

IRENEUSZ KAMIŃSKI<sup>1</sup>

# Czy zmiana w podejściu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do mowy nienawiści?<sup>2</sup>

Wpłynął: 1.10.2025. Akceptacja: 15.11.2025

## Streszczenie

Autor dokonuje krytycznej analizy podejścia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do mowy nienawiści. Tradycyjnie Trybunał dostrzegał zagrożenia związane z mową nienawiści, ale jednocześnie akcentował, że nie może to prowadzić do nadmiernych ograniczeń swobody wypowiedzi, zwłaszcza w obszarze wypowiedzi politycznej oraz w sprawach mających publiczne znaczenie. Ta perspektywa ulega zmianie w nowszym orzecznictwie Trybunału. Po pierwsze, mowa nienawiści staje się jednym z typów wypowiedzi organizujących orzecznictwo Trybunału. Po drugie, Trybunał nie tylko zwraca uwagę na ważność swobody wypowiedzi, ale także analizuje przypadki mowy nienawiści w kontekście ochrony tożsamości oraz integralności jednostki (chronionych jako aspekty prawa do życia prywatnego). Po trzecie, na orzecznictwo Trybunału wpływać będzie zapewne rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie zwalczania mowy nienawiści z 2022 roku. Identyfikuje ona trzy sytuacje i kategorie mowy nienawiści: (a) wymagające reakcji prawa karnego, (b) wymagające reakcji prawa cywilnego lub administracyjnego, (c) mieszczące się w obszarze chronionym przez Europejską Konwencję Praw Człowieka, ale wymagające krytycznej reakcji.

**Słowa kluczowe:** mowa nienawiści, swoboda wypowiedzi, Europejski Trybunał Praw Człowieka, Europejska Konwencja Praw Człowieka.

---

<sup>1</sup> Prof. INP PAN dr hab. Ireneusz Kamiński – Instytut Nauk Prawnych PAN (Polska), e-mail: kaminski@if.uj.edu.pl; ORCID: 0000-0002-5033-5023.

<sup>2</sup> Badania wykorzystane w artykule nie zostały sfinansowane przez żadną instytucję.

IRENEUSZ KAMIŃSKI

# A change in the European Court of Human Rights' approach to hate speech?<sup>3</sup>

## Abstract

Author critically examines the European Court of Human Rights' approach to hate speech. Traditionally, the Court has recognized the dangers associated with hate speech but has also emphasized that this must not lead to excessive restrictions on freedom of expression, particularly in the area of political speech and speech on matters of public interest. This perspective has been changing in the Court's recent case law. First, hate speech is becoming one of the types of speech that organizes the Court's case law. Second, the Court not only emphasizes the importance of freedom of expression but also analyzes hate speech cases in the context of protecting the identity and integrity of the individual (protected as aspects of the right to private life). Third, the Court's case law will likely be influenced by the 2022 Recommendation of the Council of Europe's Committee of Ministers on Combating Hate Speech. It identifies three situations and categories of hate speech: (a) requiring a criminal law response; (b) requiring a civil or administrative law response; (c) falling within the scope of the European Convention on Human Rights' protection but requiring a criminal response.

**Keywords:** hate speech, freedom of expression, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights.

---

<sup>3</sup> The research in this article has not been supported financially by any institution.

## Wprowadzenie

Konstrukcja mowy nienawiści stała się trwałym składnikiem debaty prowadzonej wokół zasad i wartości współczesnego państwa. Nie jest to jednak pojęcie nowe. Znane jest od co najmniej kilku dekad, lecz przechodzi istotną i znamiennej ewolucję. Po pierwsze, zmienia się rozumienie, a więc zakres i treść pojęcia mowy nienawiści. Po drugie, i jest to nawet dużo ważniejsze, modyfikacji ulega rola tego pojęcia odgrywana w dyskursie prawnym oraz procesie stosowania prawa.

W niniejszym artykule przyjrzyć się ewolucji towarzyszącej pojęciu mowy nienawiści w systemie prawnym Rady Europy oraz w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (Trybunał, ETPC). Rada Europy to organizacja oparta na wspólnocie wartości politycznych (demokratyczna forma władzy, rządy prawa, ochrona praw człowieka), zrzeszająca obecnie 46 państw<sup>4</sup>. Trybunał to natomiast istniejący w ramach Rady Europy regionalny sąd międzynarodowy orzekający na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Konwencja)<sup>5</sup> i tworzący wspólny standard prawny odnoszący się do ochrony praw człowieka. Konwencja jest nazywana „konstytucyjnym instrumentem europejskiego porządku publicznego”<sup>6</sup>, a nawet „europejską konstytucją”<sup>7</sup>, więc orzecznictwo Trybunału stało się kluczowe dla identyfikacji normatywnej treści i praktycznych konsekwencji tego „konstytucyjnego wymiaru”.

Podjęte w tym artykule zadanie polega, po pierwsze, na ustaleniu ewolucji pojęcia mowy nienawiści w systemie Rady Europy oraz orzecznictwie Trybunału, a także na określeniu obecnej treści tego pojęcia. Po drugie, będę zmierzał do

<sup>4</sup> Podstawowe informacje w można znaleźć m.in. w: F. Benoît-Rohmer, H. Klebes, *Prawo Rady Europy. W stronę ogólnoeuropejskiej przestrzeni prawnej*, Warszawa 2006; H. Izdebski, *Rada Europy. Organizacja demokratycznych państw Europy i jej znaczenie dla Polski*, Warszawa 1996; Z.M. Klepacki, *Rada Europy 1949–1991*, Białystok 1991; I.C. Kamiński, *System integracji w ramach Rady Europy*, [w:] M. Perkowski (red.), *Integracja europejska*, Warszawa 2002; J. Kaczmarek, *Rada Europy*, Łódź 2002.

<sup>5</sup> Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm. Pełna nazwa traktatu to Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

<sup>6</sup> *Loizidou przeciwko Turcji*, wyrok z 23 marca 1995 r. (zagadnienia wstępne), skarga nr 15318/89, A. 310, § 75.

<sup>7</sup> Zob. np. zdanie równoległe sędziów Dmitryja Dedova i Paula Pinto de Albuquerque dołączone do wyroku Wielkiej Izby z 23 czerwca 2016 r. w sprawie *Baka przeciwko Węgrom*, skarga nr 20261/12. Także np. A.S. Sweet, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, [w:] *A Europe of Rights*, red. H. Keller, A.S. Sweet, Oxford 2008; A. Nußberger, *The European Convention on Human Rights: A Constitution for Europe?*, w: *Europe and Asia as a Legal Area for Fundamental Rights*, red. M. Deguchi, K. Yakushiji, Singapore 2023.

zbadań, czy konstrukcja mowy nienawiści organizuje orzecznictwo ETPC, a jeśli tak, to w jaki sposób.

## Rekapitulacja założeń orzecznictwa Trybunału w sprawach dotyczących swobody wypowiedzi

Chroniący swobodę wypowiedzi art. 10 Konwencji ma dwie części. W pierwszym ustępie określono zakres przyznanej ochrony. Dotyczy ona następujących wolności: do posiadania poglądów, do przekazywania informacji i idei oraz do ich otrzymywania. Swoboda wypowiedzi nie jest jednak absolutna; korzystanie z niej pociąga „obowiązek i odpowiedzialność”. Ustęp drugi odnosi się więc do możliwości ingerencji w swobodę wypowiedzi. Każde ograniczenie musi łącznie spełniać trzy warunki: być przewidziane przez prawo, służyć realizacji uprawnionego celu oraz być konieczne w demokratycznym społeczeństwie.

Nakaz legalności oznacza, że ingerencja musi wynikać z prawa adekwatnie dostępnego i sformułowanego w dostatecznie precyzyjny sposób<sup>8</sup>. Ponadto ingerencji można dokonać tylko wtedy, gdy służy ochronie zamkniętego katalogu wyraźnie wskazanych celów (dóbr). Są to: bezpieczeństwo państwa, integralność terytorialna lub bezpieczeństwo publiczne; zapobieżenie zakłóceniu porządku lub przestępstwu; ochrona zdrowia i moralności; ochrona dobrego imienia i praw innych osób; zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych; zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej. Wymóg konieczności w demokratycznym społeczeństwie oznacza natomiast, że każda ingerencja musi zostać poparta istnieniem „pilnej potrzeby społecznej” (ang. *pressing social need*; fr. *besoin social imperieux*). To jednak nie wszystko. Racje uzasadniające zastosowanie konkretnego środka prawnego muszą być dodatkowo istotne i dostateczne (ang. *relevant and sufficient*; fr. *pertinents et suffisants*), a relacja między użytym środkiem a chronionym celem – proporcjonalna. Zindywidualizowane podejście strasburskich sędziów do każdego przypadku, analizowanego w świetle wszystkich jego okoliczności, ma miejsce nie tylko wtedy, gdy chodzi o ustalenie, czy ingerencja była konieczna, ale i przy określaniu, jakie obowiązki i odpowiedzialność można łączyć z daną wypowiedzią<sup>9</sup>.

Dwa pierwsze wymagania (legalności i celowości) dotyczą jakości prawa krajowego, które stanowi podstawę działania ograniczającego swobodę wypowiedzi. Trzeci element testu (konieczność) ma natomiast posłużyć badaniu konkretnego

<sup>8</sup> *Sunday Times przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (nr 1), wyrok z 26 kwietnia 1979 r. (skład plenarny), skarga nr 6538/74, A. 30, § 49.

<sup>9</sup> *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z 7 grudnia 1976 r. (skład plenarny), skarga nr 5493/72, A. 24, § 49-50.

środka prawnego zastosowanego przez władze krajowe. Na tym właśnie warunku koncentruje się zazwyczaj analiza dokonywana przez Trybunał.

Wypowiadając się o relacji ustępów 1 i 2 art. 10, sędziowie Trybunału oznajmili, że nie zachodzi konflikt równorzędnych pryncypiów, lecz punktem wyjścia każdej wykładni musi być założenie dominującej pozycji jednej zasady – swobody wypowiedzi. Chociaż wolność ta może podlegać ograniczeniom, muszą być one wąsko interpretowane („Trybunał nie staje wobec potrzeby dokonania wyboru między dwiema zasadami znajdującymi się w konflikcie, lecz wobec swobody wypowiedzi poddanej wyjątkom, które należy wąsko interpretować”)<sup>10</sup>. Państwa członkowskie zobowiązane są do przedstawienia szczegółowych i przekonujących racji, które usprawiedliwiają ingerencję.

Trybunał akcentuje znaczenie swobody wypowiedzi. Stanowi ona „jeden z zasadniczych filarów (demokratycznego – I.C.K.) społeczeństwa, jeden z podstawowych warunków jego postępu i rozwoju każdej osoby. (...) Nie ogranicza się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie, uważane za nieobraźliwe lub neutralne, lecz odnosi się także do tych, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub części społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji, otwartości na inne poglądy, bez których nie istnieje demokratyczne społeczeństwo”<sup>11</sup>. Oznacza to przyznanie wolności słowa niezwykle ważnej roli w każdym systemie demokratycznym. Ochronie musi podlegać głos nie tylko akceptowany, ale również kontrowersyjny. Teza ta jest skądinąd oczywista, gdyż trudno sobie wyobrazić, aby wypowiedzi odbierane przychylnie prowokowały wymierzone w nie działania prawne.

Chociaż Trybunał konsekwentnie podkreślał znaczenie swobody wypowiedzi w demokratycznym społeczeństwie, to dostrzegł dodatkowo pewne typy wypowiedzi i jej specyficzne konteksty wzmocniające (i tak już mocną) ochronę. Podsumowując strasburskie orzecznictwo w najbardziej podstawowy sposób, można stwierdzić, że Trybunał wyróżnił następujące obszary wypowiedzi: wypowiedź polityczna, wypowiedź w sprawach mających publiczne (ogólne) znaczenie, wypowiedź artystyczna i wypowiedź komercyjna. W dwóch pierwszych obszarach, które są kluczowe dla demokratycznego państwa, każda ingerencja musi zostać przekonująco uzasadniona przez władze krajowe i każda sankcja podlega w Strasburgu drobiazgowej, rygorystycznej kontroli. Trybunał przyjmuje bowiem, że zgoda na jednostkową ingerencję będzie rodzić negatywne konsekwencje w kategoriach tak indywidualnych, jak ogólnych, powodując tzw. mrozący skutek<sup>12</sup>. W konsekwencji

<sup>10</sup> *Sunday Times przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (nr 1), § 66.

<sup>11</sup> *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 49.

<sup>12</sup> *Cumpăna i Mazăre przeciwko Rumunii*, wyrok z 17 grudnia 2004 r. (Wielka Izba), skarga nr 33348/96, ECHR 2004-XI, § 114 i 116.

można wręcz uznać, że każde ograniczenie, nawet mające formę symbolicznej sankcji<sup>13</sup>, swobody wypowiedzi politycznej i w sprawach publicznie ważnych przychodzi do Trybunału ze swoistym domniemaniem niezgodności z art. 10<sup>14</sup>.

Za wzmacnianiem ochrony swobody wypowiedzi może również przemawiać sprawowanie przez osobę lub inny podmiot roli określanej mianem „publicznego kontrolera” (ang. *public watchdog*; fr. *chien de garde*). Taką funkcję Trybunał pierwotnie łączył z dziennikarzami oraz mediami<sup>15</sup>, ale następnie poszerzył ją na organizacje pozarządowe<sup>16</sup> i blogerów aktywnych w internecie<sup>17</sup>. Istotny będzie też kontekst wyborczy, w odniesieniu do którego strasburscy sędziowie podkreślali, że wszelkie informacje i oceny niezbędne dla podjęcia przemyślanej decyzji powinny być w okresie przedwyborczym dopuszczalne i swobodnie dostępne.

Ograniczona objętość niniejszego artykułu nie pozwala na omówienie kluczowych orzeczeń Trybunału ilustrujących jego metodologię badania ingerencji. Na potrzeby analizy styku swobody wypowiedzi oraz mowy nienawiści przywołam tylko wyrok wydany w sprawie *Jersild przeciwko Danii* przez Wielką Izbę, czyli obecnie największy skład orzekający ETPC (17 sędziów)<sup>18</sup>. Co jednocześnie ważne – i co zostanie jeszcze podjęte w dalszej części rozważań – w tym postępowaniu wystąpił też wątek dotyczący art. 17 Konwencji, a więc szczególnego przepisu wykluczającego posługiwanie się konwencyjnie chronionymi prawami i wolnościami w celu podważania demokratycznego systemu władzy.

Skarżącym w sprawie *Jersild* był dziennikarz, który przeprowadził kilkugodzinny wywiad z młodymi radykałami o rasistowskich poglądach. Ostatecznie do emisji w programie poświęconym aktualnym wydarzeniom, skierowanym do „wyrobionego widza” i pokazywanym późnym wieczorem, wybrano kilka minut rozmowy. Fragmenty zawierały niezwykle mocne, obraźliwe i poniżające określenia pod adresem obcokrajowców. Czarnych nazywano zwierzętami, porównywano ich do małp, pochwalano niewolnictwo oraz ideologię Ku-Klux-Klanu. Krajowe sądy uznały, że dziennikarz nagłośnił w głównym kanale telewizyjnym ekstremistyczne wypowiedzi marginalnej grupy, nie równoważąc ich krytycznym komentarzem. Trybunał orzekł jednak, że niewielka kara grzywny wymierzona

<sup>13</sup> Przykładowo, symboliczne zadośćuczynienie w wysokości jednego franka zasądzone w postępowaniu cywilnym: *De Haes i Gijssels przeciwko Belgii*, wyrok z 24 lutego 1997 r., skarga nr 19983/92, RJD 1997-I.

<sup>14</sup> Zob. I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, s. 101.

<sup>15</sup> Po raz pierwszy w *Barthold przeciwko Niemcom*, wyrok z 23 marca 1985 r., skarga nr 8734/79, Series A. 90, § 58.

<sup>16</sup> *Vides Aizsardzības Klubs przeciwko Łotwie*, wyrok z 27 maja 2004 r., skarga nr 57829/00, § 42.

<sup>17</sup> *Falzon przeciwko Malcie*, wyrok z 20 marca 2018 r., skarga nr 45791/13, § 47.

<sup>18</sup> Wyrok z 23 września 1994 r., skarga nr 15890/89, Series A. 298.

autorowi stanowiła złamanie art. 10 (12 głosów do siedmiu). Sędziowie odróżnili sytuację prawną rasistowskiej wypowiedzi, która nie podlega ochronie Konwencji, od działania dziennikarza dokonującego selekcji materiału, by zaprezentować zagadnienie mające publiczne znaczenie (§ 35). W tym drugim przypadku – gdy nie można dostrzec jakiegokolwiek śladu sympatii dla przedstawianych poglądów – art. 10 znajdzie zastosowanie. Istotny dla podjęcia konkluzji o naruszeniu Konwencji był także sposób rozpowszechniania i audytorium (poważny magazyn publicystyczny, wyrobiony odbiorca, późna pora emisji) – § 33–34.

Wyrok wzbudził jednak pewną krytykę<sup>19</sup>. Wskazywano, że Trybunał winien zaakceptować krajowe racje związane z przeciwdziałaniem rasistowskiemu, pozbawionym wartości wypowiedziom. Te racje mają zastosowanie także do dziennikarzy. Duńskie władze wskazywały nie tylko na krajowe przepisy, ale i zobowiązania międzynarodowe, zwłaszcza wynikające z ratyfikacji Konwencji Narodów Zjednoczonych z 7 marca 1966 r. w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej<sup>20</sup>. Co prawda Trybunał podkreślił wagę walki z rasizmem, ale jednak zaakcentował też, że zobowiązania wynikające z konwencji ONZ muszą być interpretowane w sposób możliwy do pogodzenia z art. 10 konwencji europejskiej (§ 30). Zdaje się więc odrzucać pogląd o konieczności równoważenia zobowiązań międzynarodowych na rzecz poglądu o potrzebie ochrony gwarancji swobody wypowiedzi (zobowiązań z konwencji europejskiej). Ku „teorii równoważenia” idą natomiast autorzy zdań odrębnych. Warto też dodać, że Komitet do spraw likwidacji dyskryminacji rasowej, powołany na mocy konwencji NZ do monitorowania przestrzegania jej postanowień, w cyklicznym raporcie dotyczącym Danii uznał ściganie Jersilda za wręcz wzorcowy przykład nadania przez państwo pierwszeństwa ochronie przed rasistowską wypowiedzią w stosunku do swobody wypowiedzi (Doc. AGNU nr 45–18, § 56).

<sup>19</sup> Zob. np. zob. np. I. Foighel, *Reflections of a Former Judge of the European Court of Human Rights*, [w:] *Human Rights in Turmoil Facing Threats, Consolidating Achievements*, red. S. Lagoutte, H.O. Sano, P. Smith, Leiden 2006; F. Rigaux, *La liberté d'expression et ses limites*, „Revue trimestrielle des droits de l'homme” 1995, s. 412; G. Haarscher, *Le blasphémateur et le raciste*, „Revue trimestrielle des droits de l'homme” 1995, s. 421; *Discrimination raciale et liberté d'expression*, „Revue universelle des droits de l'homme” 1995, t. 7, s. 1–3 i *Négationnisme et les droits de l'homme. Droit européen et international (la sentence du Comité des droits de l'homme – Faurisson c. France)*, „Revue trimestrielle des droits de l'homme” 1997, s. 587–589; R. de Gouttes, *A propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme*, [w:] *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles 1999, s. 253 i n.; S. Marcus-Helmons, *Commentaires sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme*, [w:] *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles 1999, s. 575; E. Decaux, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la nouvelle architecture de l'Europe*, [w:] *Actes du 8me colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg 1995, s. 41–42.

<sup>20</sup> Dz.U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187.

## Pojęcie mowy nienawiści w tzw. miękkim prawie Rady Europy

Używane przez Trybunał pojęcie mowy nienawiści nie znajduje się w tekście Konwencji, lecz występuje w kilku aktach tzw. miękkiego prawa Rady Europy, przede wszystkim w rekomendacjach (zaleceniach) i rezolucjach (uchwałach)<sup>21</sup> Komitetu Ministrów, który jest – zgodnie ze Statutem Rady Europy – „organem działającym” organizacji<sup>22</sup>. Akty te nie są wiążące, ale Komitet Ministrów może zwrócić się do państwa/państw o przekazanie informacji o działaniach podjętych w związku z treścią rekomendacji. Ponadto należy pamiętać, że na akty miękkiego prawa Rady Europy wielokrotnie powoływał się Trybunał w swoich rozstrzygnięciach, nadając im ważne praktyczne znaczenie. Tak też dzieje się w orzeczeniach związanych z mową nienawiści. Innymi słowy, ujęcie pojęcia dokonane w miękkim prawie Rady Europy istotnie oddziałuje na Trybunał.

Poniżej zwrócę uwagę na dwie rekomendacje, w których Komitet Ministrów zajął się kompleksowo problematyką mowy nienawiści, akcentując zachodzące różnice.

### Rekomendacja R(97)20 z 30 października 1997 r. w sprawie „mowy nienawiści”

Rekomendacja zaleca państwom Rady Europy podjęcie odpowiednich kroków w celu zwalczania mowy nienawiści na podstawie zasad określonych w rekomendacji, a także stworzenie adekwatnej polityki eliminującej społeczne, ekonomiczne, polityczne, kulturowe oraz inne przyczyny zjawiska.

Rekomendacja posługuje się szeroką definicją nowy nienawiści. Przez mowę nienawiści rozumiane są wszelkie postacie wypowiedzi, które szerzą, nawołują, promują lub usprawiedliwiają (*spread, incite, promote or justify*) nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm lub inne formy nienawiści opartej na nietolerancji, włączając nietolerancję mającą postać „agresywnego nacjonalizmu” lub etnocentryzmu, dyskryminacji i wrogości wobec mniejszości, imigrantów bądź osób o imigracyjnym pochodzeniu. Szczególna odpowiedzialność spoczywa przy tym na instytucjach władzy publicznej, tak ogólnokrajowych, jak samorządowych (zasada 1).

<sup>21</sup> Polski tekst Statutu Europy (Dz.U. z 1994 r. Nr 118, poz. 565) posługuje się słowami „zalecenie” i „uchwała”, ale będę używał określeń „rekomendacja” i „rezolucja” jako dominującymi w polskim piśmiennictwie prawniczym.

<sup>22</sup> Komitet Ministrów jest „organem działającym” Rady Europy. Składa się z ministrów spraw zagranicznych państw członkowskich lub ich zastępców, którymi są z reguły stali przedstawiciele dyplomatyczni przy Radzie Europy, wyposażeni w te same uprawnienia co ministrowie.

Dwie kolejne zasady dotyczą krajowych mechanizmów prawnych. Powinny one oferować paletę zróżnicowanych środków o cywilnym, administracyjnym i karnym charakterze, które zmierzałyby do adekwatnego godzenia – uwzględniając okoliczności każdego przypadku – swobody wypowiedzi i poszanowania ludzkiej godności (zasada 2). Twórcy rekomendacji nie posłużyli się więc perspektywą kładącą nacisk na potrzebę zwalczania wypowiedzi, która może być postrzegana jako mowa nienawiści. Takie „rozważne” podejście wzmacnia zasada 3. Zgodnie z nią ingerencje, stanowiące następstwo krajowych środków, muszą podlegać zawężającej interpretacji i stosowaniu oraz być oparte na obiektywnych kryteriach, by nie rodzić arbitralności.

Z restrykcyjnym podejściem do ingerencji koresponduje kolejna reguła, która dotyczy utraty przez wypowiedź ochrony oferowanej przez art. 10 Konwencji (zasada 4). Chociaż rekomendacja nie odwołuje się w tym kontekście wprost do art. 17, nie ulega wątpliwości (ze względu na użyte sformułowania stanowiące niemal wierne zacytowanie), że chodzi o sytuacje opisane przez to postanowienie Konwencji. W zasadzie 4 wyraźnie wskazano, że pozbawione ochrony mogą zostać jedynie „szczególne przypadki mowy nienawiści”. W każdej natomiast sytuacji ścigania karnego krajowe instytucje prawne winny uwzględnić prawo obwinionego do swobody wypowiedzi i okoliczność, że sankcje karne zawsze stanowią poważne ograniczenie tej swobody. Dlatego sądy muszą kierować się rygorystycznie ujmowaną zasadą proporcjonalności (zasada 5).

Zamykające rekomendację dwie ostatnie zasady związane są z rolą mediów i wyraźnie nawiązują do okoliczności zidentyfikowanych w wyroku *Jersild przeciwko Danii*. Po pierwsze, media są uprawnione do ujawniania, analizowania i wyjaśniania przypadków mowy nienawiści. Temu dziennikarskiemu uprawnieniu towarzyszy prawo opinii publicznej do otrzymania przekazu. Po drugie, krajowe prawo i praktyka prawna muszą dokonywać odróżnienia odpowiedzialności autora wypowiedzi od odpowiedzialności mediów, które tę wypowiedź upubliczniają w ramach swojej misji polegającej na komunikowaniu informacji i poglądów w sprawach mających publiczne znaczenie (zasada 6). Po trzecie, dziennikarskie materiały na temat rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu oraz innych form nietolerancji w pełni podlegają ochronie art. 10, a dokonywana w nie ingerencja musi zawsze spełniać kryteria wskazane w ustępie 2 art. 10. Po czwarte, standardy mające określić konieczność ingerencji muszą pozostać w zgodzie ze strasburskim orzecznictwem, uwzględniając treść, kontekst, cel materiału i sposób jego zaprezentowania. Po piąte, poszanowanie dziennikarskich swobód wymaga, aby sądy i opinia publiczna nie narzucały mediom swoich poglądów na temat tego, jakie rodzaje i techniki dziennikarskie powinny zostać użyte (zasada 7).

## Rekomendacja Rec (2022)16 z 20 maja 2022 r. w sprawie zwalczania mowy nienawiści

Jest to rozbudowany dokument, któremu towarzyszy szczegółowe Memorandum wyjaśniające<sup>23</sup>. W preambule rekomendacja zauważa szeroką obecność we współczesnych społeczeństwach mowy nienawiści jako zjawiska złożonego i wielowymiarowego. Jednocześnie dynamiczny rozwój technologii informatycznego przekazu zapewniających szybkie i szerokie rozpowszechnianie czyni mowę nienawiści łatwo dostępną. Ma to wpływ w różny sposób i z różnym stopniem intensywności na jednostki, grupy i społeczeństwa, w tym poprzez wzbudzenie strachu i uczucie poniżenia u osób, które stają się celem mowy nienawiści, a także rodzi „mrozący skutek” (*chilling effect*) u tych osób dla ich udziału w debacie publicznej, co jest szkodliwe dla demokracji. Należy zauważyć, że już w tytule rekomendacja z 2022 r. nazywa swój cel – jest to zwalczanie mowy nienawiści. Poprzednia rekomendacja, wcześniejsza o ćwierćwiecze, raczej identyfikowała i diagnozowała problem, na którego nowość wskazywało też użycie cudzysłowu.

Preambuła rekomendacji wskazuje główne konteksty prawne identyfikowane w orzecznictwie Trybunału. Powtarza, jak rekomendacja z roku 1997, że ograniczenia wolności słowa muszą być wąsko interpretowane i stosowane, a art. 10 chroni też wypowiedzi, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój. Zauważony zostaje również art. 17. Ale w preambule, i to na jej początku (drugi motyw), znalazło się wskazanie na nowy wątek prawny. Tworzenie i egzekwowanie polityk oraz ustawodawstwa dotyczących mowy nienawiści wymaga starannegoważenia i równoważenia swobody wypowiedzi z prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8) oraz zakazem dyskryminacji (art. 14). Punktem wyjścia przestaje więc być art. 10 Konwencji (z tradycyjną regułą, iż swoboda wypowiedzi to zasada, a jej ograniczenie to wyjątek wymagający przekonującego i precyzyjnego uzasadnienia), a centralne staje się zadanie polegające na jednoczesnym uwzględnieniu i „wypośrodkowaniu” różnych gwarancji konwencyjnych. Można argumentować, że taka kolejność prezentacji zagadnień prawnych jest dyktowana przedmiotem rekomendacji, determinującym rozkład akcentów. Uważam jednak, że zastosowana narracja jest nieprzypadkowa. Po „regule równoważenia” w kolejnych motywach preambuły identyfikowane są okoliczności przemawiające za skoordynowanym i systemowym zwalczaniem mowy nienawiści. Warto również przypomnieć, że konstrukcja „mrożącego skutku”, pojawiająca się w początkowej części preambuły, nie była dotąd stosowana w strasburskim orzecznictwie

<sup>23</sup> <https://rm.coe.int/prems-083822-gbr-2018-recommendation-on-combating-hate-speech-memorand/1680a710c9>

w związku z osobami dotykanyymi mową nienawiści. Trybunał używał jej, by podkreślić groźne następstwa zastosowanych sankcji prawnych, nawet symbolicznych, i zaakcentować konieczność ochrony pewnych zwłaszcza podmiotów korzystających ze swobody wypowiedzi i określanych mianem „publicznych kontrolerów” – dziennikarzy i mediów, organizacji pozarządowych i blogerów. W rekomendacji konstrukcja mrozącego efektu pojawia się natomiast w nowy i całościowy sposób, odnosząc się do wszystkich podmiotów dotykanych mową nienawiści.

Rekomendacja zauważa, że w państwach członkowskich Rady Europy brakuje wspólnego rozumienia mowy nienawiści, a tym samym nie ma jednej podzielanej definicji. Analogiczny brak występuje w prawie międzynarodowym. Przedstawiona w rekomendacji propozycja ujęcia tego, co stanowi mowę nienawiści, została oparta na kilku zróżnicowanych, lecz zasadniczo niewiążących źródłach prawnych: Rekomendacji Komitetu Ministrów R(97)20 z 1997 r. w sprawie „mowy nienawiści”, art. 4 Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, art. 20 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ<sup>24</sup>, Rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 2275(2019) w sprawie roli i obowiązków przywódców politycznych w zwalczaniu mowy nienawiści i nietolerancji<sup>25</sup>, Rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 2144 (2017) w sprawie położenia kresu cyberdyskryminacji i nienawiści w internecie<sup>26</sup>, Preambule do Ogólnych rekomendacji politycznych nr 15 w sprawie zwalczania mowy nienawiści przygotowanych przez Europejską Komisję przeciw Raszizmowi i Nietolerancji (8 grudzień 2015 r.)<sup>27</sup> oraz Strategii i planu działania ONZ w sprawie mowy nienawiści (z maja 2019 r.)<sup>28</sup>.

Na potrzeby rekomendacji jako mowa nienawiści są rozumiane „wszelkie formy wypowiedzi, które nawołują, promują, szerzą lub usprawiedliwiają (*incite, promote, spread or justify*) przemoc, nienawiść lub dyskryminację osoby lub grupy osób albo które poniżają je ze względu na rzeczywiste lub przypisywane cechy osobiste lub status, takie jak rasa, kolor skóry, język, religia, narodowość, pochodzenie narodowe lub etniczne, wiek, niepełnosprawność, płeć, tożsamość płciowa (*gender identity*) oraz orientacja seksualna” (par. 2). Zgodnie z memorandum wyjaśniającym w zakres pojęcia mowy nienawiści wchodziłyby: bezpośrednie i publiczne podżeganie do ludobójstwa; nawoływania do nienawiści, przemocy lub dyskryminacji; groźby i obelgi na tle rasistowskim, ksenofobicznym, seksistowskim i wynikających

<sup>24</sup> Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

<sup>25</sup> <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=27636>

<sup>26</sup> <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23456>

<sup>27</sup> <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01>

<sup>28</sup> [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action\\_plan\\_on\\_hate\\_speech\\_EN.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_EN.pdf)

z niechęcią wobec osób LGBTI; zaprzeczanie, pomniejszanie i aprobowanie ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych, które zostały stwierdzone przez sądy, oraz gloryfikowanie osób skazanych za popełnienie takich zbrodni; popieranie, promowanie lub nawoływanie w jakiegokolwiek formie do poniżania, nienawiści lub oczerniania osoby lub grupy osób; molestowanie, negatywne stereotypy lub stygmatyzacja w stosunku do tych osób lub grupy osób; usprawiedliwianie wszystkich wcześniej wskazanych rodzajów wypowiedzi i celowe rozpowszechnianie materiałów zawierających takie wypowiedzi (pkt 18).

Jak wskazano w memorandum wyjaśniającym, definicja jest celowo szeroka, zarówno gdy chodzi o zakres pojęcia (są to „wszelkie wypowiedzi”), jak i kryteria, które wyróżniają (charakteryzują) osobę lub grupę i stają się przyczyną „nienawistnej” mowy (pkt 17–18)<sup>29</sup>. W odniesieniu do tej drugiej okoliczności nie jest konieczne, by jednostka bądź grupa rzeczywiście miała pewną cechę (perspektywa obiektywna); wystarczy, że w przekonaniu autora wypowiedzi tę cechę ma (perspektywa subiektywna). W konsekwencji dochodziłoby do mowy nienawiści również wtedy, gdy osobę zaatakowano np. ze względu na jej przynależność do pewnej religii lub narodowości, a owa osoba nie jest wyznawcą takiej religii/nie należy do takiej narodowości (pkt 21).

Konsekwencją szerokiego ujęcia mowy nienawiści jest to, że na potrzeby dalszych propozycji rekomendacja dokonuje wyróżnienia trzech postaci tej mowy ze względu na dotkliwość, wyrządzone szkody oraz wpływ na członków poszczególnych grup w różnych kontekstach sytuacyjnych (par. 3). Są one następujące:

- a) mowa nienawiści zakazana przez prawo karne;
- b) mowa nienawiści, która nie osiąga poziomu dotkliwości wymaganego, by powodować odpowiedzialność karną, ale mają do niej zastosowanie środki z obszaru prawa cywilnego lub administracyjnego;
- c) obraźliwe lub szkodliwe wypowiedzi, które nie są jednak wystarczająco dotkliwe, aby można je ograniczać na mocy Europejskiej konwencji, ale mimo to wymagają alternatywnych reakcji, takich jak: riposta słowna (*counter-speech*) oraz inne środki zaradcze; środki sprzyjające dialogowi i zrozumieniu międzykulturowemu, w tym podjęte za pośrednictwem mediów i mediów społecznościowych; oraz odpowiednie działania edukacyjne, wymiana informacji i podnoszenie świadomości.

<sup>29</sup> Aby odróżnić dokonywane przeze mnie odwołania do części rekomendacji i memorandum wyjaśniającego, w pierwszym przypadku posługuję się nazwą „paragraf”, a w drugim „punkt”.

Kluczowe staje się ustalenie, do której kategorii należy zaliczyć dany przypadek kwestionowanej mowy i w konsekwencji, jaka reakcja jest oczekiwana i uprawniona. Władze państwowe oraz inne podmioty powinny tu kierować się orzecznictwem Trybunału, a ponadto uwzględnić następujące czynniki i zachodzące między nimi związki: treść wypowiedzi, polityczny i społeczny kontekst w czasie wypowiedzi, intencja mówcy, rola i status mówcy w społeczeństwie, sposób rozpowszechniania wypowiedzi lub jej eksponowania, możliwość spowodowania przez wypowiedź szkodliwych konsekwencji, w tym nieuchronnych, charakter i liczba odbiorców oraz charakterystyka grupy docelowej (par. 4). Działania władz nie powinny być przypadkowe, lecz powinny stanowić następstwo użycia czytelnych kryteriów i udziału szeregu właściwych podmiotów społecznych. Konieczne jest też istnienie zabezpieczeń, by nie dochodziło do nadużycia krajowych mechanizmów. Tworzone reżimy reagowania na mowę nienawiści oraz ich zastosowanie muszą oczywiście kumulatywnie spełniać wymagania art. 10 Konwencji, a więc być określone przez sformułowane w dostatecznie precyzyjny sposób przez adekwatnie dostępne prawo (wymóg legalności), służyć realizacji wskazanych w ustępie 2 art. 10 interesów bądź wartości publicznych lub indywidualnych (wymóg celowości) oraz być konieczne w demokratycznym społeczeństwie i proporcjonalne (wymóg konieczności).

Kryminalizacja pewnych czynów stanowiących mowę nienawiści stanowiłaby realizację pozytywnego obowiązku państwa polegającego na stworzeniu adekwatnej reakcji prawnej na wypowiedzi najbardziej naruszające ludzką godność. Oddziaływałyby to w wymagany sposób na sprawcę (indywidualny aspekt), ale i służyło społeczeństwu (generalny aspekt), wysyłając czytelny sygnał ewentualnym naśladowcom (pkt 54). Katalog czynów uzasadniających odpowiedzialność karną został zaproponowany w rekomendacji na podstawie orzecznictwa Trybunału i z wykorzystaniem aktów prawa międzynarodowego, którymi związały się państwa Rady Europy, ale odwołano się także do niewiążących dokumentów (pkt 55-61).

W par. 11 rekomendacji wskazano, że państwa członkowskie powinny określić i jasno zdefiniować w krajowym prawie karnym, jakie przejawy mowy nienawiści podlegają odpowiedzialności karnej, takie jak:

- a) publiczne nawoływanie do ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości lub zbrodni wojennych;
- b) publiczne nawoływanie do nienawiści, przemocy lub dyskryminacji;
- c) groźby rasistowskie, ksenofobiczne, seksistowskie i związane z niechęcią wobec osób LGBTI;
- d) publiczne zniewagi na tle rasistowskim, ksenofobicznym, seksistowskim i związane z niechęcią wobec osób LGBTI, na warunkach określonych

- specjalnie dla zniewag internetowych w Protokole dodatkowym do Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości dotyczącym penalizacji czynów o charakterze rasistowskim lub ksenofobicznym popełnionych przy użyciu systemów komputerowych, sporządzonym w Strasburgu 28 stycznia 2003 r.<sup>30</sup>;
- e) publiczne zaprzeczanie, trywializowanie i aprobowanie ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości lub zbrodni wojennych;
  - f) celowe rozpowszechnianie materiałów zawierających przejawy mowy nienawiści wymienione w punktach a-e, w tym idei opartych na wyższości rasowej lub nienawiści.

Dodatkowo państwa powinny zapewnić, że w każdym przypadku, gdy na mocy prawa krajowego mowa nienawiści stanowi przestępstwo, a jednocześnie zachodzi wystarczające podejrzenie, iż czyn został popełniony, przeprowadzone będzie skuteczne postępowanie wyjaśniające (pozytywny obowiązek proceduralny) – par. 12. W memorandum podsumowano główne wymogi, jakie powinno spełniać postępowanie, by uznać je za skuteczne (pkt 65–68). Dodano, że jeśli w pewnych sytuacjach ocenionych jako mniej dotkliwe właściwe organy nie zdecydują się ostatecznie na oskarżenie w trybie publicznoskargowym, zainteresowanym podmiotom należy umożliwić skorzystanie ze środków cywilnych lub administracyjnych albo wniesienie prywatnego aktu oskarżenia (pkt 69).

Środki (mechanizmy) cywilne i/lub administracyjne miałyby zastosowanie w przypadku „mniej dotkliwej” („nieosiągającej najwyższej dotkliwości”) mowy nienawiści. W tej części (par. 13) rekomendacja jest lakoniczna. Więcej informacji zawiera memorandum wyjaśniające. Użyte tam sformułowania mogą sugerować, że państwo nie może się ograniczyć jedynie do objęcia dyspozycjami prawa karnego najbardziej dotkliwej i szkodliwej mowy nienawiści. W pozostałym obszarze również niezbędna jest „jakaś” reakcja prawna. Brak jej oznaczałby niezrealizowanie pozytywnego obowiązku ochrony, czyli naruszenie art. 13 Konwencji (prawo do skutecznego środka odwoławczego) w związku z art. 8 lub samodzielnie tzw. proceduralnego aspektu art. 8. Wymagałoby to od państwa stworzenia odpowiedniego prawa i praktyki jego stosowania również poza „karnym obszarem” mowy nienawiści<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Dz.U. z 2015 r., poz. 730. Protokołem związały się 34 państwa Rady Europy, a 11 dalszych go podpisało.

<sup>31</sup> Taki wniosek wydaje się uzasadniać, a co najmniej uprawdopodobniać, pkt 73, gdzie wskazano na brak w prawach krajowych dotyczących czynów niedozwolonych (deliktów) oraz w praktyce jego stosowania reguł odnoszących się do mowy nienawiści. *In fine* tego punktu znajduje się natomiast sformułowanie mówiące, że w celu demarkacji karnego i pozakarnego obszaru reakcji na mowę nienawiści powinny zostać użyte kryteria wskazane w par. 4 rekomendacji.

Rozdział II rekomendacji („ramy prawne”) zamyka rozbudowana część dotycząca mowy nienawiści w internecie. Zidentyfikowano tu liczne reguły, jakie państwa powinny przyjąć w tym obszarze, m.in. w odniesieniu do pośredników usług internetowych. Ci ostatni byłiby zobowiązani do monitorowania treści, reagowania na nie, zgłaszania właściwym organom naruszeń prawa, przekazywania danych pozwalających na identyfikację sprawców oraz pociągnięcie ich do odpowiedzialności prawnej.

W rozdziale III rekomendacji znalazły się zalecenia dla kilku grup aktorów społecznych kluczowych w kontekście mowy nienawiści. W odniesieniu do funkcjonariuszy publicznych, członków ciał pochodzących z wyborów oraz partii politycznych wskazano, że winni oni pilnie i jednoznacznie reagować na mowę nienawiści, powstrzymać się od kontrowersyjnych wypowiedzi i rozważyć stworzenie kodeksów dobrych praktyk, które m.in. pozwalałyby na wnoszenie skarg.

Najbardziej rozbudowany fragment dotyczy dziennikarzy. Zaczyna się przypomnieniem klasycznej formuły, że dziennikarze i media sprawują funkcję „publicznego kontrolera”, uprawniającą do zajmowania się m.in. problemem mowy nienawiści i nietolerancji przy użyciu wybranych przez siebie technik, stylów i środków, ale jednocześnie pod warunkiem, że zamierzają dostarczyć opinii publicznej dokładną i wiarygodną informację. Następnie w rekomendacji akcentuje się już jednak liczne powinności. Dziennikarze i media powinni więc „promować kulturę tolerancji i zrozumienia”, unikać deprecjonującego (*derogatory*), stereotypowego przedstawiania jednostek, grup i społeczności, „wywoływania uprzedzeń i czynienia niepotrzebnych odniesień do cech osobistych lub statusu”, a także – już w kontekście mediów publicznych – przyczyniać się do „społecznej spójności” oraz „nie używać i nie upowszechniać” mowy nienawiści. Ten drugi wątek różni rekomendacje z lat 1997 i 2022. Ta pierwsza, czyniąc nawiązanie, chociaż nie wprost, bo nie przez nazwanie orzeczenia, do wyroku *Jersild przeciwko Danii*, zabezpieczała przed wykorzystaniem potrzeby walki z mową nienawiści do ograniczania dziennikarskiego sposobu i techniki prezentacji kontrowersyjnego tematu, mającego jednak jednoznacznie publiczne znaczenie. Rekomendacja z roku 2022 koncentruje się natomiast na konieczności unikania rozpowszechniania wypowiedzi, która dawałaby się kwalifikować jako mowa nienawiści. Należy przy tym pamiętać, że w rekomendacji wyróżniono obok dwóch kategorii mowy nienawiści, z którymi odpowiednio łączona jest odpowiedzialność karna lub cywilna/administracyjna, także trzecią kategorię – obraźliwe lub szkodliwe wypowiedzi, które nie są jednak wystarczająco dotkliwe, aby można je ograniczać na mocy Europejskiej konwencji, ale mimo to wymagają reakcji. Tej grupy nie nazwano już mową nienawiści *sensu stricto*, ale określając w memorandum wyjaśniającym zakres pojęcia mowy nienawiści, posłużono się – i to celowo – bardzo szerokim rozumieniem, które obejmuje też negatywne

stereotypy lub stygmatyzację. Może się więc okazać, że pewne ograniczenia sposobu i techniki dziennikarskiej prezentacji zostaną określone w regułach zawodowej deontologii. Konsekwencją tego może być gotowość Trybunału do akceptacji (np. w ramach krajowego marginesu swobody ocen) ingerencji motywowanej „niewłaściwym” wyborem przez dziennikarza sposobu czy też techniki prezentacji tematu, mimo iż ten ma niekwestionowane publiczne znaczenie<sup>32</sup>. W pewnym scenariuszu – moim zdaniem niepożądanym, lecz prawdopodobnym – prowadziłyby to do odejścia od (przełamania) standardu z wyroku *Jersild przeciwko Danii*, na rzecz poglądu wyrażonego tam w zdaniach odrębnych przez siedmiu sędziów, w tym ówczesnego prezesa Rolva Ryssdala.

## Kwalifikowanie wypowiedzi jako mowy nienawiści przez Trybunał

Przez długi czas Trybunał nie posługiwał się pojęciem mowy nienawiści podczas analizy ingerencji kwestionowanej w skardze, lecz innymi konstrukcjami. Zarówno w kontekście art. 17, jak i art. 10 było to zauważanie działań i wypowiedzi sprzecznych z „wartościami założycielskimi Konwencji”. Tak oceniono m.in. negowanie Holokaustu, istnienia komór gazowych, zbrodni prawa międzynarodowego czy też poniżające wypowiedzi antysemickie, antyislamskie bądź wymierzone w migrantów. Można wręcz mieć zasadne wrażenie, że unikano kwalifikowania danej wypowiedzi jako mowy nienawiści. To pojęcie pojawiało się w innych sytuacjach, np. podczas identyfikowania dokonywanego w generalnych kategoriach i na zasadzie kontrastu z badaną sprawą, kiedy sankcja karna polegająca na pozbawieniu wolności i wymierzona za nadużycie swobody wypowiedzi będzie wyjątkowo zgodna z Konwencją.

W najnowszym orzecznictwie Trybunału dochodzi jednak do znamiennej zmiany. Coraz częściej dochodzi do zakwalifikowania analizowanej wypowiedzi jako mowy nienawiści i szerzej – już poza kontekstem art. 10 – jako „nienawistnego zachowania”. Uważam, że mowa nienawiści staje się obok wypowiedzi politycznej oraz w sprawach o ogólnym znaczeniu, wypowiedzi artystycznej oraz wypowiedzi komercyjnej kluczowym typem wypowiedzi, organizującym sposób badania

<sup>32</sup> Ostrzeżeniem jest tu wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Stoll przeciwko Szwajcarii*. Sprawa nie dotyczyła mowy nienawiści, ale strasburscy sędziowie uznali, że krajowa ingerencja „się broni”, gdyż publikacja, chociaż dotyczyła sprawy o ogólnym znaczeniu (bankowe depozyty ofiar Holokaustu), koncentrowała się na pewnych fragmentach ujawnianego dokumentu, co zostało poddane krytyce w opinii Rady Prasowej (wyrok z 10 grudnia 2007 r., skarga 69698/01). Wcześniej izba uznała, choć tylko jednym głosem większości, że doszło do naruszenia art. 10 (wyrok z 25 kwietnia 2006 r.).

przez Trybunał ingerencji kwestionowanej w skardze. Zakwalifikowanie wypowiedzi jako mowy nienawiści pozbawia znaczenia racje, które mogłyby przemawiać za wzmocnieniem ochrony. Różniłoby to mowę nienawiści od wypowiedzi artystycznej czy komercyjnej. Wystąpienie w przypadku wypowiedzi artystycznej czy komercyjnej aspektu politycznego lub związanego z zagadnieniem mającym publiczne znaczenie zmienia perspektywę oceny ingerencji na rygorystyczną<sup>33</sup>. Uznanie natomiast wypowiedzi za mowę nienawiści modyfikuje w stałą i rozstrzygający sposób perspektywę przyjmowaną przez Trybunał w przyzwalającą na ingerencję. Należy podkreślić, że nie wszyscy sędziowie w składach orzekających akceptują, po pierwsze, taką zmianę, a po drugie, nie godzą się na zakwalifikowanie danej wypowiedzi jako mowy nienawiści. Prowadzi to do znamiennej różnicy głosów i dołączania do wyroku opinii odrębnych. Poniżej zwrócę uwagę na kilka takich spraw oraz – szerzej – towarzyszących im kontekstów prawnych.

### Mowa nienawiści a odróżnienie twierdzeń oraz opinii

W *Lingens przeciwko Austrii*, jednym z kluczowych wyroków określających konwencyjny standard swobody wypowiedzi, Trybunał wskazał na konieczność rozróżniania twierdzeń o faktach (informacji) i sądów wartościujących (opinii, ocen). Prawdziwość twierdzeń można wykazać, czego nie daje się zrobić w przypadku ocen. Dlatego już samo wymaganie od osób formułujących sądy wartościujące, aby przedstawiły dowód prawdy, jest sprzeczne z art. 10, godząc w istotę prawa do swobodnego wyrażania opinii<sup>34</sup>.

Brak możliwości udowodnienia, że sąd wartościujący jest prawdziwy, nie oznacza jednak, iż należy dopuścić każdą ocenę. Władze krajowe mogą wymagać, by dla opinii istniała dostateczna podstawa faktyczna (ang. *sufficient factual basis*; fr. *base factuelle suffisante*)<sup>35</sup>, bez której dochodzi do nadużycia wolności słowa. Owa podstawa to powiązanie opinii z faktami, które ją uzasadniają. Zbadania, czy ocena ma faktyczną podstawę, należy dokonać w zindywidualizowany sposób.

Chociaż wskazany wymóg został ujęty w sposób kwalifikowany (podstawa faktyczna ma być wszak „dostateczna”), to w praktyce strasburskim sędziom wystarczyła słaby, „zwykły” czy też luźny związek<sup>36</sup>. Do minimalistycznego rozumienia

<sup>33</sup> Zob. w kontekście wypowiedzi artystycznej i komercyjnej odpowiednio *Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii*, wyrok z 25 stycznia 2007 r., skarga nr 68354/01, ECHR 2007-II i *Hertel przeciwko Szwajcarii*, wyrok z 25 sierpnia 1998 r., skarga nr 25181/94, RJD 1998-VI.

<sup>34</sup> *Lingens przeciwko Austrii*, § 46.

<sup>35</sup> *Prager i Oberschlick przeciwko Austrii*, wyrok z 26 kwietnia 1995 r., skarga nr 15974/90, Series A. 313, § 37.

<sup>36</sup> Przykładowo, w jednej ze spraw Trybunałowi wystarczyło, że w celu poparcia słów mówiących o „totalitarnym charakterze” i „faszystowskich tendencjach” stowarzyszenia współpracującego z kluczową partią polityczną kraju, autorka wypowiedzi odwołała się do materiałów prasowych na temat struktury

wymogu dostatecznej podstawy faktycznej, jaka winna łączyć fakty i sąd wartościujący, Trybunał otwarcie „przyznawał się” w pewnych wyrokach. W jednym z nich zaakceptowano niezwykle krytyczną ocenę, choć faktyczna podstawa dla niej została określona jako niewielka (*slim*)<sup>37</sup>. W kontekście takiego standardu nie dziwi kwestionowanie przez Trybunał podwyższonych bądź bardzo wysokich wymogów dotyczących oparcia wypowiedzi na okolicznościach faktycznych<sup>38</sup>.

Chociaż do twierdzeń ma zastosowanie kryterium prawdy/fałszu, to jednak Trybunał nie zgodził się ze stanowiskiem, że podanie każdej nieprawdziwej informacji automatycznie uzasadnia odpowiedzialność prawną. Ten standard został wypracowany w następstwie skarg wniesionych przez dziennikarzy, ale ma zastosowanie *mutatis mutandis* i do innych osób. Trybunał podkreślił, że rola prasy polega na pobudzaniu dyskusji i udziale w debatach nad sprawami rodzącymi publiczne zainteresowanie i z troską. Nakładanie w takiej sytuacji zbyt daleko idących wymagań może zniechęcać media do zabierania głosu, powodując, że nie będą one w stanie wypełniać tego zadania. Kryterium oceny, czy dziennikarz wypełnił swe obowiązki i działał odpowiedzialnie, czego wymaga Konwencja, jest zachowanie profesjonalnej rzetelności, oznaczające dochowanie należytej staranności, postępowanie w dobrej wierze i przestrzeganie zasad etyki dziennikarskiej<sup>39</sup>. W konsekwencji, jeśli w czasie opublikowania materiału dziennikarz mógł – postępując zgodnie z zasadami etyki zawodowej i w dobrej wierze – na podstawie źródeł, rozmów oraz informacji dojść do przekonania, że ujawniane fakty były prawdziwe, jest to zasadnicza okoliczność rozstrzygająca o prawnej ocenie jego pracy. Gdy później, np. po odkryciu nowych faktów albo odnalezieniu nieznanymi materiałami, okaże się, że było inaczej, dziennikarz nie może ponieść negatywnych konsekwencji tylko dlatego, iż treść wcześniejszego materiału nie odpowiadała prawdzie. Dziennikarz może się pomylić, nie wolno mu natomiast kłamać.

---

i działań organizacji oraz wyroku zapadłego w innym kraju. Trybunał oznajmił, że takie materiały wystarczają *prima facie* jako dowód (początek dowodu we francuskiej wersji wyroku), że użyte słowa stanowiły rzetelny komentarz – *Jerusalem przeciwko Austrii*, wyrok z 27 lutego 2001 r., skarga nr 26958/95, ECHR 2001-II, § 24.

<sup>37</sup> *Arbeiter przeciwko Austrii*, wyrok z 25 stycznia 2007 r., skarga nr 3138/04, § 26. W innym miejscu wyroku opinię nazwano „w oczywisty sposób przesadną i polemiczną” (§ 24).

<sup>38</sup> Przykładowo, rosyjskie sądy wymagały, by krytyczne sformułowanie określające politykę regionalnego rządu jako „destrukcyjną” zostało oparte na danych naukowych i statystycznych dotyczących społeczno-gospodarczego rozwoju regionu – *Dyuldin i Kislov przeciwko Rosji*, wyrok z 31 lipca 2007 r., skarga nr 25968/02, § 48.

<sup>39</sup> Taki standard pochodzi z *Bladet Tromsø A/S i Stensaas przeciwko Norwegii*, wyrok z 20 maja 1999 r. (Wielka Izba), skarga nr 21980/93, ECHR 1999-III, § 65.

Trybunał wskazywał, że dla twierdzeń musi istnieć „podstawa faktyczna”<sup>40</sup>. Brzmieniowo jest to takie samo kryterium, jak zastosowane do oceny sądów wartościujących. Istnieje jednak zasadnicza różnica, gdy chodzi o rozumienie w praktyce Trybunału owej „podstawy faktycznej”. Ta różnica leży „w stopniu dowodu dotyczącego faktów, jaki należy przedstawić” (ang. *degree of factual proof which has to be established*; fr. *au niveau de preuve factuelle à établir*)<sup>41</sup>. W odniesieniu do opinii – na co wskazywałem – Trybunał niezwykle wyrozumiale podchodził do tej podstawy. W przypadku twierdzeń sędziowie są dużo bardziej wymagający. Choć Trybunał mówi tylko o „podstawie faktycznej”, a więc nie wprowadza jakichkolwiek przymiotników wzmacniających to kryterium, to strasburscy sędziowie nie zadowolą się słabymi czy też pośrednimi dowodami<sup>42</sup>.

Jako mowa nienawiści określane i kwalifikowane są liczne i zróżnicowane wypowiedzi. Powstaje jednak pytanie, czy podział na twierdzenia i opinie znajduje zastosowanie do mowy nienawiści lub poszczególnych jej kategorii.

Jako twierdzenia należy co do zasady kwalifikować wypowiedzi negujące dokonanie czynów, które stanowiły ludobójstwo, zbrodnię przeciwko ludzkości i zbrodnię wojenną. W praktyce Trybunał zajmował się takimi sprawami w kontekście zaprzeczania Holokaustu, istnienia obozów koncentracyjnych i stosowania komór gazowych. Strasburscy sędziowie uznawali masową i zorganizowaną zbrodnię dokonaną na Żydach za fakt jednoznacznie potwierdzony przez historyków i znajdujący odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów, zwłaszcza trybunału norymberskiego. Dodatkowo dostrzegali, że negacjonistyczna wypowiedź, nawet jeśli jej autor próbował ją przedstawiać jako wynik badań, nie ograniczała się do kwestionowania jednego zdarzenia, lecz miała zgeneralizowany charakter, negując zbrodnię jako taką lub sposób jej realizacji<sup>43</sup>.

Wskazany rygor nie znajdował jednak zastosowania, jeśli kwestionowana wypowiedź odnosi się nie do samego faktu dokonania zbrodni, lecz do jej okoliczności

<sup>40</sup> *Nilsen i Johnsen przeciwko Norwegii*, wyrok z 25 listopada 1999 r. (Wielka Izba), skarga nr 23118/93, ECHR 1999-VIII, § 49.

<sup>41</sup> To sformułowanie pochodzi ze sprawy *Krone Verlag GmbH & Co KG i Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG przeciwko Austrii*, decyzja z 20 marca 2003 r., skarga nr 42429/98. Powtórzono je później w wyroku *Scharsach i News Verlagsgesellschaft mbH przeciwko Austrii*, wyrok z 13 listopada 2003, skarga nr 39394/98, ECHR 2003-XI, § 40 i w sprawie *Freiheitliche Partei Österreichs, Landesgruppe Niederösterreich przeciwko Austrii*, decyzja z 9 października 2003 r., skarga nr 65924/01. Zob. także *Weigt przeciwko Polsce* (decyzja z 11 października 2005 r., skarga nr 74232/02), gdzie Trybunał wskazał, że „odpowiedzialność dziennikarza publikującego twierdzenia o faktach, a związana z zapewnieniem, że te twierdzenia są prawidłowe (*correct*), sięga dalej niż w przypadku sądów wartościujących”.

<sup>42</sup> Zob. np. oceny takich „dowodów” w sprawie *McVicar przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z 7 maja 2002 r., skarga nr 46311/99, ECHR 2002-III, § 86.

<sup>43</sup> *Marais przeciwko Francji*, decyzja z 24 czerwca 1996 r. (skład plenarny), skarga nr 31159/96, DR t. 86-B, s. 184.

czy kwalifikacji prawnej. Ilustracją tego rozróżnienia jest sprawa *Perinçek przeciwko Szwajcarii*<sup>44</sup>. Dotyczyła ona ukarania grzywną za stwierdzenia, które na pierwszy rzut oka wydają się być podobne do polegających na negowaniu nazistowskich zbrodni dokonanych na Żydach. Skarżący kilkakrotnie nazwał „ludobójstwo Ormian” z lat 1915–1920 międzynarodowym kłamstwem i „kłamstwem w hitlerowskim stylu”, przypisując istnienie tego kłamstwa polityce Stanów Zjednoczonych i Unii Europejskiej. Odnosząc się do historycznych okoliczności ormiańskiej tragedii, Perinçek utrzymywał, że za eskalację sytuacji między muzułmanami a Ormianami odpowiadali „imperialiści z Zachodu i carskiej Rosji”. Wielkie mocarstwa zamierzały podzielić Imperium Osmańskie i sprowokować do przemocy część Ormian, z którymi naród turecki miał żyć od wieków w pokoju. Wykorzystując różne grupy etniczne i społeczności w Imperium Osmańskim, „imperialiści” nakłaniali ludzi do wzajemnego zabijania się, a później wszystkie strony dokonały wielu masakr. Ale to Turcja była po stronie tych, którzy bronili swojej ojczyzny, a Ormianie po stronie imperialistów oraz ich narzędzi. Trybunał uznał, że doszło do złamania art. 10, bo autor nie zaprzeczał realności masakr i masowych deportacji, a kwestionował tylko ich prawną kwalifikację jako ludobójstwa i zwracał uwagę na pewien kontekst polityczny zdarzeń (zaangażowanie „imperialistów” i wynikająca z tego odpowiedzialność). Wypowiedź należy jednocześnie zakwalifikować jako opinię w sprawie historycznego faktu i krytykę rekonstrukcji jego tła.

Sędziowie Trybunału byli jednak podzieleni w swoich decyzjach. Najdalej idącą krytykę wyrazili ci sędziowie (czterej), którzy umieszczali stwierdzenia Perinćeka w zakresie art. 17 i w związku z tym uważali, że Trybunał powinien był pozbawić skarżącego ochrony Konwencji. W ich ocenie zakwestionowane wypowiedzi stanowiły wyłącznie obrazę pamięci ofiar ludobójstwa Ormian i jako takie były skierowane przeciwko wartościom leżącym u podstaw Konwencji. Inne grupy sędziów (siedmiu) wyrażających zdanie odrębne uważały, że państwo-strona Konwencji może, bez przekraczania przysługującego mu marginesu uznania, uznać za przestępstwo znieważenie pamięci narodu, który ucierpiał w wyniku ludobójstwa.

Sprawa Perinçek pokazuje, że sędziowie mają dostęp do kilku perspektyw prawnych, które są zorganizowane wokół pewnych osi: a) dogłębna kontrola *versus* powściągliwa kontrola Trybunału; b) godność ludzka *versus* możliwie nieskrępowana swoboda wypowiedzi, c) analiza oparta na wartościach *versus* analiza kontekstualna, d) ustalone fakty historyczne *versus* toczące się nadal kontrowersje. I podsumowując – oba składy ETPC wybrały, choć różniły się pewnymi szczegółami, głęboką kontrolę, zapewnienie wolności wypowiedzi, analizę kontekstową i nieskrępowaną debatę na kontrowersyjne tematy.

<sup>44</sup> Wyrok z 17 grudnia 2013 r. (Izba), wyrok z 15 października 2015 r. (Wielka Izba), skarga nr 27510/08.

W kontekście mowy nienawiści można też postawić pytanie, czy jako taka mowa może zostać zakwalifikowana prawdziwą wypowiedź czy też wypowiedź – mówiącą językiem Trybunału – dla której istnieje podstawa faktyczna. Moim zdaniem odpowiedź powinna być negatywna. Zapewniałoby to ochronę np. prezentacji wyników badań, z których wynikałoby, że w pewnych grupach statystycznie częściej występują niektóre negatywne zachowania lub charakterystyki (jak przestępczość, uzależnienie od narkotyków lub alkoholu, przemoc domowa, określone choroby). Uważam, że takie wypowiedzi trzeba uznać za mające publiczne znaczenie i ewentualne skutki w postaci utrwalania czy tworzenia stereotypów nie mogą uzasadniać restrykcji, a tym bardziej ingerencji.

Wypowiedzi kwalifikowane jako mowa nienawiści będą częściej opinią niż twierdzeniem. Ale badając krajowe ingerencje dokonywane w wypowiedzi będącej opinią, Trybunał sprawdza zawsze, czy obok istnienia dostatecznej podstawy faktycznej użyte słowa nie stanowiły nieuzasadnionej obrazy lub przejawu osobistej niechęci. Taką perspektywę Trybunał przyjmie jednak tylko podczas kontroli ograniczenia wypowiedzi dotyczącej zagadnienia mającego publiczne znaczenie. Jeżeli ta ostatnia przesłanka nie została spełniona, strasburscy sędziowie będą co do zasady gotowi zaakceptować krajową ingerencję. Jedyną okolicznością, która może prowadzić do zakwestionowania ingerencji będzie nieproporcjonalność sankcji, ale w tej kwestii Trybunał co do zasady przyznaje państwu szeroki margines swobody ocen.

### Mowa nienawiści jako obraźliwa wypowiedź

Bardzo często mowa nienawiści nie będzie ani twierdzeniem, ani opinią, lecz przede wszystkim obraźliwą wypowiedzią. W tym kontekście należy zauważyć, że Trybunał przyjmował, a kluczowy jest tu wyrok *Oberschlick przeciwko Austrii* (nr 2), że także takie słowo jak „idiota” może stać się dozwolonym elementem debaty w sprawach mających publiczne znaczenie<sup>45</sup>. Będzie tak, jeśli „mocne słowo” nie stanowi niepotrzebnego osobistego ataku, lecz polemiczną, a więc krytyczną wypowiedź, dla której autor przedstawia „obiektywnie zrozumiałe wyjaśnienie”. W sprawie *Oberschlick* (nr 2) użyte słowo stanowiło reakcję na prowokacyjną wypowiedź polityka. Trybunał nie przyjął, że krytyka oraz obelga mają odmienny status i w debacie dotyczącej spraw o ogólnym znaczeniu, jeśli ma być ona merytoryczna

<sup>45</sup> Wyrok z 1 lipca 1997 r., skarga nr 20834/92, RJD 1997-IV, par. 33. W innych sprawach Trybunał akceptował jako element debaty takie określenia jak „polityczny inwalida” i „ograniczony umysł” (*Pakdemirli przeciwko Turcji*, wyrok z 22 lutego 2005 r., skarga nr 35839/97) czy bufon, prostak i groteskowy (*Lopes Gomes da Silva przeciwko Portugalii*, wyrok z 28 września 2000 r., skarga nr 37698/97, ECHR 2000-X).

i zachowywać pewien poziom, nigdy nie ma miejsca dla obelgi<sup>46</sup>. Akceptacja dla „mocnego słownictwa” we wskazanych granicach korespondowała z klasycznymi tezami Trybunału, iż art. 10 zezwala na pewien stopień przesady i prowokacji<sup>47</sup>, użyte słowa muszą być rozpatrywane na tle całej wypowiedzi, jej kontekstu i znaczenia<sup>48</sup>.

Powstaje pytanie, czy perspektywę pochodzącą ze sprawy *Oberschlick (nr 2)* Trybunał byłby gotów zastosować do wypowiedzi dotyczącej zagadnienia o publicznym znaczeniu, gdy „mocnemu słowu”, np. „idiota”, towarzyszy przymiotnik odwołujący się przykładowo do narodowej czy religijnej przynależności krytykowanej osoby. Wydaje się, że w takim przypadku strasburscy sędziowie wskazaliby nie tylko na brak uzasadniania (potrzeby) posłużenia się przymiotnikiem, ale i na możliwe zarówno „dyskryminacyjne intencje”, jak i negatywne oddziaływanie na opinię publiczną. Jednoznacznie uprawniałoby to do ingerencji i jej późniejszej akceptacji przez Trybunał. Zapewne sędziowie dodaliby, że krytykę można było wyrazić w inny sposób, bez „przymiotnikowej stygmatyzacji”.

### Zakwalifikowanie wypowiedzi jako przypadku mowy nienawiści

To do sędziów należy nadanie określonej kwalifikacji wypowiedzi będącej przedmiotem skargi. Zdarzało się, że w tej kwestii orzekające składy radykalnie się różniły. Ilustracją jest sprawa *Féret przeciwko Belgii*, rozstrzygnięta granicznym stosunkiem czterech głosów do trzech<sup>49</sup>.

Skarga została wniesiona przez członka parlamentu i przewodniczącego partii politycznej Front Narodowy ukaranego za wypowiedzi formułowane w czasie kampanii wyborczej. W ulotkach i na plakatach tego ugrupowania politycznego znalazły się określenia takie jak: „Sprzeciwmy się islamizacji Belgii”, „Wstrzymajmy błędną politykę migracyjną”, „Odeślijmy bezrobotnych spoza Europy do domu”.

<sup>46</sup> Stanowisko Trybunału skrytykował w zdaniu odrębnym sędzia Franz Matscher (do którego przyłączył się drugi sędzia – Thór Vilhjálmsson), wskazując na odmiennosc krytyki oraz obelgi. Krytyka przyjmuje formę sądu wartościującego, dla którego może istnieć uzasadnienie (dostateczna podstawa faktyczna). Tylko opinia podlega ochronie konwencji. Z obelgą nigdy tak się nie stanie, bo jest ona aktem emocjonalnej, repulsywnej i degradującej ekspresji. Obelga co najwyżej może znaleźć wybaczenie, jeśli stanowi bezpośrednią reakcję na doznana prowokację albo afront. Dlatego poza taką szczególną sytuacją kontekst obelgi nie ma znaczenia. Zob. także S. Peyrou-Pistouley, *L'extension regrettable de la liberté d'expression à insulte*, „Revue trimestrielle des droits de l'homme” 1998, s. 605–606.

<sup>47</sup> *Prager i Oberschlick przeciwko Austrii*, § 38.

<sup>48</sup> Na przykład *Barfod przeciwko Danii*, wyrok z 22 lutego 1989 r., skarga nr 11508/85, A. 149, § 28; *Colaço Mestre i SIC – Sociedade Independente de Comunicação S.A. v. Portugalia*, wyrok z 26 kwietnia 2007 r., skargi 11182/03 i 11319/03, § 29. Poza tym już w formułach pochodzących ze sprawy *Handyside*, które stały się fundamentem późniejszego orzecznictwa, Trybunał wyraźnie wskazał, że ochronie art. 10 podlega także wypowiedź obraźliwa.

<sup>49</sup> Wyrok z 16 lipca 2009 r., skarga nr 15615/07.

Proponowano zmianę polityki dotyczącej imigrantów, m.in. skoncentrowanie pomocy społecznej na „Belgach oraz Europejczykach”, wykluczenie nabycia obywatelstwa belgijskiego w drodze małżeństwa, reglamentację prawa dostępu do nieruchomości (podobną do istniejącej w Szwajcarii) zapobiegającą powstawaniu imigranckich gett, deportację osób nielegalnie przebywających w Belgii, odejście od polityki łączenia rodzin. Zwracano też uwagę na zagrożenie „islamskim terroryzmem”. Kilka materiałów zawierało satyryczne określenia i rysunki. Na podstawie przepisów zabraniających dyskryminacji polityka skazano na karę 250 godzin prac społecznych w sektorze zajmującym się integracją migrantów (która w przypadku niewykonania podlegała zamianie na 10 miesięcy pozbawienia wolności) oraz pozbawiono na 10 lat biernego prawa wyborczego do parlamentu.

Chociaż kwestionowane wypowiedzi wpisywały się w szczególnie chroniony obszar (mowa polityczna, dodatkowo w okresie wyborczym), Trybunał podkreślił, że doszło do negatywnego przedstawiania społeczności imigranckich jako kryminogennych i drenujących fundusze przeznaczone na opiekę społeczną; dostrzeżono również stygmatyzujący charakter satyrycznych sformułowań i rysunków. Tej drugiej okoliczności przyznano kluczowe znaczenie. Co więcej, Trybunał przyjął, że to właśnie kontekst wyborczy połączony z szerokim rozpowszechnianiem kwestionowanych materiałów działa „obciążająco” dla skarżącego. Dlatego uznano, że nie doszło do naruszenia art. 10.

W dołączonym do wyroku zdaniu odrębnym trzech sędziowie wskazali przyczyny swojej niezgody z konkluzją orzeczenia<sup>50</sup>. Według nich Trybunał pomija ochronę przyznaną tradycyjnie wypowiedzi politycznej, zwłaszcza w okresie tak kluczowym jak wybory. Ponadto – i przede wszystkim – poszerza zakres pojęcia dyskryminacji rasowej, a nawet mowy nienawiści, bo takim określeniem posługuje się większość w wyroku (§ 73), obejmując nim uprzedzenia (*préjugés*) czy też stereotypy religijne, etyczne lub kulturowe. Czyni tak, uznając, że owe uprzedzenia „stanowią zagrożenie dla pokoju społecznego i stabilności politycznej w państwach demokratycznych”.

Belgijski wyrok istotnie redefiniował orzecznicze standardy związane z rdzeniem ochrony wynikającej z art. 10. W takim przypadku izba powinna zrzec się jurysdykcji na rzecz Wielkiej Izby. Nie zrobiła tego. Więcej, po wyroku skarżący złożył wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy przez Wielką Izbę, powołując się na art. 43. Słusznie podniósł, że sprawa ujawnia poważne zagadnienie dotyczące interpretacji lub stosowania Konwencji bądź zagadnienie o ogólnym znaczeniu. Trudno zrozumieć, dlaczego ten wniosek został odrzucony.

<sup>50</sup> Zdanie odrębne Andrésa Sajó, do którego przyłączyli się sędziowie Vladimiro Zagrebelsky i Nona Tsotsoria.

## Analiza całości okoliczności wypowiedzi a „punktowe” koncentrowanie się na słowach uznanych za mowę nienawiści

Trybunał przyjmował, że zakwestionowane na poziomie krajowych decyzji sformułowania trzeba rozważać na tle całej wypowiedzi, jej kontekstu i znaczenia. Prowadziło to m.in. uznania, że postrzegana w taki właśnie sposób inwektywa może się jednak okazać podlegającą ochronie formą wypowiedzi. Ale zdarzało, że w sprawach kwalifikowanych jako mowa nienawiści pomijano szersze tło i kontekst posłużenia się danym słowem czy sformułowaniem, analizując je samodzielnie. Tak stało się w sprawie *Stomakhin przeciwko Rosji*<sup>51</sup>, gdzie część określeń użytych przez skarżącego w artykułach dotyczących stosunku Rosji do Czeczenów została uznana za wezwane do przemocy i pochwałę terroryzmu, a jednocześnie za stygmatyzującą drugą stronę konfliktu i przedstawiającą ją jako absolutne zło („walka narodowo-wyzwoleńcza narodu czeczeńskiego przeciwko kolonialnej ekspansji Rosji” o „niepodległą Iczkerię”, „przerażająca, czarna, hałaśliwa otchłań, [której] imię ... to Rosja”, „niezmierzone łajdactwo i perfidia Rosji”, „przeklęta imperialna Rosja”, „krwawa Ruś”, „rosyjska agresja”, „okrucieństwa” i „ludobójstwo narodu czeczeńskiego”). Taki sposób analizy poddała słusznie krytyce w zdaniu odrębnym sędzieja Helen Keller<sup>52</sup>.

### Konfrontacja prawa do życia prywatnego (art. 8) i swobody wypowiedzi (art. 10)

W najnowszym orzecznictwie Trybunał dopatrywał się naruszenia art. 8 Konwencji jako chroniącego tożsamość oraz integralność jednostki. Tak stało się w sprawie wniesionej przez Romów – *Budinova i Chaprazov przeciwko Bułgarii*<sup>53</sup>. W tle skargi znalazły się liczne wypowiedzi Wolena Siderowa, lidera nacjonalistycznej partii Ataka. Część wypowiedzi nawiązywała do ataków, nawet kończących się śmiercią, dokonanych przez członków romskiej wspólnoty. Siderow twierdził, że ilustrują one dokonujące się od kilku lat „ludobójstwo bułgarskiej ludności i terror ze strony Romów, znany w każdym miejscu, gdzie oni zamieszkują. Władze nie chcą ścigać sprawców”. Inne wypowiedzi wskazywały na utrzymywanie się Romów z przestępczej działalności oraz drenowanie krajowego systemu opieki społecznej przez niepracujących Romów. Bułgarskie sądy uznały, że chociaż użyte słowa ujawniały negatywny stosunek do romskiej wspólnoty, to nie można ich zakwalifikować

<sup>51</sup> Wyrok z 9 maja 2018 r., skarga nr 52273/07.

<sup>52</sup> Inna sprawa z analogiczną selektywnością dokonaną przez ETPC to *Atamanchuk przeciwko Rosji*, wyrok z 11 lutego 2020, r., skarga nr 4493/11. Poddał to krytyce w zdaniu odrębnym sędzieja Georgios A. Serghides.

<sup>53</sup> Wyrok z 16 lutego 2021 r., skarga nr 12567/13.

jako akt niepokojenia albo wezwanie do dyskryminacji; polityk korzystał z przyługującej mu swobody wypowiedzi.

Trybunał nie rozstrzygnął, czy kwestionowane sformułowania należy zakwalifikować jako akt niepokojenia albo wezwanie do dyskryminacji zabroniony przez prawo, gdyż jest to zadanie sądów krajowych. Wskazano jedynie, że te ostatnie nie dokonały wymaganej analizy. Chociaż bułgarscy sędziowie dostrzegli agresywność słów użytych przez polityka, to nie rozważyli, czy i jak mogły one stygmatyzować Romów. Poprzestali na konkluzji, iż kwestionowane wypowiedzi stanowiły uprawniony element debaty o ważnej sprawie publicznej, czyli stosunkach różnych wspólnot zamieszkujących Bułgarię oraz zjawisku przestępczości. Tym samym nie doszło do rozważenia, jak znaleźć adekwatną równowagę między swobodą wypowiedzi oraz interesami skarżących.

Analogicznej, krytycznej oceny Trybunał dokonał w kilku innych sprawach, gdy właściwe władze krajowe nie podjęły postępowań lub zakończyły się one niekorzystnie dla skarżących:

- a) *Behar i Gutman przeciwko Bułgarii* (kilka wypowiedzi Wolena Siderowa, tym razem odnoszących się do Żydów – mieli oni dokonywać zniewolenia i wyzysku, a nawet ludobójstwa chrześcijan, m.in. poprzez banki, służyli nie Bogu, lecz mamonie, religia żydowska jest rasistowska i ksenofobiczna)<sup>54</sup>;
- b) *Kaboğlu i Oran przeciwko Turcji* (o naukowcach i autorach raportu na temat sytuacji mniejszości w Turcji napisano, że działają na zlecenie „oczywistych zdrajców” i ostrzegano, by nie igrali z ogniem, bo nie „będą mieli miejsca gdzie oddychać”)<sup>55</sup>;
- c) *Beizaras i Levickas przeciwko Litwie* (wulgarnie określenia i groźby po opublikowaniu na Facebooku zdjęcia pocałunku skarżących – mężczyzn, pozostających w homoseksualnym związku)<sup>56</sup>.

## Zakończenie

Klasyczne zasady dotyczące swobody wypowiedzi (art. 10), zwłaszcza obejmujące obszar debaty politycznej i w sprawach mających ogólne znaczenie, były konfrontowane ze zjawiskiem mowy nienawiści. Podkreślano jednak, że eliminowanie mowy nienawiści nie może się dokonywać kosztem wolności słowa. Sankcje są

<sup>54</sup> Wyrok z 16 lutego 2021 r., skarga nr 29335/13.

<sup>55</sup> Wyrok z 30 października 2018 r., skargi nr 1759/08, 50766/10 i 50782/10.

<sup>56</sup> Wyrok z 14 stycznia 2020 r., skarga nr 41288/15. W wyroku stwierdzono także naruszenie art. 13 Konwencji, nakazującego zapewnienie skutecznego środka odwoławczego.

dopuszczalne tylko w przypadku jednoznacznego nadużycia swobody wypowiedzi. Nawet jednak i wtedy muszą być proporcjonalne. Taka „prowolnościowa perspektywa” znalazła wyraz w rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy R(97)20 z 30 października 1997 r. Nie ulegało przy tym wątpliwości, że dziennikarze mogą przywoływać w swoich materiałach „nienawistne wypowiedzi” innych osób, jeśli przedstawiają w ten sposób obraz pewnego rzeczywistego zjawiska, którego nie wspierają.

Wśród sędziów Trybunału byli jednak i tacy, którzy akcentowali konieczność walki z mową nienawiści, a co najmniej akceptowali środki (sankcje) podejmowane przez odpowiednie władze krajowe. Tak było również w kluczowym wyroku *Jersild przeciwko Danii* z 1994 r. Wskazywano na potrzebę obrony godności oraz integralności jednostki. Ta druga perspektywa, pozostająca długo mniejszościową, nabiera znaczenia w najnowszym orzecznictwie Trybunału. Znajduje też wsparcie w Rekomendacji Rec (2022)16 z 20 maja 2022 r. w sprawie zwalczania mowy nienawiści. Dokument wskazuje na niezbedność konfrontowania i równoważenia wolności gwarantowanej w art. 10 z ochroną tożsamości oraz integralności jednostki (stanowiącymi element art. 8) i zwalczaniem dyskryminacji (art. 14).

Nowość rekomendacji z 2022 r. powoduje, że trudno przewidzieć, jak mocno może ona oddziaływać na orzecznictwo Trybunału i modyfikować wcześniejsze standardy orzecznicze. Do tej pory rekomendację Trybunał przywołał tylko raz – stało się to w sprawie *Sanchez przeciwko Francji*<sup>57</sup>. Skarga dotyczyła ukarania polityka za nieusunięcie ze swojej strony na Facebooku islamofobicznych wpisów dokonanych przez inne osoby. Zaakceptowanie ingerencji przez Trybunał przy tylko jednym zdaniu odrębnym do wyroku izby i czterech w przypadku Wielkiej Izby ujawnia gotowość ETPC do wyrażenia zgody na sankcje karne za brak aktywności jednostki po wypowiedziach innych osób, wymaganej przez prawo krajowe. Oczywiście wskazany wyrok był następstwem ukarania jednostki wskutek specyficznie ukształtowanego francuskiego ustawodawstwa. Mogło tu też oddziaływać wejście w życie Protokołu nr 15 do Konwencji (1 sierpnia 2021 r.), który wprowadzał do preambuły Konwencji dwie propaństwowe zasady – subsydiarności i krajowego marginesu ocen. Zaakceptowania sankcji nie należy więc ekstrapolować na ewentualne tezy formułowane w odniesieniu do pozytywnych obowiązków istniejących w ramach art. 8 i 14 Konwencji.

Uważam jednak, że pewna zmiana dokonująca się w orzecznictwie Trybunału jeszcze przez przyjęciem rekomendacji z 2022 r. uprawnia do podejrzenia, że – ujmując myśl nieco obrazowo – może dojść do kruszenia fundamentów dotychczasowego strasburskiego standardu dotyczącego swobody wypowiedzi. Kiedyś nazwałem

<sup>57</sup> Wyrok izby z 2 września 2021 r., wyrok Wielkiej Izby z 15 maja 2023 r., skarga nr 45581/15.

tę zmianę – w szerszym kontekście zwalczania dezinformacji – przejściem od paradygmatu wolnościowego ku paternalistycznemu<sup>58</sup>. Jestem sobie w stanie wyobrazić, że dzisiejszy Trybunał orzekłby już inaczej w sprawie *Perinçek przeciwko Szwajcarii*, przyjmując jako własne stanowisko mniejszości. Więcej, być może zaakceptowałby i pogląd mniejszości ze sprawy *Jersild przeciwko Danii*. Nie będę ukrywał, że taka potencjalna zmiana mnie nie cieszy. Już teraz kategoria mowy nienawiści pełni funkcję klasyfikacyjną czy też identyfikacyjną – służy do nazwania (określenia) danej wypowiedzi z olbrzymimi konsekwencjami dla orzeczenia Trybunału.

## Bibliografia

- Benoît-Rohmer F., Klebes H., *Prawo Rady Europy. W stronę ogólnoeuropejskiej przestrzeni prawnej*, Warszawa 2006.
- Cohen-Jonathan G., *Discrimination raciale et liberté d'expression*, "Revue universelle des droits de l'homme" 1995, 7(1–3).
- Cohen-Jonathan G., *Négationnisme et les droits de l'homme. Droit européen et international (la sentence du Comité des droits de l'homme – Faurisson c. France)*, "Revue trimestrielle des droits de l'homme" 1997.
- Decaux E., *La Convention européenne des droits de l'homme dans la nouvelle architecture de l'Europe*, [w:] *Actes du 8me colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg 1995.
- de Gouttes R., *A propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre racisme*, [w:] *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles 1999.
- Foighel I., *Reflections of a Former Judge of the European Court of Human Rights*, [w:] *Human Rights in Turmoil Facing Threats, Consolidating Achievements*, red. S. Lagoutte, H.-O. Sano, P. Smith, Leiden 2006. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004154322.i-299.91>
- Haarscher G., *Le blasphémateur et le raciste*, "Revue trimestrielle des droits de l'homme" 1995.
- Izdebski H., *Rada Europy. Organizacja demokratycznych państw Europy i jej znaczenie dla Polski*, Warszawa 1996.
- Kaczmarek J., *Rada Europy*, Łódź 2002.
- Kamiński I.C., *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010.
- Kamiński I.C., *System integracji w ramach Rady Europy*, [w:] M. Perkowski (red.), *Integracja europejska*, Warszawa 2002.
- Klepacki Z.M., *Rada Europy 1949–1991*, Białystok 1991.

<sup>58</sup> I.C. Kamiński, *Falszywe wiadomości oraz dezinformacja (fake news) a Europejska Konwencja Praw Człowieka*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2023, 11, s. 104–105.

- Nußberger A., *The European Convention on Human Rights: A Constitution for Europe?*, [w:] *Europe and Asia as a Legal Area for Fundamental Rights*, red. M. Deguchi, K. Yakushiji, Singapore 2023. [https://doi.org/10.1007/978-981-19-7542-4\\_10](https://doi.org/10.1007/978-981-19-7542-4_10)
- Peyrou-Pistouley S., *L'extension regrettable de la liberté d'expression à insulte*, "Revue trimestrielle des droits de l'homme" 1998.
- Rigaux F., *La liberté d'expression et ses limites*, "Revue trimestrielle des droits de l'homme" 1995.
- Marcus-Helmons S., *Commentaires sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme* (w:) *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles 1999.
- Sweet A.S., *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, [w:] *A Europe of Rights*, red. H. Keller, A.S. Sweet, Oxford 2008.