

Kraków, dnia 24.09.2015 r.

## **Opinia dotycząca granic wolności słowa w przypadku wypowiedzi mających formę nawoływania do nienawiści na tle orientacji seksualnej.**

Stan prawny na dzień 24.09.2015 r.

Opinia sporządzona dla: Otwarta Rzeczpospolita Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii.

### **PROBLEM PRAWNY:**

Artykuł 256 § 1 Kodeksu karnego (Dz.U. 1997, Nr 88, poz. 553 ze zm.) w obecnym brzmieniu penalizuje propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, a także nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Tym samym nawoływanie do nienawiści na tle orientacji seksualnej pozostaje poza zakresem prawnokarnej regulacji. Podobnie art. 257 k.k. odnoszący się do przestępstwa publicznego znieważania grupy ludności albo poszczególnej osoby nie obejmuje ochroną osób pokrzywdzonych tego typu przestępstwem ze względu na orientację seksualną. Artykuł 119 § 1 k.k. dotyczący stosowania przemocy lub groźby bezprawnej wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości również nie reguluje tej kwestii. Powstaje zatem problem dotyczący konieczności poszukiwania podstaw normatywnych służących ochronie praw osób narażonych na przestępstwa z nienawiści ze względu na orientację seksualną i potrzeba formułowania postulatów de lege ferenda.

### **OCENA PRAWNA:**

#### Granice wolności słowa

Zgodnie z art. 54 ust 1 Konstytucji RP wolność słowa obejmuje wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji oraz wolność jej rozpowszechniania. Jak wynika z systematyki przepisu (rozdział II Konstytucji RP w części dotyczącej wolności i praw osobistych), gwarancja określona w art. 54 ust. 1 służy zabezpieczeniu prawa jednostki do realizacji w sferze osobistej. W myśl orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego: „Treść tego przepisu obejmuje wszelkie płaszczyzny aktywności, w których dana osoba postanowiła wyrazić swój pogląd. Wolność słowa nie może być bowiem podporządkowana wyłącznie uczestnictwu w

jednym z możliwych w społeczeństwie dyskursów (np. politycznemu). Za powyższym przemawia, wynikająca z poszanowania przyrodzonej godności (art. 30 Konstytucji), najszersza ochrona autonomii jednostki, stwarzająca możliwość pełnego rozwoju osobowości w otaczającym ją środowisku kulturowym, cywilizacyjnym" (wyrok z dnia 12 maja 2008, sygn. SK 43/05).

Wedle stanowiska wyrażonego w orzecznictwie i doktrynie, użyte w treści przywołanego przepisu słowo „pogląd” powinno być interpretowane możliwie szeroko. Zakres tego pojęcia obejmuje zatem m.in. prezentowanie opinii, przypuszczeń, ferowanie ocen, a także informowanie o faktach rzeczywistych lub domniemywanych (wyrok TK z 5 maja 2004 roku, sygn. P 2/03; wyrok TK z 20 lutego 2007 roku, sygn. P 1/06; P. Sarnecki, komentarz do art. 54 Konstytucji, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. 3, Warszawa 2003, s. 1). Dla oceny, czy mamy do czynienia z taką formą aktywności jednostki, którą można zakwalifikować jako wyrażanie poglądów nie ma znaczenia, czy jest to przekaz ustny, pisemny, dźwiękowy, czy wizualny lub manifestowany ubiorem (zob. wyrok z 12 maja 2008 roku, sygn. SK 43/05). Co istotne, zdaniem Trybunału wolność słowa nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne (wyrok TK z 23 marca 2006 roku, sygn. K 4/06).

Tak szeroki zakres ochrony nie wyklucza jednak możliwości ingerencji państwa w sferę swobody wypowiedzi jednostki. Jak wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw, może być poddane ograniczeniu pod warunkiem, że podobna ingerencja spełnia ściśle określone kryteria. Zgodnie z przywołanym przepisem: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób.” Ponadto, zgodnie z art. 31 ust. 3 zdanie 2, ograniczenia te nie mogą naruszać istoty danego prawa (wyrok TK z dnia 25 lipca 2013 roku, sygn. P 56/11; K. Wojtyczek, Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP, Kraków 1999).

Zobowiązania Polski w zakresie ochrony wolności słowa wynikają również z art. 10 ust. 1 i 2 w zw. z art. 17 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm.). W myśl art.17 wolność wyrażania opinii, o której mowa w art. 10, podobnie jak inne prawa gwarantowane konwencją, nie obejmuje takiego działania, które zmierzałoby do zniweczenia pozostałych praw i wolności albo ograniczenia ich w stopniu większym, niż przewiduje to konwencja. Działanie takie nosi bowiem znamię nadużycia prawa.

Przy określaniu, czy ingerencja państwa w określone prawa i wolności jest dopuszczalną reakcją na nadużycie prawa, czy też stanowi naruszenie postanowień konwencji, Europejski Trybunał Praw Człowieka kieruje się regułami wykładni wypracowanymi w utrwalonej linii orzeczniczej. Zgodnie z nimi, działania państwa służące ograniczeniu np. wolności słowa muszą spełniać trzy wymogi: 1) legalności, 2) prawowitego celu, 3) konieczności w demokratycznym społeczeństwie. Pierwsze z wymienionych kryteriów oznacza konieczność istnienia podstawy prawnej w prawie krajowym, która w sposób precyzyjny i przewidywalny pozwalałaby określić jakie formy wypowiedzi przekraczają granice wolności słowa i z tego względu objęte są penalizacją. Znaczenie prawowitego celu w przypadku ograniczeń wolności słowa zostało wprost określone w art. 10 ust.2 konwencji. Za taki cel należy zatem uznać: bezpieczeństwo państwowe, integralność terytorialną, bezpieczeństwo publiczne ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, ochronę zdrowia i moralności, ochronę

dobrego imienia i praw innych osób, zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej. Dla oceny ostatniego z wymienionych wymogów konieczne jest przyjrzenie się, czy za danym ograniczeniem przemawiała pilna potrzeba społeczna związana z ochroną prawowitego celu, a sama ingerencja w dane prawo była proporcjonalna pod względem użytych środków.

### Sprawa Vejdeland i in. przeciwko Szwecji

Ocena, czy nawoływanie do nienawiści na tle orientacji seksualnej wchodzi w zakres wolności słowa chronionej na podstawie art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności była przedmiotem rozpoznania Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Vejdeland i in. przeciwko Szwecji (wyrok z 9 lutego 2012 r., skarga nr 1813/07). Czterej skarżący, wspólnie z trzema innymi osobami, zajmowali się dystrybucją ulotek przygotowanych przez organizację pod nazwą „Młodzież Narodowa” (ang. National Youth) na terenie szkoły średniej. Ulotki wrzucane do szafek uczniów lub pozostawiane na tych szafkach zawierały przekaz dotyczący m.in.: „homoseksualnej propagandy”, „rozwiązłego trybu życia osób homoseksualnych jako jednego z głównych powodów rozprzestrzeniania się HIV i AIDS” oraz „działalności organizacji homoseksualnych mającej na celu bagatelizowanie pedofilii”. Skarżący, którym zarzucono nawoływanie do nienawiści wobec grupy narodowościowej lub etnicznej podnosili, że celem ich działań nie było wyrażenie pogardy dla osób o orientacji homoseksualnej, ale zainicjowanie dyskursu społecznego na temat braku obiektywizmu w treściach będących przedmiotem nauczania w szwedzkich szkołach, a zatem działania te powinny korzystać z ochrony przewidzianej artykułem 10 konwencji.

Dokonując oceny działania państwa pod względem legalności i prawowitego celu, Trybunał nie miał wątpliwości co do jasności i przewidywalności zastosowanego w sprawie przepisu karnego. Tym samym, nie przychylił się do argumentacji skarżących odnoszącej się do arbitralności orzeczeń zapadłych w ich sprawach przed szwedzkimi sądami. Jednocześnie Trybunał podkreślił, że ochrona dobrego imienia i praw innych osób, której wyrazem jest przywołany przepis, stanowi prawowity cel w rozumieniu art. 10 ust. 2 konwencji.

Rozważając kwestię konieczności ograniczenia wolności słowa skarżących z punktu widzenia standardów społeczeństwa demokratycznego, Trybunał zwrócił uwagę, że organy krajowe dysponują marginesem swobody jeżeli chodzi o ocenę, czy ograniczenie to jest konieczne ze względu na pilną potrzebę społeczną. Korzystając z tego marginesu, szwedzki Sąd Najwyższy prawidłowo, zdaniem Trybunału, wyważył swobodę wypowiedzi skarżących i konieczność ochrony praw innych osób. Treści zawarte w ulotkach słusznie oceniono jako niepotrzebnie obraźliwe. Wzięto też pod uwagę, że były one rozprowadzane wśród osób, które ze względu na swój wiek (16-19 lat) są szczególnie wrażliwe na wpływ otoczenia, a sposób dystrybucji ulotek powodował, że uczniowie nie mogli odmówić ich akceptacji.

Jednocześnie Trybunał ocenił zastosowane wobec skarżących kary jako proporcjonalne do osiągniętego celu podkreślając, że wykorzystano środki nieizolacyjne mimo, iż ustawa przewiduje karę do 2 lat pozbawienia wolności za przedmiotowe przestępstwo.

Uzasadniając swoje stanowisko Trybunał podkreślił, że wolność wyrażania opinii, nie ogranicza się jedynie do informacji lub idei, które są odbierane przychylnie, uważane za neutralne lub obojętne, ale obejmuje także te, które są obraźliwe, szokujące lub niepokojące. Z tego względu

konieczność ograniczenia swobody wypowiedzi wynikająca z treści art. 10 ust. 2 konwencji należy do sytuacji wyjątkowych, które wymagają przekonującego uzasadnienia.

Podzielając stanowisko szwedzkiego Sądu Najwyższego Trybunał nie poprzestał na twierdzeniu skarżących dotyczącym przyświecającego im celu, ale dokonał analizy treści ulotek i stwierdził, że choć nie nawiązują one bezpośrednio do działania motywowanego nienawiścią, to zawierają poważne i pełne uprzedzeń stwierdzenia. Zdaniem Trybunału podburzanie do nienawiści nie ogranicza się do wzywania do aktów przemocy lub innych działań przestępczych. Wystarczającym uzasadnieniem dla ograniczenia wolności słowa jest korzystanie z niej przez jednostkę w sposób nieodpowiedzialny poprzez obrażanie, ośmieszanie lub pomawianie innych w wypowiedziach o charakterze rasistowskim (podobnie w wyroku z 16 lipca 2009 r., w sprawie Féret przeciwko Belgii, skarga nr 15615/07). Trybunał jeszcze raz przy tym podkreślił, że dyskryminacja ze względu na orientację seksualną ma tę samą wagę, co dyskryminacja ze względu na rasę, pochodzenie lub kolor skóry.

Zalecenie Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej

Konieczność podjęcia stanowczych działań w zakresie zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej znajduje swoje potwierdzenie na gruncie innego dokumentu Rady Europy jakim jest zalecenie Komitetu Ministrów z 31 marca 2010 r. (CM/Rec(2010)5). Zgodnie z punktem I załącznika odnoszącym się do prawa do życia, bezpieczeństwa i ochrony przed przemocą, lit. B „mowa nienawiści”: „6) Państwa członkowskie powinny przyjąć odpowiednie środki w celu zwalczania wszelkich form wypowiedzi, włączając w to wypowiedzi w mediach i Internecie, które mogą zasadnie zostać odebrane jako mogące wywołać skutek w postaci podżegania, szerzenia czy promowania nienawiści lub innych form dyskryminacji przeciwko lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym i transpłciowym. Tego typu „mowa nienawiści” powinna zostać zakazana i publicznie potępiana, gdy tylko się pojawi. Wszystkie te środki powinny zapewniać poszanowanie fundamentalnego prawa do wolności wyrażania opinii, zgodnie z artykułem 10 Konwencji oraz orzecznictwem Trybunału”.

Raport z wykonania zalecenia Komitetu Ministrów przygotowany przez Kampanię Przeciw Homofobii wskazuje, że ponad 90% respondentów ze środowiska LGBT (ang. Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender) doświadczyło przemocy słownej w formie prowokacyjnych, obraźliwych lub upokarzających wypowiedzi związanych z ich orientacją seksualną lub tożsamością płciową (s. 83). Na częstość występowania mowy nienawiści skierowanej przeciwko osobom homoseksualnym lub transpłciowym w Polsce wskazuje również ilość incydentów zgłoszonych na stronie [zglosnienawisc.otwarta.org](http://zglosnienawisc.otwarta.org) a także, m.in. komentarze pod doniesieniami prasowymi na temat orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 26 czerwca 2015 r. w sprawie *Obegrefell i in. przeciwko Hodges, Director, Ohio Department of Health i in.* uznającego zakaz zawierania małżeństwa przez osoby tej samej płci za niezgodny z konstytucją.

Konkluzja

Autorzy przywołanego wyżej raportu z wykonania zalecenia Komitetu Ministrów oceniają istniejący obecnie w Polsce stan prawny jako nie dający wystarczającej ochrony praw osób dotkniętych dyskryminacją i przestępstwami z nienawiści na tle orientacji seksualnej i tożsamości płciowej (s.84-85). Za przyjęciem tego poglądu przemawia sama treść przywołanych na wstępie przepisów Kodeksu karnego (art. 256 § 1, art. 257 i art. 119 § 1) nie przewidująca ochrony przed przestępstwami z nienawiści na tle orientacji seksualnej. Wobec wymogów jakie Europejski Trybunał Praw Człowieka stawia przepisom prawa krajowego, będących m.in. przedmiotem analizy w sprawie *Vejdeland i in. przeciwko Szwecji* wydaje się, że dla zachowania jasności i precyzyjności przepisu wystarczające jest dodanie przesłanek, jakimi są orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Należy zatem krytycznie ocenić projekty nowelizacji Kodeksu karnego w zakresie przestępstw z nienawiści zmierzające do wprowadzenia szerszych i zupełnie abstrakcyjnych kategorii osób chronionych ze względu na: „naturalne lub nabyte cechy osobiste” lub „przynależność społeczną”, w ramach których miałyby zawierać się orientacja seksualna, płeć, wiek, czy niepełnosprawność .

Na koniec warto podkreślić ciekawy aspekt orzeczenia w sprawie *Vejdeland i in. przeciwko Szwecji* z punktu widzenia stanowienia i wykładni prawa krajowego. Uwzględniając argumenty skarżących dotyczące braku zamiaru wyrażenia pogardy wobec osób o orientacji homoseksualnej Trybunał wskazał, że w przedmiotowej sprawie decydująca była treść wypowiedzi, a nie zamiar skarżących. Tym samym stanął na stanowisku, że pewne wypowiedzi, niezależnie od zamiaru osób je głoszących, są niedopuszczalne z punktu widzenia ochrony praw i dobrego imienia innych osób. W opinii Trybunału takie wypowiedzi są przejawem nawoływania do nienawiści i usprawiedliwiają ingerencję państwa w sferę praw i wolności gwarantowanych konwencją.

Karolina Kudyba