

mgr Konrad Kobyliński

prof. dr hab. Zygmunt Tobor

Po co prawnikom wiedza o mowie nienawiści?

„A jednak często jest, że ktoś słowem złym zabija tak, jak nożem”

Czesław Niemen – *Dziwny jest ten świat*

Nie ulega wątpliwości, że wolność słowa stanowi jedną z najważniejszych wartości demokratycznych. Wolność słowa gwarantuje możliwość realizacji dialogu obywatelskiego i nieskrępowanej dyskusji politycznej, swobodę badań naukowych czy wolność w zakresie twórczości artystycznej¹. System polityczny każdego państwa, które chce uchodzić za demokratyczne i praworządne, musi gwarantować i chronić wolność słowa. W Polsce jest ona chroniona w art. 54 i 73. ustawy zasadniczej. Ponadto gwarantują ją konwencje międzynarodowe, których Polska jest stroną². Istnienie wolności słowa jest zatem kryterium pozwalającym na zaliczenie danego kraju do określonego kręgu kultury liberalnej, w której za pomocą dyskursu i szerokiej partycypacji społecznej możliwa jest komunikacja pomiędzy opozycyjnymi formacjami ideologicznymi, czy większością a polityczną mniejszością. Dzięki wolności słowa możliwe jest dialogiczne poszukiwanie wzajemnego konsensusu drogą argumentacji i kompromisów, a nie drogą przymusu czy też presji politycznej. Komunikacja nakierowana na ten cel musi odznaczać się m.in. chęcią do współpracy jej uczestników, kierowanie się życzliwością przy interpretacji, grzecznością czy chęcią dostosowania się do warunków jej prowadzenia. Dyskusja oparta na tych zasadach jest fundamentem dla istnienia i realizacji innych wartości, także o charakterze konstytucyjnym, gdyż korzystanie z nich jest

¹ Art. 73 Konstytucji RP

² Mn. in.: konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (art. 9 i 10) sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.; art. 20 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych powstały w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r.; międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z dnia 7 marca 1966 r.; decyzja ramowa Rady 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnych.

możliwe dopiero po uprzedniej deliberacji, przeprowadzonej w warunkach otwartej debaty publicznej³.

Jednak każdy medal ma dwie strony, każdą, nawet najpiękniejszą wartość, można zniszczyć i obrzydzić. Mowa, która nie jest nakierowana na życzliwe zrozumienie drugiej strony, osiągnięcie porozumienia i podjęcie współpracy, lecz jest skupiona na destrukcji, na zgnębieniu lub zniszczeniu drugiej strony, pozbawieniu jej godności i wykluczeniu z grona uprawnionych dyskutantów, sprzeniewierza się szlachetnym pobudkom, z powodu których tak bardzo ceniona jest wolność słowa. Kiedy taka mowa przenosi się do dyskursu publicznego, to może ona zniszczyć nie tylko kulturę dialogu, ale i partycypację społeczną, może ograniczyć ilość głosów słyszalnych w przestrzeni społecznej, zmniejszyć pole widzenia i zawęzić horyzonty wymiany intelektualnej, co jest szczególnie niebezpieczne w dobie szybkich przemian politycznych, wymagających od ludzi coraz większej sprawności w dostosowywaniu się do rzeczywistości społecznej. Stąd nie każda mowa powinna zasługiwać na ochronę, gdyż nienawiść, rasizm czy antysemityzm bywają nierzadko chowane za zasłoną hasła wolności słowa. Polski Trybunał Konstytucyjny uznał, że „oczywista jest odpowiedź na retoryczne pytanie, czy prawo powinno przeciwdziałać upowszechnianiu się w języku publicznej debaty zwrotów obraźliwych, agresywnych, poniżających, naruszających godność człowieka, zastępujących autentyczną wymianę poglądów zniewagami”⁴.

Problematyczność walki z mową nienawiści wynika z kilku czynników. Przede wszystkim, nie jest ona terminem języka prawnego, nie występuje w żadnych przepisach prawa, jednak coraz częściej pojęcie to pojawia się w języku prawniczym, zarówno w wypowiedziach doktrynalnych, uczestników postępowań czy w języku uzasadnień sądowych. Problematyczne jest ustalenie zakresu znaczeniowego tego terminu w taki sposób, aby mógł stać się on przydatny dla celów aplikacyjnych w procesie stosowania prawa. Wydaje się, że najpopularniejszą definicję zaproponowano w Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy, w którym stwierdzono, że „mowa nienawiści obejmuje wszelkie formy wypowiedzi, które szerzą, propagują czy usprawiedliwiają nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm oraz inne formy nienawiści bazujące na nietolerancji m.in.: nietolerancję wyrażającą się w

³ Na temat interpretacji zasad konstytucyjnych i ich roli komunikacyjnej zob. S. Tkacz, *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawnictwie. Od dogmatyki do teorii*, Toruń 2014, s. 411 i n.

⁴ Wyrok TK z dnia 11 października 2006 r., sygn. akt P 3/06

agresywnym nacjonalizmie i etnocentryzmie, dyskryminację i wrogość wobec mniejszości, imigrantów i ludzi o imigranckim pochodzeniu”⁵.

Według S. Kowalskiego i M. Tulli mowę nienawiści można wyodrębnić ze względu na trzy jej cechy: po pierwsze, mowa nienawiści adresowana jest do zbiorowości, a nie jednostek. Nawet jeśli uderza na pozór w konkretnego człowieka, czyni to redukując go do roli typowego przedstawiciela grupy, której rzekome cechy i motywy zostają mu przypisane bez dyskusji; odziera go z indywidualności, pozbawia biografii innej niż zbiorowa, odbiera prawo do bycia sobą. Po drugie, mowa nienawiści jest skierowana przeciwko zbiorowościom szczególnego rodzaju – takim, których się nie wybiera. Są to przede wszystkim grupy naturalne, w których udział determinowany jest biologicznie (kolor skóry, płeć, preferencja seksualna, przynależność etniczna, kalectwo) albo społecznie (język, obywatelstwo, religia, miejsce zamieszkania, które często trudno zmienić, czy zawód, w wielu przypadkach dziedziczony rodzinnie). Po trzecie nowa nienawiści funkcjonuje w świecie wyobrażonym i sama wyznacza swoje cele. Nie jest ważne czy łżony, wyszydzany i poniżany z powodu należenia do jakiejś zbiorowości rzeczywiście do niej należy, przedmiotem zainteresowania nie są prawdziwi ludzie, lecz wizerunki wyposażone w stereotypowe cechy⁶. Mowa nienawiści może być także kierowana wobec ludzi ze względu na preferencje polityczne, przynależność lub sympatyzowanie z określonymi ugrupowaniami społecznymi czy politycznymi.

Drugim, jeszcze poważniejszym problemem jest to, że w ramach walki z mową nienawiści należy ograniczyć czyjąś swobodę wypowiedzi. Problem ten zauważył Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając, że wolność słowa jest wartością fundamentalną w demokratycznym państwie prawa i wszelkie ograniczenia na tym polu muszą być szczególnie mocno i jednoznacznie uzasadnione innymi wartościami konstytucyjnymi⁷. Trybunał wskazał w tym orzeczeniu, że wolność słowa nie jest wartością absolutną, jednak jej ograniczenia muszą mieć jasny i wyraźny charakter, zgodny z zasadą określoności prawa. Zdefiniowanie terminu „mowa nienawiści” wydaje się kluczowe z jeszcze jednego powodu. Brak obiektywnych i neutralnych światopoglądowo kryteriów definicyjnych może skutkować upolitycznieniem dyskusji na temat mowy nienawiści, przez co termin ten, zamiast wprowadzać pewną minimalną ochronę dla uczestników dyskursu, sam staje się przedmiotem

⁵ Rekomendacja R (97) 20 Komitetu Ministrów Rady Europy nt. mowy nienawiści

⁶ S. Kowalski, M. Tulli, *Zamiast procesu. Raport o mowie nienawiści*, Warszawa 2003, s. 21-22

⁷ Wyrok TK z dnia 25 lutego 2014 r., sygn. akt SK 65/12

poważnego i ostrego sporu politycznego. W Stanach Zjednoczonych zwrot *hate speech* uznawany jest przez konserwatystów za narzędzie liberalnej lewicy w walce o „polityczną poprawność”⁸. Przekonanie to przedostało się również do polskiej debaty nad tym pojęciem. Wśród polskich publicystów, utożsamianych z prawą stroną sceny politycznej, pojawiają się regularnie wypowiedzi określające mowę nienawiści jako „pojęcie wykorzystywane przez lewactwo do walki z niepasującymi mu opiniami”⁹, „konstrukt ideologiczny (...) powstał w czasach współczesnych za przyczyną środowisk lewicowych”¹⁰, a próby legislacyjnych zmian poprzez zaostrenie kar spotyka się z radykalną lub wręcz paniczną reakcją: „Lewicowe partie polityczne pracują nad zmianami w kodeksie karnym dotyczącymi tzw. mowy nienawiści. Nowe zapisy będą ogromnym ułatwieniem dla promocji patologii i seksualnych zbrodni w Polsce”¹¹. Autorzy raportu *Mowa nienawiści w przestrzeni publicznej* stwierdzają, że „(...) owe zastrzeżenia są wynikiem reakcji lękowych, dotyczących oporu przed zmianą społeczną, w wypowiedziach tych silnie odznacza się niezrozumienie samego terminu, jego społecznej wagi oraz wartości, które legły u jego podstaw jako jednej z usprawiedliwionych społecznie metod ograniczania wolności słowa i swobody wypowiedzi”¹². Takie spojrzenie na pojęcie mowy nienawiści uniemożliwia sensowny, pozapolityczny dialog na jego temat. Stąd nie powinny dziwić problemy prawne, które pojawiają się w kontekście jego wykorzystania. Sam termin „mowa nienawiści” może być punktem zapalnym dla ostrej i paradoksalnie pełnej nienawiści dyskusji. Czym jest więc mowa nienawiści?

J.L. Austin wprowadził do językoznawstwa pojęcie wypowiedzi performatywnych. Jego zdaniem „wypowiedzenie danego performatywu jest w całości lub w części wykonaniem jakiejś czynności, której (...) nie opisałoby się normalnie jako mówienie czegoś”¹³. Dla zrozumienia czym jest performatyw najważniejsze jest przyjęcie, że jest on formą działania, a nie opisywania. Jako działanie performatyw może więc ranić, sprawiać przykrość i wywoływać negatywną reakcję. Dlatego też amerykańska filozofka J. Butler zwraca uwagę, że mowa nienawiści jest przemocą, nie tylko jej reprezentacją¹⁴. Jej zdaniem mowa

⁸ Taką narrację przedstawia m.in. D. D’Souza, *Illiberal Education: The Politics of Race and Sex on Campus*, New York 1991, *passim*

⁹ <https://twitter.com/lkwarzecha/status/697040943032242176>

¹⁰ <https://www.fronda.pl/a/agnieszka-romaszewska-dla-frondy-obelga-znieslawienie-a-mowa-nienawisci,121511.html>

¹¹ <https://www.pch24.pl/nadchodzi-cenzura-totalna-4029,i.html>

¹² A. Bulandra, J. Kościółek, M. Zimnoch, *Mowa nienawiści w przestrzeni publicznej. Raport z badań pracy w 2014 roku*, Kraków 2015, s. 10

¹³ J. L. Austin, *Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne*, tł. B. Chwedeńczuk, Warszawa 1993, s. 550

¹⁴ J. Butler, *Walczące słowa. Mowa nienawiści i polityka performatywu*, tł. A. Ostolski, Warszawa 2010, s. 15

nienawiści spełnia funkcje polityczne, zmierza do podporządkowania sobie drugiej osoby i utrwalenia pozycji dominacji wobec adresata wypowiedzi¹⁵. Butler, próbując zdefiniować pojęcie mowy nienawiści, przyjmuje, że istnieją dwa aspekty, które najczęściej występują łącznie. Mowa nienawiści ma po pierwsze krzywdzić, czyli jest formą przemocy psychicznej, a po drugie najczęściej zawiera ona groźbę możliwej przemocy fizycznej. Butler zwraca uwagę, że mowa nienawiści często operuje za pomocą pojedynczych zwrotów językowych, które ułatwiają rozprzestrzenianie się pejoratywnych etykietek („pedał”, „żyd”, „komuch”, „ciapaty”, „czarnuch”). Skoro mowa nienawiści jest przede wszystkim działaniem, to nie zawsze musi ona przybierać formę wypowiedzi językowej, może nią być każdy symboliczny akt komunikacji. Jako formę mowy nienawiści należałoby zakwalifikować spotykane na stadionach piłkarskich rzucanie bananów lub wydawanie okrzyków przypominających mały gdy piłka znajduje się w posiadaniu czarnoskórych piłkarzy. W tym samym sensie za przejaw mowy nienawiści należy uznać wystawienie tzw. „aktów zgonu politycznego” jedenastu samorządowców przez Młodzież Wszechpolską. Nienawistna jest tutaj zarówno treść (za przyczynę zgonu wpisano liberalizm, multikulturalizm i głupotę), jak i forma, nawiązująca do rzeczywistych aktów zgonu, zawierająca informacje o dacie i miejscu śmierci. Są one zarówno formą przemocy psychicznej, jak i groźbą możliwej przemocy fizycznej.

W zakresie filozofii prawa od dłuższego czasu toczy się debata na temat tego, czy przepisy zmierzające do ograniczenia i karania mowy nienawiści w przestrzeni publicznej zgodne są z zasadą wolności słowa. Zdaniem R. Dworkina „demokracja wymaga (...), aby każdy obywatel mógł nie tylko głosować, ale także, aby każdy obywatel miał głos: decyzja większości nie jest sprawiedliwa dopóki każdy nie miał możliwości wyrażenia swoich postaw i opinii, strachów i przekonań, uprzedzeń i ideałów (...) w celu przedstawienia swojego stanowiska jako odpowiedzialny podmiot, a nie ofiara kolektywnego działania”¹⁶. Dworkin uważa, że zakaz szerzenia mowy nienawiści podważa legitymizację demokratyczną, gdyż pozbawia obywatela prawa do wyrażenia swojego głosu w procesie politycznym. Państwo, które odmawia obywatelowi wyrażania swoich uprzedzeń, nienawiści, a nawet rasizmu bez obaw o sankcję karną pozbawia obywatela możliwości autonomicznego działania. W podobnym duchu argumentuje E. Heinze, według którego wolność słowa nie powinna być analizowana jedynie jako indywidualne prawo jednostki, lecz jako „istotowy atrybut

¹⁵ J. Butler, *Walczące słowa. Mowa nienawiści i polityka performatywu*, tł. A. Ostolski, Warszawa 2010, s. 52

¹⁶ R. Dworkin, *Preface*, [w:] I. Hare, J. Weinstein (red.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford 2009, s. v-ix

społeczeństwa demokratycznego”¹⁷. Teza o podważaniu politycznej legitymacji państwa przez ograniczenia mowy nienawiści została skrytykowana przez J. Waldrona. Bazuje on na koncepcji rozumnego pluralizmu Johna Rawlsa, według którego każdy obywatel powinien mieć zapewnione prawo do samodzielnego kształtowania swojego światopoglądu, jednak wizja taka nie może być całkowicie relatywistyczna; niezbędna jest wspólna akceptacja podstaw rozumnego społeczeństwa, które musi umieć bronić się przed doktrynami, które tej rozumności zaprzeczają, w ten sposób, że w warunkach ideologicznego zróżnicowania próbują wykorzystać władzę polityczną do narzucenia swoich przekonań pozostałym członkom społeczeństwa. Rozumność światopoglądu musi wiązać się z koniecznością honorowania zasad kooperacji i wzajemności. Z innych punktów widzenia, na przykład „z punktu widzenia moralności prywatnej, z punktu widzenia członków jakiegoś stowarzyszenia, czy z punktu widzenia czyjejś doktryny religijnej bądź filozoficznej, różne aspekty świata i relacji, w jakiej się do niego pozostaje, można widzieć inaczej. Tych punktów widzenia na ogół nie powinno się wprowadzać do politycznej dyskusji wokół najważniejszych elementów konstytucji i podstawowych kwestii sprawiedliwości”¹⁸.

Opierając się na teorii Rawlsa, Waldron stwierdza, że dobrze zorganizowane społeczeństwo, zgodnie z demokratycznymi wartościami, nie może być rasistowskie, mizoginistyczne czy ksenofobiczne. W takim społeczeństwie obywatele nie mają potrzeby do wyrażania siebie w taki sposób. Dlatego ochrona ludzkiej godności przed napaścią słowną nie powoduje uszczerbku w zakresie wolności w demokratycznym i rozumnym społeczeństwie¹⁹. Waldron utrzymuje, że istnieje publiczne, wspólne dobro inkluzywności społecznej, które sprzyja powiększeniu zasięgu partycypacji obywatelskiej. Szerzenie nienawiści podważa to dobro lub utrudnia jego realizację. Mowa nienawiści stwarza zagrożenie dla całego środowiska społecznego, jest to „(...) rodzaj wolno działającej trucizny, gromadzącej się tu i tam, słowo po słowie, tak, że nawet dla najbardziej dobrodusznym członków społeczeństwa utrzymanie tego dobra publicznego w końcu staje się niemożliwe”²⁰. Zdaniem Waldrona mowa nienawiści prowadzi do powstania przeciwstawnego, rywalizującego dobra publicznego.

¹⁷ E. Heinze, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford 2016, s. 4

¹⁸ J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, tł. A. Romaniuk, Warszawa 1998, s. 48

¹⁹ J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard 2012, s. 106

²⁰ J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard 2012, s. 4

W literaturze zwrócono uwagę na konieczność odróżnienia „wolności wypowiedzi” od „zasady minimalnej wolności”²¹. Zasada minimalnej wolności stanowi podstawową przesłankę społeczeństwa demokratycznego, według niej rząd powinien pozwalać obywatelom na jak najszerszy zakres działania i interweniować jedynie wtedy, gdy ich działania prowadzą do krzywdy innych. Jeśli przesłanka minimalnej wolności jest spełniona, to wolność wypowiedzi nie stoi na przeszkodzie regulowania mowy nienawiści w taki sposób, jaki dany rząd uzna za stosowny²².

Problematyczność debaty nad zakresem wolności słowa polega na tym, że nieograniczona wolność słowa, pod ochroną której znalazłaby się również mowa nienawiści, prowadzi do sytuacji, której tak bardzo obawiał się Dworkin. J. Butler dla wyjaśnienia mechaniki działania mowy nienawiści wykorzystała teorię interpelacji francuskiego filozofa L. Althussera. Wedle niej interpelacja to nazwanie, czyli uchwycenie jakiegoś rzeczywistego bytu (w tym przypadku człowieka – obiektu nienawistnej mowy) za pomocą słowa. To nazwanie najczęściej jest jednoznacznie pejoratywne, a ów negatywny wydzźwięk jest nadany arbitralnie przez mówiącego i nie dopuszcza obrony pokrzywdzonego. Władza „rozdzielania bólu”²³ jest porównywana przez Butler do suwerennego podmiotu władzy państwowej – np. sądu, który wydając wyrok tworzy nową rzeczywistość – czyli za pomocą słowa włada drugą osobą. Celem mowy nienawiści jest wykluczenie drugiego człowieka, „retoryka nienawiści (...) opiera się właśnie na założeniu, że Innemu nie przysługuje autonomia ani suwerenność. Tym samym odbiera się Innemu podmiotowość”²⁴. Oznacza to, że nieograniczona wolność słowa również może podważać legitymizację demokratyczną, gdyż doprowadzi do sytuacji, w której część obywateli zostanie przemocą, choćby słowną, zastraszone i zniechęcone do uczestnictwa w dyskursie społecznym. Mowa nienawiści zmierzająca do wzbudzenia pogardy, stworzenia wroga lub odmieńca zmierza do ograniczenia drugiemu człowiekowi pola działania we wspólnocie, a w końcu do całkowitego z niej wykluczenia. Zadaniem politycznym, a w krajach praworządnych również prawnym, jest odnalezienie właściwej miary, która zapewni ochronę jednostek przed mową nienawiści, nie ograniczając przy tym wolności słowa. Warto przyjrzeć się jak do tej pory radził sobie polski wymiar sprawiedliwości w tym zakresie.

²¹ K. Greenwalt, *Free Speech Justifications*, Columbia Law Review, vol. 89, (1989), s. 120

²² K. Greenwalt, *Free Speech Justifications*, Columbia Law Review, vol. 89, (1989), s. 123

²³ J. Butler, *Walczące słowa. Mowa nienawiści i polityka performatywu*, tł. A. Ostolski, Warszawa 2010, s. 58

²⁴ A. Cegiela, *Słowa i ludzie*, Warszawa 2014, s. 58

W kontekście mowy nienawiści istotne wydają się trzy przepisy kodeksu karnego – art. 119, 256 i 257 k.k. Zgodnie z art. 119 k.k. kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Celem tego przepisu jest zwalczanie dyskryminacji człowieka w jakiegokolwiek formie. Nie mają tutaj znaczenia zamiary sprawcy, w szczególności nie ma znaczenia czy narusza on dyspozycję przepisu przez zastraszanie czy też przez ograniczanie innym ludziom swobodnego korzystania ze swoich praw i podstawowych wolności. Art. 256§1 zabrania publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, a także zabrania produkowania, utrwalania lub sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia lub przesyłania druku, nagrań lub innych przedmiotów zawierających treści określone w tym przepisie. Art. 257 k.k. sankcjonuje publiczne znieważanie grupy ludności albo poszczególnej osoby z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby. W literaturze wskazuje się na problematykę związaną z interpretacją przepisów i karaniem za mowę nienawiści²⁵. W przypadku interpretacji przepisów kodeksu karnego problem sprowadza się do pytania o indywidualny przedmiot ochrony przepisu, co wiąże się z odpowiedzią na kolejne pytanie, czy w takich postępowaniach mogą występować pokrzywdzeni, czy też są to tzw. przestępstwa bez ofiar²⁶.

Przedmiotem ochrony w art. 256 k.k. jest prawidłowe funkcjonowanie państwa w systemie demokratycznym. Przepis ten uzasadnia się poprzez odwołanie do art. 13 Konstytucji RP, który stanowi, że zakazane jest istnienie partii politycznych i innych organizacji odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu, a także tych, których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową, stosowanie przemocy w celu zdobycia władzy lub wpływu na politykę państwa albo przewiduje utajnienie struktur lub członkostwa. Dla bytu tego przestępstwa nie mają więc znaczenia czynniki subiektywne, w tym odczucia

²⁵ K. Pałka, M. Kućka, *Ochrona przed mową nienawiści – powództwo cywilne czy akt oskarżenia?*, [w:] R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010, s. 42-54

²⁶ J. Ławicki, *Mowa nienawiści – problem odpowiedzialności karnej*, [w:] J. Dynkowska, N. Lemann, M. Wróblewski, A. Zatora (red.), *Hejterstwo Nowa praktyka kulturowa?*, Łódź 2017, s. 55

ofiary. Jak zauważa M. Płatek „ta linia podtrzymywana jest w orzecznictwie, gdzie w ogóle nie bierze się pod uwagę dobrostanu pokrzywdzonych, którzy mogą odczuwać zagrożenie, marginalizację lub niechęć wobec działań nastawionych na wytykanie jednostek lub grup ze względu na określone cechy”²⁷. Wątpliwości dotyczą także sposobu interpretowania pojęć „nawoływanie” i „nienawiść”, jak również znamię „na tle różnic”²⁸. Wskazuje się, że do realizacji znamienia „nawoływanie do nienawiści” wystarczy, że sprawca, nawołując zmierza do pojawienia się uczucia wrogości wobec określonych w przepisie osób. Nawoływanie musi zatem zawierać takie treści, które są w stanie wzbudzać nienawiść²⁹. Sąd Najwyższy stwierdził, że propagowanie, w rozumieniu art. 256 k.k., oznacza każde zachowanie polegające na publicznym prezentowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, w zamiarze przekonania do niego³⁰. Wskazuje się, że tylko szczególny zamiar wyrażający aprobatę dla takich ustrojów decyduje o zaistnieniu tego przestępstwa³¹. Takie stanowisko powoduje konieczności problematycznego badania, w jakim zamiarze ktoś propaguje ustrój totalitarny. Wydaje się, że propagowanie ustroju, którego ktoś nie aprobuje stanowi dość karkołomną konstrukcją pojęciową. Poglądy takie mogą prowadzić do wątpliwych rozstrzygnięć, przykładowo SA w Katowicach uznał, że zachowanie oskarżonych polegające na noszeniu kurtek z naszywkami przedstawiającymi swastykę nie nosi znamion przestępstwa z art. 256 k.k.³²

W przypadku art. 257 k.k. uznaje się, że przedmiotem ochrony jest godność i nietykalność człowieka. Jak podkreślono w orzecznictwie, zamiar sprawcy, czy to w postaci znieważenia, czy też naruszenia nietykalności cielesnej, musi być ściśle powiązany z powodem, którym jest przynależność narodowa, etniczna, rasowa, wyznaniowa lub bezwyznaniowość³³. „Choć przestępstwo to ściągane jest z oskarżenia publicznego, jedną z przyczyn odmowy ścigania jest powoływanie się na fakt, iż czyn zgłasza osoba, która nie jest bezpośrednio poszkodowana, jako że nie jest np. Romem czy Żydem. Tak więc to, co współcześnie, przynajmniej w piśmiennictwie naukowym, kształtuje byt tego przestępstwa, a więc uznanie dla perspektywy osoby pokrzywdzonej, w Polsce wykorzystywane jest dla

²⁷ M. Płatek, *Mowa nienawiści – przesłanki depenalizacji*, [w:] R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010, s. 74

²⁸ M. Woźniński, *Prawnokarne aspekty zwalczania mowy nienawiści*, Warszawa 2014, s. 126

²⁹ Z. Cwiakalski, [w:] A. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212-277d*, Warszawa 2017, s. 524

³⁰ Uchwała SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02

³¹ Zob. A. Sakowicz, *Glosa do uchwały SN z 28 marca 2002 r.*, *Palestra* 3-4/2003, s. 242

³² Wyrok SA w Katowicach z 4 sierpnia 2005 r., II AKa 251/05

³³ Wyrok SA we Wrocławiu z 7 marca 2013 r., II AKa 398/12

rezygnacji z podjęcia działania”³⁴. Problemów dostarczają nie tylko przepisy prawa, ale również praktyka ich stosowania. „W odróżnieniu od innych demokratycznych państw, w Rzeczypospolitej Polskiej, tzw. przestępstwa mowy nienawiści (*hate speech*) praktycznie nie są ścigane, a jeśli już, to najczęściej prowadzone postępowanie kończy się jego umorzeniem”³⁵. Wskazuje się, że przyczyną takiego stanu rzeczy może być oportunizm zawodowy prokuratorów³⁶ lub brak należytego zrozumienia natury i efektów tych wypowiedzi³⁷. Przegląd orzecznictwa pokazuje, że również polskie sądy mają problem ze stosowaniem przepisów karnych dotyczących mowy nienawiści. W swoim postanowieniu z dnia 5 lutego 2007 r. Sąd Najwyższy uznał, że nawoływanie do nienawiści z powodów wymienionych w art. 356 k.k. – w tym tle różnic narodowościowych – 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 wyznania³⁸. Sąd uznał, że osoby niosące transparent w trakcie obchodów 11-ego listopada „Wyzwolimy Polskę od euro-zdrajców, Żydów, masonów i rządowej mafii” nie naruszyły przepisów art. 256 k.k. ponieważ osobie niosącej plakat nie można przypisać zamiaru nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych. Sąd Najwyższy uznał, że kluczowe znaczenie ma tutaj sformułowanie czasownikowe, jego zdaniem słowo „wyzwolimy” nie spełnia warunków nawoływania, jednak, w opinii SN, gdyby na transparencie widniało słowo „wyzwólmy”, to wówczas mielibyśmy do czynienia z nawoływaniem. Wydaje się, że sąd kierując się w tym przypadku interpretacją językową całkowicie sprzeniewierzył się celom i intencjom ustawodawcy.

Mimo że głosy wskazujące na nieskuteczność obecnych rozwiązań prawnych wobec mowy nienawiści powracają regularnie, ze stałą częstotliwością, to należy niestety stwierdzić, że w ciągu ostatnich lat niewiele w tej kwestii się zmieniło. Wzrost zainteresowania mową nienawiści pojawia się w wyjątkowych, trudnych momentach, by po jakimś czasie ponownie wrócić do sytuacji całkowitej marginalizacji zjawiska. Dopiero po zabójstwie prezydenta

³⁴ M. Płatek, *Mowa nienawiści – przesłanki depenalizacji*, [w:] R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010, s. 77-78

³⁵ A. Bodnar, *Umorzenia przestępstw z art. 256 i 257 kodeksu karnego. Studium czterech przypadków*, [w:] *Przestępstwa nie stwierdzono. Prokuratorzy wobec doniesień o publikacjach antysemitycznych*, Warszawa 2006, s. 6

³⁶ A. Bodnar, *Umorzenia przestępstw...*, s. 19

³⁷ M. Głowiński, *Prokuratorska aprobata dla „mowy nienawiści”*, [w:] *Przestępstwa nie stwierdzono...*, s. 27

³⁸ Postanowienie SN z dnia 5 lutego 2007, sygn. akt IV KK 406/06

Gdańska Pawła Adamowicza policja zwróciła swoją uwagę na problem mowy nienawiści³⁹, wcześniej prokuratura umorzyła postępowania przeciwko autorom aktów zgonu politycznego uznając, że „intencją wystawienia politycznych aktów zgonu nie było nawoływanie do nienawiści, ale wyrażenie niezadowolenia z podejmowanych przez prezydentów inicjatyw”⁴⁰. Prokuratura odmówiła również wszczęcia postępowania przeciwko Jackowi Międlarowi, który w swojej wypowiedzi kierowanej do Żydów stwierdził: „nasi przodkowie narażali się na śmierć, żeby ratować wasze koszerne tyłki, na polskiej, bohaterskiej krwi, powyrastał taki kąkol jak wy”, a także nawoływał: „Dość tego! Czas na żniwa. Czas oddzielić kąkol od pszenicy. Przepróście za antypolonizm i wynoście się z Polski”. Uzasadniając decyzję prokuratury stwierdzono, że „opublikowany wpis służył wyrażeniu jego osobistego sprzeciwu wobec wypowiedzi i postrzegania historii przez dziennikarkę Katarzynę Markusz”⁴¹. Taka postawa może szczególnie dziwić w kraju, który został wyjątkowo mocno doświadczony tragediami wojennymi i rządami totalitaryzmów, napędzanymi retoryką nienawiści. Przekonanie o konieczności walki z mową nienawiści nie jest ani „nowoczesnym” ani „lewackim” wymysłem. Julius Streicher, wydawca faszystowskiej gazety „Der Stürmer”, został skazany na śmierć przez Trybunał w Norymberdze, mimo że osobiście nikogo nie zamordował. Nie było jednak wątpliwości, że jego propagandowa działalność przyczyniła się do popełnienia okrutnych zbrodni przeciwko ludzkości. W ramach walki z mową nienawiści warto odnotować niedawne rekomendacje Rzecznika Praw Obywatelskich, który zwraca uwagę m.in. na konieczność nowelizacji przepisów art. 119, 256, 257 k.k., wprowadzenia ustawowej definicji mowy nienawiści, zgodnej z definicją zawartą w rekomendacji nr R 97(20), a także zwiększenie aktywności państwa w walce z mową nienawiści w internecie⁴².

Wiedza o mowie nienawiści jest prawnikom niezbędna. W świecie, w którym dyskurs publiczny staje się coraz brutalniejszy, za sprawą mediów, polityków oraz różnych publicystów, ważne jest, aby prawnicy dbali o bezpieczeństwo i wolność dyskursu prawniczego od mowy nienawiści. Nienawistne słowo, działając performatywnie, może wywoływać rzeczywistą krzywdę; jest realne i namacalne, nie można zbyć go stwierdzeniem, że „to tylko słowa”. Mowa nienawiści rozprzestrzenia się, bo ludzie gotowi są ignorować problem, lub, co gorsza, udawać, że w ogóle on nie istnieje. Troska o jakość dyskursu

³⁹ <https://wiadomosci.onet.pl/tylko-w-onecie/mowa-nienawisci-wywiad-z-dr-lukaszem-wojciechowskim/dtm8gsy>

⁴⁰ <https://dorzeczy.pl/kraj/89464/Mlodziej-Wszechpolska-wystawila-akty-zgonu-politycznego-Prokuratura-umorzyla-sledztwo.html>

⁴¹ <https://wiadomosci.onet.pl/tylko-w-onecie/tak-prokuratura-wyciszala-mowe-nienawisci-analiza/jrk4ljf>

⁴² Zob. <https://www.facebook.com/adam.bodnar.71/posts/10156910307018550>

prawniczego nie wynika tylko z profesjonalnego oddania swojej pracy, lecz jest wymogiem konstytucyjnym. Według art. 45 ust.1 Konstytucji każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Bezstronność to wymóg kierowania się określonymi, akceptowalnymi względami. Zakazuje ona kierowanie się wartościami czy przesłankami, które nie są przewidziane prawem⁴³. Oczywistym jest to, że spór stanowi istotę prawa⁴⁴, jednak musi on opierać się tylko na argumentach i racjach prawnych. Dyskurs prawny, jako przykład dyskursu praktycznego musi spełniać m.in. wymóg poszanowania zasady równości i wolności argumentacyjnej, gdzie każdy z uczestników ma takie same możliwości uczestniczenia w nim i przedstawiania swoich poglądów. Mowa nienawiści, zmierzająca do wykluczenia i zadania krzywdy, nie może znaleźć miejsca w naszym dyskursie.

Problemy z zagadnieniem mowy nienawiści dotyczą kwestii językowych, definicyjnych, filozoficznych, moralnych i politycznych. Należałoby dodać tutaj także problem o naturze instytucjonalnej, związany z praktyką wykorzystywania dostępnych nam - prawnikom narzędzi. Skala lekceważenia i zaniedbań w tym zakresie może prowadzić do konstatacji, że polskie prawo nie stanowi skutecznej zapory dla mowy nienawiści. Ta sytuacja wpisuje się niestety w filozoficzne argumenty przekonujące o nieskuteczności rozwiązań instytucjonalnych w walce z mową nienawiści. Zdaniem Moniki Płatek kolejne nowelizacje i reformy przepisów nie spowodują, że „(...) zachowania, u podłoża których leży niewiedza, niezrozumienie i strach, wykazywane również przez policjantów, prokuratorów, sędziów, uda się wyplenić nowelizując kodeks karny”⁴⁵. Cóż wobec tego począć? Czy należałoby w takiej sytuacji popaść w marazm i oddać się rezygnacji? Każdy sam musi odpowiedzieć sobie na to pytanie, my pozostawimy na koniec pewną sugestię, pochodzącą od Leszka Kołakowskiego:

⁴³ Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Bezstronność jako pojęcie prawne*, [w:] I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 273

⁴⁴ Jak zauważa J. Waldron: „Argumentacja (odnośnie do tego, czym jest dany przepis albo co w efekcie daje szeroki wachlarz precedensów) jest w prawie *zwykłą sprawą*. Czuliśmy się nieswojo, uznaję za system prawa system, które nie ukazywałyby jej zainteresowania i nie zapewniał jej rutynowych gwarancji [...] Sądy, rozprawy i argumenty – te aspekty prawa nie są opcjonalnymi dodatkami; są integralnymi składnikami funkcjonowania prawa; są niezbędne w pakiecie szacunku prawa dla ludzkiej podmiotowości. Powiedzieć, że powinniśmy cenić aspekty rządzenia, które promują jasność i określoność reguł ze względu na wolność indywidualną, ale bez możliwości argumentowania, której wolna i opanowana jednostka prawdopodobnie będzie się domagać, oznacza przecięcie na pół, ścięcie tego, na czym opierają się Rządy Prawa: szacunku dla wolności i godności każdej osoby jako żywej inteligencji”, J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, [w:] J. Fleming (red.), *Getting to the Rule of Law*, New York 2011, s. 19, cyt. za: M. Krygier, *Cztery pytania o rządy prawa: Dlaczego? Co? Gdzie? I kogo to obchodzi? Część I*, tł. K. Mikołajczyk-Graj, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, Nr 2(3), (2011), s. 15

⁴⁵ M. Płatek, *Mowa nienawiści – przesłanki depenalizacji*, [w:] R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2010, s. 90

„W świecie wyładowanym nienawiścią, zawiścią i żądzą zemsty, w świecie, który – nie tyle wskutek ubóstwa natury, ile przez gargantuiczną naszą żarłoczność – zdaje się nam coraz ciaśniejszy, nienawiść należy do tych rodzajów zła, o których wolno powiedzieć, że nie usuną ich żadne zabiegi instytucjonalne. W tym wypadku wolno nam, bez narażania się na śmieszność, przypuścić, że każdy z nas, gdy w sobie to zło poskramia, przyczynia się do tego, by je poskramiać w świecie, i tak niesie w sobie niepewną i kruchą antycypację znośniejszego życia na naszym statku szaleńców”⁴⁶.

⁴⁶ L. Kołakowski, *Wychowanie do nienawiści, wychowanie do godności. Przemówienie z okazji przyznania nagrody księgarzy niemieckich*, 1977, źródło: <http://www.otwarta.org/leszek-kolakowski-wychowanie-do-nienawisci-wychowanie-do-godnosci/>