowanej do określonej grupy etnicznej, narodowej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości.⁷ Przepis to jest ścigane z urzędu.

3.2.2. W Europie doświadczonych okrucieństwami i ludobójstwem II wojny światowej, większość krajów zdecydowało się na penalizowanie określonych form „mowy nienawiści” związanych z przynależnością do określonej grupy narodowej, etnicznej czy wyznaniowej. Są wśród nich Niemcy, Austria, Szwecja, Wielka Brytania, ale także kraje spoza Europy jak Kanada czy Nowa Zelandia. W wielu tych krajach karane są również wypowiedzi, których autorzy zaprzeczają zbrodni holokaustu. Najjaskrawszym tego przykładem jest ostatnie skazanie historyka Davida Irvinga w Austrii.⁸

3.3. Przykłady rozwiązań prawnych dotyczących „mowy nienawiści” ze względu na orientację seksualną.

3.3.1. „Mowa nienawiści” wobec osób homoseksualnych nie zawsze jest przestępstwem w rozumieniu przepisów prawa karnego, ściganym z oskarżenia publicznego. Jednak wobec wzrastającej dyskryminacji, nienawiści i przemocy wobec jednostek i grup z powodu ich orientacji seksualnej, wiele krajów zdecydowało się na penalizowanie „mowy nienawiści” skierowanej przeciwko lesbijkom i gejom. Poniżej zostaną przedstawione rozwiązania ze Szwecji, Kanady i Holandii dotyczące tego zagadnienia. Z powodu całkowicie innego traktowania zagadnienia wolności słowa (zarówno z powodów rasowych, etnicznych, religijnych jak i orientacji seksualnej), zostaną przedstawione rozwiązania przyjęte w Stanach Zjednoczonych Ameryki.

3.3.2. Szwecja

W 2002 roku w Szwecji przyjęto poprawkę do konstytucji, która dodała orientację seksualną do katalogu grup chronionych przed „mową nienawiści”. Oznacza to, że obok takich cech jak narodowość, pochodzenie etniczne i wyznanie, orientacja seksualna podlega ochronie prawnej. Prawo chroni lesbijki i gejów, osoby biseksualne i heteroseksualne na równi przed atakami werbalnymi i prześladowaniami opartymi na pogardzie z powodu orientacji seksualnej. Jednym z pierwszych osób, które są sądzone na podstawie tego prawa, jest protestancki pastor Ake Green. W swoich wypowiedziach porównał on osoby homoseksualne do „wielkiego raka drążącego

⁷ Art. 257 kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997, Dz.U.97.88.553.

⁸ David Irving zaprzeczał wielokrotnie w swoich wypowiedziach i książkach, że niemieccy naziści w czasie drugiej wojny światowej dokonali ludobójstwa na społeczności żydowskiej.

społeczeństwo” i powiedział, że „Bóg może zwymiotować na Szwecję, ponieważ jest tolerancyjna wobec mniejszości seksualnych”.

3.3.3. Kanada

W 2004 roku w Kanadzie wprowadzono poprawkę do prawa karnego, która dodała orientację seksualną do czterech innych grup chronionych przed mową nienawiści. Obecnie ochrona przed mową nienawiści obejmuje kolor skóry, rasę, religię, pochodzenie etniczne i orientację seksualną.

Ustawodawstwo kanadyjskie różni się jednak od szwedzkiego głównie tym, że ustanawia wyjątek, który zezwala na mowę nienawiści, jeśli jest ona podyktowana względami religijnymi.

3.3.4. Holandia

W Holandii nie ma specjalnego prawa dotyczącego mowy nienawiści, jednak holenderski system prawny poradził sobie z zagadnieniem „mowy nienawiści” wobec osób homoseksualnych poprzez ustawodawstwo dotyczące równości. W sprawie *Van Zijl v. Goeree*, Sąd Najwyższy zakazał dalszych publikacji anty-homoseksualnego artykułu o tytule „Sodomia jest wszędzie”, który był opublikowany przez grupę religijną. Artykuł zawierał kilka obelg przeciwko lesbijkom i gejom, włączając w to opinie, że AIDS zostało zesłane aby ich ukarać śmiercią za grzechy. W tej sprawie holenderski Sąd Najwyższy był zmuszony do balansowania między wolnością wypowiedzi i religii wydawcy, a cierpieniem/szkodą ofiary spowodowaną tym artykułem. Sąd uznał, że artykuł umniejsza pozycje lesbijek i gejów w społeczeństwie i w ten sposób łamie ich prawo do równego traktowania chronione w holenderskiej Konstytucji.

3.3.5. Stany Zjednoczone Ameryki

W Stanach Zjednoczonych wolność słowa wynika z Pierwszej Poprawki do Konstytucji. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych bardzo szeroko skonstruował wolność wypowiedzi poprzez swoje orzecznictwo. W latach 20-tych XX wieku w sprawie *Abrams v. Stany Zjednoczone*⁹ jeden z sędziów stworzył koncept, który przetrwał w Stanach do dnia dzisiejszego i stanowi podstawę systemu wolności słowa. Koncept ten oparty jest na idei, że istnieje tzw. „marketplace of ideas”, co oznacza rynek idei/rynek myśli i wolność wypowiedzi jest kluczowym elementem zapewniającym istnienie tego rynku. Orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszcza wiele wypowiedzi, które w Europie nie mogłyby się obronić. Tyczy to się zarówno „mowy nienawiści” jak i pornografii – obie te formy wypowiedzi są dozwolone w Stanach Zjednoczonych. Jako drastyczne przykłady dozwolonej „mowy nienawiści” można podać następujące sprawy: *Collin v. Smith* (1978) – Sąd Apelacyjny orzekł, że pierwsza poprawka do konstytucji dopuszcza marsz neo-nazistów przez dzielnice zamieszkałe przez

⁹ 250 U.S. 616 (1919).

ludność Żydowską, która przeżyła holokaust, nawet jeśli neo-naziści właśnie z tego powodu wybrali tę dzielnicę na swój przemarsz. Podobnie sprawa *R.A.V. v. City St. Paul* (1992), która dotyczyła tego, że część sąsiadów zrobiła i spaliła krzyż na trawniku przed domem czarnoskórej rodziny, aby im pokazać jak są niemile widziani w okolicy. Ochrona wolności słowa w Stanach Zjednoczonych jest bardzo szeroka i wydaje się niemal absolutna i inne prawa i dobra ludzkie są jej podporządkowane. Nie wszystkie rodzaje wypowiedzi korzystają oczywiście z ochrony pierwszej poprawki, ale zakres ten jest dużo większy niż w Europie, Kanadzie, Australii czy Nowej Zelandii. Jednym z powodów jest niewątpliwie inna historia i brak doświadczenia holokaustu i ludobójstwa na szeroką skalę, z jakim mamy do czynienia w Europie do dnia dzisiejszego.¹⁰

3.4. Wolność wypowiedzi a „mowa nienawiści” – zależności

3.4.1. Przede wszystkim należy wyraźnie zaznaczyć, że jednym z podstawowych wartości społeczeństwa demokratycznego jest wolność słowa. Wolność słowa jest chroniona w najważniejszych dokumentach dotyczących ochrony praw człowieka. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych¹¹ w artykule 19 chroni wolność wyrażania opinii i posiadania poglądów. Podobnie artykuł 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹² chroni wolność wypowiedzi. Jednak prawo to nie jest absolutne i podlega ograniczeniom w takim zakresie, w jakim jest to konieczne do ochrony praw innych osób. Prawo międzynarodowe ustanawia strukturę, w której wolność wypowiedzi nie podlega ochronie, jeśli stanowi „mowę nienawiści”, szczególnie ze względu na narodowość, rasę, kolor skóry. Międzynarodowe standardy wypracowane w relacji do „mowy nienawiści” ze względu na rasę, religię i pochodzenie etniczne powinny w pełni znaleźć zastosowanie w odniesieniu do „mowy nienawiści” z uwagi na orientację seksualną (*homophobic hate speech*).¹³

3.4.2. System ochrony praw człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych – wolność słowa.

Jak to zostało powiedziane wcześniej Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych chroni wolność wypowiedzi w artykule 19 ale jednocześnie w paragrafie 3 tegoż artykułu ustanawia ograniczenia tejże. Wolność wypowiedzi może więc być ograniczona przez ustawę w celu „poszanowania praw i dobrego imienia innych oraz ochrony bezpieczeństwa państwowego lub porządku publicznego albo zdrowia lub moralności publicznej”. Wolność wypowiedzi to nie tylko prawo, ale prawo które pociąga za sobą pewne obowiązki i

¹⁰ Morderstwa w byłej Jugosławii na tle narodowościowym i religijnym (1991-1995), wojna w Czeczenii, morderstwa na tle religijnym na przykład w Holandii.

¹¹ Dokument Organizacji Narodów Zjednoczonych podpisany w Nowym Jorku w 1966 roku ratyfikowany przez Polskę w 1977 roku, Dz.U.77.38.167.

¹² Dokument Rady Europy podpisany w Rzymie w 1950 roku ratyfikowany przez Polskę w 1993 roku.

¹³ Nieopublikowana opinia prawna dotycząca „mowy nienawiści” przygotowana przez Interights.

odpowiedzialność. Ponadto w artykule 20 tejże Konwencji czytamy: „popieranie w jakikolwiek sposób nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej, stanowiące podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu, powinno być ustawowo zakazane”.

Międzynarodowa Konwencja w Sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Rasowej¹⁴ używa mocniejszego języka, aby zakazać „mowy nienawiści”. Artykuł 4 tejże Konwencji zobowiązuje Państwa Strony do zwalczania nienawiści rasowej i dyskryminacji w każdej formie oraz do „podjęcia niezwłocznie właściwych środków zmierzających do wykorzenia wszelkiego podżegania do tego rodzaju dyskryminacji bądź też aktów dyskryminacji i w tym celu”. Generalna Rekomendacja XV Komitetu Przeciw Dyskryminacji Rasowej wyjaśnia, że zobowiązania wymienione w artykule 4 Konwencji są obowiązkowe i Państwa Strony są zobowiązane wprowadzić efektywne prawo i karać wszelkie przejawy dyskryminacji rasowej.

Oba Komitety – Praw Człowieka i Przeciw Dyskryminacji Rasowej, podkreślają, że zakaz mowy nienawiści jest całkowicie zgodny z przepisami dotyczącymi wolności wypowiedzi.

W jednej ze spraw dotyczącej „mowy nienawiści”, jaka była rozpatrywana przed Komitetem Praw Człowieka¹⁵, Komitet orzekł, że wypowiedzi antysemityczne nie korzystają z wolności wypowiedzi. W tym wypadku ograniczenie wolności wypowiedzi służy oddaniu szacunku społeczności Żydowskiej, która ma prawo żyć bez strachu w atmosferze wolnej od antysemityzmu.

Sprawa rozpatrywana przed Komitetem Przeciw Dyskryminacji Rasowej, która zasługuje na uwagę, jest *The Jewish Community of Oslo and others v. Norwegia*¹⁶. Sprawa ponownie dotyczy wypowiedzi poniżających i zniesławiających społeczność Żydowską podczas publicznego wystąpienia. Sąd Najwyższy Norwegii uznał, że chociaż wypowiedź była uwłaczająca i obraźliwa, nie była to groźba i dlatego nie może być zakazana jako „mowa nienawiści” i korzysta z ochrony wolności wypowiedzi. Komitet uznał Norwęgę winną złamania artykułu 4 Międzynarodowej Konwencji w Sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Rasowej, a w argumentacji napisał: „nawet jeśli wypowiedzi podczas przemówienia były całkowicie absurdalne, nie powoduje to, że artykuł 4 Konwencji nie jest pogwałcony. Wypowiedzi były oparte na przekonaniu o wyższości jednej rasy nad drugą lub nienawiści rasowej i są nawoływaniem do dyskryminacji rasowej, jeśli nie do przemocy. Ponadto Komitet uznał, że wolność wypowiedzi zasługuje na niższy stopień ochrony w sytuacji „mowy nienawiści”¹⁷.

3.4.3. Wolność słowa w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

¹⁴ Dokument Organizacji Narodów Zjednoczonych podpisany w Nowym Jorku w 1966 roku ratyfikowany przez Polskę w 1969 roku; Dz.U.69.25.187.

¹⁵ *Faurisson v France* 8 November 1986, Communication No. 550/1993 (UN Human Rights Committee); wypowiedzi francuskiego profesora, który zaprzeczał holokaustowi.

¹⁶ Communication No. 30/2003, U.N. Doc. CERD/C/67/D/2003, 22 August 2005.

¹⁷ Tłumaczenie z orzeczenia Komisji paragraf 10.5 – I.Kotiuk.

Europejska Konwencja Praw Człowieka chroni wolność wypowiedzi w artykule 10, ale jednocześnie ustanawia granice tej wolności. Paragraf 2 tego artykułu stanowi, że wolność wypowiedzi może podlegać ograniczeniom przewidzianym przez prawo i koniecznym w społeczeństwie demokratycznym. Konwencja wymienia szereg powodów ograniczenia wolności wypowiedzi i są wśród nich „ochrona dobrego imienia i praw innych osób”. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału dotyczące interpretacji artykułu 10 jest bogate. Na potrzeby tej opinii przytoczone będą tylko niektóre orzeczenia.

W sprawie *Gunduz*¹⁸ Europejski Trybunał Praw Człowieka (Trybunał) orzekł, że tolerancja i szacunek dla równej godności wszystkich ludzi stanowi podstawę demokratycznego i pluralistycznego społeczeństwa. Biorąc to za wzór, w opinii Trybunału, może okazać się konieczne, w określonych społecznościach demokratycznych, karanie lub nawet zapobieganie wszystkim formom wypowiedzi, które szerzą, wzmacniają, promują lub usprawiedliwiają nienawiść opartą na nietolerancji, z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności. Ponadto jak orzekł Trybunał, nie ma wątpliwości, że konkretne wypowiedzi będące „mową nienawiści”, co może być znieważeniem określonych jednostek lub grup społecznych, nie znajdują ochrony przez artykuł 10 Konwencji.¹⁹ W określeniu czy wypowiedź stanowi „mowę nienawiści” istotny jest kontekst sprawy. Sprawa *Jersild*²⁰ dotyczyła sytuacji, w której dziennikarz zrobił reportaż o młodzieży o rasistowskich poglądach. Przedstawiony reportaż zawierał wyjątkowo obraźliwe rasistowskie wypowiedzi o czarnoskórych. Dziennikarz i właściciel stacji zostali skazani w Dani, więc powołali się na art. 10 Konwencji. Sąd stwierdził, że ze względu na fakt, że był to program publicystyczny, skierowany do dobrze poinformowanej publiczności, kary zastosowane wobec dziennikarza i właściciela stacji nie były konieczne w społeczeństwie demokratycznym.

Analizując wolność wypowiedzi i jej ograniczenia zawarte w Europejskiej Konwencji nie należy zapominać o artykule 17 Konwencji. Artykuł ten ma na celu zapobieganie nadużyciom praw określonych w konwencji przeciwko prawom innych osób. W kontekście wolności wypowiedzi interesujące jest, że Trybunał odmawia określonym wypowiedziom prawa do ochrony i kwalifikuje je jako wchodzące w zakres artykułu 17 – taki status mają na przykład wypowiedzi zaprzeczające holokaustowi. Na uwagę zasługuje sprawa *Norwood*²¹, w której prawicowa partia skazana za wywieszanie anty-muzułmańskiego plakatu w Wielkiej Brytanii, próbowała szukać ochrony powołując się na wolność wypowiedzi chronioną przez artykuł 10. Trybunał orzekł: „Taki generalny, gwałtowny atak przeciwko grupie religijnej, ustanawiający powiązanie pomiędzy tą grupą jako całością a działaniami terrorystycznymi nie daje się pogodzić z wartościami głoszonymi i zagwarantowanymi w Konwencji w szczególności z tolerancją, spokojem społecznym i zakazem

¹⁸ *Gunduz v. Turcja* orzeczenie 4 Grudnia 2003 roku, nr aplikacji 35071/97.

¹⁹ Paragraf 40 orzeczenia w tłumaczeniu I.Kotiuk.

²⁰ *Jersild v. Dania* orzeczenie 24 września 1994 roku, nr aplikacji 298.

²¹ *Norwood v. Wielka Brytania* decyzja o dopuszczalności z dnia 16 listopada 2004 roku (admissibility decision).

dyskryminacji. Wywieszenie anty-muzułmańskiego plakatu w oknie stanowi akt w znaczeniu artykułu 17 Konwencji i nie zasługuje na ochronę przewidzianą w artykule 10.”²²

3.4.4. Powyższe przykłady międzynarodowych dokumentów i orzecznictwa pokazują, że wolność słowa podlega ograniczeniom, szczególnie, jeśli jest oparta na niczym nieuzasadnionej nienawiści wobec określonej grupy społecznej tylko z powodu jej szczególnych cech jak rasa czy kolor skóry. Orzecznictwo artykułu 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka pokazuje, że Trybunał stara się balansować pomiędzy wolnością wypowiedzi a jej ograniczeniami. Robiąc to, ma znaczenie treść wypowiedzi i jej cel. Trybunał bada czy ograniczenie jest konieczne w społeczeństwie demokratycznym, takie ograniczenie może współgrać z społecznymi potrzebami czy wymaganiami. W tym zakresie każdy sąd w Europie, aby być w zgodzie z Konwencją, powinien badać cel ograniczenia i proporcjonalność użytych środków a także relacje pomiędzy wolnością wypowiedzi a innymi prawami chronionymi przez konwencję, w szczególności mieć na uwadze ludzką godność.

3.5. Czy każda wypowiedź przeciwko osobom homoseksualnym stanowi „mowę nienawiści”?

3.5.1. Naturalnie nie każda wypowiedź skierowana przeciw mniejszościom seksualnym stanowi „mowę nienawiści”. W społeczeństwie demokratycznym podstawą jest dialog społeczny. Wolność wypowiedzi chroniona artykułem 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka obejmuje również prawo do posiadania opinii, otrzymywania i rozpowszechniania informacji i idei bez ingerencji Państwa. Wszelkie formy wyrażania opinii są chronione: malarstwo, pisanstwo, filmy, wypowiedzi w radio, pamflety itp.²³

W sprawie *Handyside*²⁴ Trybunał orzekł m.in.: „artykuł 10 ma zastosowanie nie tylko do informacji czy idei, które są chętnie otrzymywane lub uważane za nie obraźliwe lub obojętne, ale również do wypowiedzi, które mogą obrazić, szokować lub niepokoić Państwo, inny sektor lub opinię publiczną. Takie są wymogi pluralizmu, tolerancji i szerokich horyzontów, bez których to nie ma społeczeństwa demokratycznego”.²⁵ Jednak jak to było wcześniej pokazane i jak to wynika z artykułu 10 Konwencji, wolność wypowiedzi niesie ze sobą szczególne obowiązki i odpowiedzialność. Tak samo jak ważne jest by chronić wolność wypowiedzi jako podstawę społeczeństwa demokratycznego, równie istotne jest by dostrzegać, że wolność słowa może być użyta by wzniecać/podburzać przemoc, szerzyć nienawiść, naruszać prywatność i bezpieczeństwo osobiste. Zadaniem Sądu jest znalezienie odpowiedniego balansu pomiędzy różnymi interesami.

²² Strona 4 decyzji w tłumaczeniu I.Kotiuk.

²³ Jacobs & White “The European Convention on Human Rights” fourth edition, Oxford 2006.

²⁴ *Handyside v. Wielka Brytania* orzeczenie 7 Grudnia 1976 numer 24.

²⁵ Paragraf 48 orzeczenia w tłumaczeniu I.Kotiuk.

3.5.2. „Mowa nienawiści” różni się od szokujących wypowiedzi tym, że jest podyktowana uprzedzeniami autora takiej wypowiedzi, uprzedzeniami natury emocjonalnej, które nie znajdują żadnego racjonalnego wytłumaczenia. Autorzy „mowy nienawiści” wobec mniejszości narodowych czy etnicznych są przekonani o wyższości swojej rasy nad innymi. Podobnie sytuacja wygląda z „mową nienawiści” wobec mniejszości seksualnych – jest ona skierowana przeciwko tym grupom społecznym tylko z powodu ich innej orientacji seksualnej. W naszych społeczeństwach jednostki mają skłonność do budowania swojej tożsamości wokół takich cech jak ich religia, narodowość, płeć czy orientacja seksualna. Osoby, które atakują innych z powodu tych właśnie cech dowodzą nam, że sami czerpią zadowolenie nie tylko z zadanego bólu, ale dodatkowo są przekonani o swojej wyższości i dominacji i dlatego oczerniają innych z powodu tych elementów ludzkiej tożsamości, które są zasadnicze dla życia i istnienia ofiary takich ataków.²⁶

3.5.3. Zrównanie osoby o orientacji homoseksualnej z takimi dewiacjami jak pedofilia, zoofilia i nekrofilia jest jawnie nieprawdziwe i wynika z uprzedzeń autora takiej wypowiedzi. Ma na celu nie tylko poniżenie lesbijek i gejów, ale może skutkować aktami przemocy wobec nich. Zmierza do utrwalenia negatywnego i nieprawdziwego wizerunku osób homoseksualnych w opinii publicznej.

3.6. Wnioski końcowe

3.6.1. Jak wynika z powyższego zestawienia, zakaz „mowy nienawiści” jako ograniczenie wolności słowa z uwagi na rasę, kolor skóry, narodowość, religię lub bezwyznaniowość a także pochodzenie etniczne jest dobrze ukształtowany w orzecznictwie międzynarodowych i w prawie poszczególnych państw, w tym w Polsce. Analizując „mowę nienawiści” wobec osób o orientacji homoseksualnej należy dostrzec istniejące paralele pomiędzy niczym nieuzasadnioną i irracjonalną nienawiścią wobec ludzi z powodu ich przynależności narodowej (religijnej czy etnicznej) a taką samą niechęcią wobec ludzi z powodu ich orientacji seksualnej.

3.6.2. Ponadto wyraźnie widać, że większość krajów, w tym Polska, wybrały model, w którym ogranicza się wolność słowa i „mowa nienawiści” nie znajduje tam ochrony – wyjątkiem są Stany Zjednoczone. Można również zaobserwować w tych krajach nowe podejście, a mianowicie ochroną przed „mową nienawiści” obejmuje się również orientację seksualną. Wynika to zapewne z uznania orientacji homoseksualnej za równoprawną heteroseksualnej, przy jednoczesnym dostrzeżeniu wzrostu przestępstw nienawiści z powodu orientacji seksualnej.

²⁶ Dan M.Kahan “Two liberals fallacies in the hate crimes debate” page 182, Law and Philosophy 2001; Dan M.Kahan jest profesorem prawa na Uniwersytecie Yale w Stanach Zjednoczonych.

3.6.3. Analiza prawa międzynarodowego prowadzi do wniosku, że wolność wypowiedzi również wynikająca z religii, może ulec ograniczeniu w celu ochrony praw innych osób, a szczególnie ich ludzkiej godności.

3.6.4. Ponadto w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka widzimy zmiany w podejściu do orientacji homoseksualnej. Od lat 80-tych XX wieku, Trybunał wielokrotnie powtórzył, że orientacja seksualna w tym również homoseksualna, jest elementem życia prywatnego i jako taka zasługuje na ochronę w ramach art. 8 Konwencji.²⁷

4. ZAKOŃCZENIE

4.1. Zadaniem Sądu w państwie demokratycznym jest często wyznaczanie granicy dozwolonej krytyki i debaty publicznej. Niewątpliwie społeczność osób homoseksualnych budzi w Polsce emocje. Debata społeczna na temat związków partnerskich, zakazu dyskryminacji w pracy z powodu orientacji seksualnej i równouprawnienia lesbijek i gejów jest w Polsce potrzebna i powinna być elementem debaty w państwie demokratycznym.

Jednak debata społeczna nie może przerodzić się w swoją karykaturę i nie można pozwolić by język nienawiści ją zdominował. Jest to ważne i odpowiedzialne zadanie również dla Sądu. Trzeba dokonać jasnego rozróżnienia między wypowiedziami pobudzającymi debatę polityczną a wypowiedziami nieprawdziwymi, głoszonymi z niechęci czy nienawiści wobec określonej grupy społecznej.

Irmina Kotiuk²⁸

²⁷ Sprawa Dudgeon v. Wielka Brytania orzeczenie 22 października 1981 numer 45; artykuł 8 Konwencji chroni prawo do życia prywatnego i rodzinnego.

²⁸ Irmina Kotiuk, mgr prawa, obecnie kandydatka LL.M. International and European Law (Uniwersytet w Amsterdamie), członkini Polskiego Stowarzyszenia Edukacji Prawnej i jedna z przedstawicielek PSEP, który występuje jako organizacja społeczna w sprawie z oskarżenia prywatnego Ingi Kostrzewy, Agnieszki Kraski, Sandry Rutkiewicz i Joanny Reniger *przeciwko Jackowi Tomczakowi i Przemysławowi Alexandrowiczowi* – sygn.akt XXIII K 20/05/11.