

Bartłomiej Kozłowski

Znieść zakazy „mowy nienawiści”! (a w USA „obsceniczności”)

No i wygląda na to, że ksiądz – obecnie suspendowany (1) – Jacek Międlar „beknie” za swoje przemówienie wygłoszone podczas VII wrocławskiego marszu patriotów 11 listopada 2016 r. Prokuratura oskarżyła go o popełnienie przestępstwa z art. 256 § 1 kodeksu karnego, zgodnie z którym *„Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, rasowych, etnicznych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”*.

Jak czytamy w komunikacie Prokuratury Okręgowej we Wrocławiu, Jacek Międlar podczas wspomnianego marszu *„wygłaszał (...) przemówienie, w trakcie którego, pod pozorem krzewienia postaw patriotycznych, publicznie nawoływał do nienawiści na tle różnic wyznaniowych i narodowościowych wobec osób narodowości żydowskiej i ukraińskiej. Używał on określeń mających na celu wzbudzenie u uczestników zgromadzenia uczucia pogardy, silnej niechęci, złości, braku akceptacji i wrogości do tych osób, imputując im wrogość wobec narodowości polskiej i przestępne zamiary oraz zagrzewając uczestników zgromadzenia do walki przeciwko tym osobom”*.

Owe mające wzbudzić u uczestników zgromadzenia uczucia pogardy, silnej niechęci, złości, braku akceptacji i wrogości wobec osób narodowości żydowskiej i ukraińskiej określenia to m.in. stwierdzenie *„Musimy być silni duchem, ciałem, mentalnością i wiedzą, bo tylko tak będziemy w stanie wygrać z lewactwem, żydostwem i z komunizmem, który wciąż panoszy się po naszej ojczyźnie. Tylko tak wygramy walkę dobra ze złem!”* i zdanie o zalewaniu Wrocławia i Polski przez „banderowców” (choć Jacek Międlar stwierdził też, że *„nie jesteśmy źle nastawieni do pokojowo nastawionych Ukraińców”*) i wezwanie do spalenia flagi banderowskiej (z całością przemówienia Jacka Międlara można zapoznać się tu: <https://www.youtube.com/watch?v=8xaIAeHQQMI>).

Nie ma dla mnie żadnej wątpliwości, że przemówienie, które wygłosił ks. (?) Jacek Międlar było absolutnie skandaliczne – pełne nienawiści, nie tylko zresztą wobec Żydów i Ukraińców, ale po prostu wobec ludzi inaczej myślących, nie mające nic wspólnego z chrześcijaństwem, z nakazem miłości Boga i bliźniego. Była to mowa godna jakiegoś neonazysty – z pewnością nie księdza.

Jak już wspomniałem, prokuratura z powodu wspomnianego przemówienia oskarżyła Jacka Międlara o publiczne nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych i wyznaniowych. Na temat tego, czy oskarżenie to – z punktu widzenia obowiązującego prawa, którego częścią jest m.in. artykuł 256 k.k. - jest zasadne nie będę się wypowiadał – jasne, że jest to kwestia ocenna.

Chciałbym natomiast zauważyć jedno. Jacek Międlar za swoje skrajnie nacjonalistyczne i nienawistne wystąpienie z 11.11. 2016 r. najprawdopodobniej stanie przed sądem. Natomiast postępowanie w sprawie nie mniej nienawistnego przemówienia, jakie jeszcze w 2015 r. wygłosiła szefowa dolnośląskiej brygady ONR Justyna Helcyk zostało ostatecznie umorzone.

Justyna Helcyk krzyczała wówczas, że „Oni (muzułmanie) uważają, że białe kobiety niemuzułmańskie trzeba gwałcić! Biała Europa zmierza ku upadkowi. Rządzą nami żydowscy imperialiści, a przybysze wyrzną nas wszystkich w pień”. [Piotr Rybak](#), za spalenie kukły Żyda został z kolei skazany na 10 miesięcy bezwzględnego więzienia, obniżone przez sąd okręgowy do 3 miesięcy. Wojciech Cejrowski na antenie „Radia Koszalin” stwierdził, że wszyscy Ukraińcy to gwałciciele i bandyci – zapewnił przy tym, że tyczy się to absolutnie wszystkich Ukraińców. Prokuratura uznała, że jego wypowiedź nie stanowiła przestępstwa z art. 257 kodeksu karnego, zgodnie z którym ten, kto „publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególną osobę z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. W Białymstoku natomiast za „nawoływanie do nienawiści” zostało uznane wznoszenie okrzyków „nie przepraszam za Jedwabne” – w sądzie rejonowym zapadł za to wyrok skazujący osoby wnoszące takie okrzyki na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem, który został utrzymany w mocy przez sąd okręgowy.

Podobne przykłady można pewnie byłoby mnożyć, ale już z tych, które tu zostały wymienione jasno wynika jedno: decyzje organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości w kwestii tego, czy jakaś wypowiedź zostanie uznana za przestępstwo określone w art. 256 czy też 257 kodeksu karnego, czyli mówiąc bardziej ogólnie przestępstwo „mowy nienawiści” są praktycznie rzecz biorąc nieprzewidywalne. Czasami w oczywisty zdawałoby się sposób nienawistna bądź obraźliwa wypowiedź (stwierdzenie Wojciecha Cejrowskiego, że wszyscy Ukraińcy to gwałciciele i bandyci to chyba klasyczny przykład znieważenia grupy ludności z powodu jej przynależności narodowej) nie zostaje uznana za czyn karalny. Czasami, jak pokazuje przykład z okrzykami „nie przepraszam za Jedwabne!” wypowiedź nie zawierająca żadnych jawnie nienawistnych sformułowań, a co najwyżej impertynencka zostaje uznana za przestępstwo.

Dlaczego tak się dzieje? Niektórzy winią pewnie za to wyłącznie prokuraturę i (w mniejszym chyba stopniu) sądy. Prokuratorzy i sędziowie nie są tu z pewnością całkiem niewinni – niektóre ich decyzje mogą mieć u swego podłoża motywację głównie polityczną (np. żeby nie drażnić środowisk popierających obecną władzę) co z pewnością nie powinno mieć miejsca. Ale winne są tu też – i moim zdaniem przede wszystkim – wspomniane tu przepisy kodeksu karnego. Po prostu „nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość” i „znieważenie grupy ludności albo poszczególną osobę z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości” (i w ogóle „znieważenie”) to bardzo nieprecyzyjne i podatne na subiektywne interpretacje pojęcia.

Jeśli idzie o „nawoływanie do nienawiści” zachodzi w pierwszym rzędzie pytanie: nawoływanie do nienawiści, to znaczy dokładnie do czego? Co jest (chyba) jasne to to, że chodzi tu o „nawoływanie” do pewnych emocji – nie, a w każdym razie niekoniecznie – do czynów. Lecz jaka emocja jest nienawiścią, za nawoływanie do której można zgodnie z art. 256 § 1 k.k. trafić nawet na 2 lata do więzienia, a jaka jeszcze nią nie jest? Nienawiść to – zgodzimy się pewnie co do tego – emocja skrajna. To – biorąc chyba najbliższy możliwy przykład – intensywna, namiętna wrogość. Z pewnością jest to emocja silniejsza od –

powiedzmy – niechęci, czy uprzedzenia. Lecz gdzie jest granica między emocjami, do których zgodnie z art. 256 § 1 k.k. „nawoływać” jeszcze wolno, a takimi, za nawoływanie do których grozi proces i wyrok? Jak w ogóle można z wymaganą – teoretycznie przynajmniej – w procesie karnym pewnością stwierdzić, jaką dokładnie emocję chciał u swoich słuchaczy, widzów bądź czytelników wywołać autor konkretnej wypowiedzi czy publikacji i orzec, że emocja ta to „nienawiść na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych, albo ze względu na bezwyznaniowość”? Da się coś takiego stwierdzić bez naruszania fundamentalnej zasady prawa karnego „in dubio, pro reo”?

Podobnie, jak z „nawoływaniem do nienawiści” jest ze „znieważaniem”. Odnosnie tego, co jest, a co jeszcze nie jest znieważaniem nie są zgodni między sobą uczeni prawnicy i profesorowie prawa. Jak w jednym ze swych wyroków stwierdził Trybunał Konstytucyjny „w literaturze przedmiotu nie ma ani pełnej zgody, ani jednoznaczności co do tego, jak rozumieć pojęcie zniewagi”. Z ciekawszych „kwiatków” na temat tego, co bywało uznawane – i z drugiej strony – co bywało nie uznane za zniewagę wspomnieć można wyroki przedwojennego Sądu Najwyższego, który orzekł, że zniewagą jest nazwanie Polaka Żydem – i stwierdził też (choć nie w tym samym wyroku) że nazwanie Żyda „przechrzta” nie stanowi obrazy czci.

Nieprecyzyjność pojęć zawartych w artykułach 256 i 257 kodeksu karnego sama w sobie jest powodem, dla którego można byłoby się zastanowić nad obecnością tych przepisów (choć oczywiście nie tylko tych – tak samo tyczy się to przestępstw np. obrazy uczuć religijnych, publicznego znieważania prezydenta, czy publicznego znieważenia lub poniżenia konstytucyjnego organu RP) w systemie prawnym. Czy można byłoby jakoś bronić tych przepisów mimo tej ich ułomności? Odnosnie tego pytania, zgadzam się oczywiście co do tego, że intencje stojące za zawartymi w tych przepisach zakazami są dobre. Wiemy chyba dobrze, do jakich nieszczęść potrafi prowadzić „nienawiść na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość” – wydawać się może w związku z tym rzeczą rozsądną powstrzymanie – również przy użyciu zakazów prawnych – owej nienawiści, zanim przyniesie ona tragiczne skutki. Niestety jednak, niewiele wskazuje na to, by zakazy „mowy nienawiści” powstrzymywały faktyczną nienawiść i wynikającą z niej niekiedy dyskryminację i przede wszystkim przemoc. Zauważmy taką rzecz: w Stanach Zjednoczonych nie ma zakazów „mowy nienawiści” – są one uznawane za niezgodne z Pierwszą Poprawką do Konstytucji (karalne może być dopiero nawoływanie do popełnienia przestępstwa, o ile chodziłoby o popełnienie go w sposób praktycznie natychmiastowy i faktyczne popełnienie go pod wpływem nawoływania byłoby wysoce prawdopodobne). Lecz z danych statystycznych przedstawianych przez FBI wynika jednoznacznie, że w latach 1996 – 2014 – a były to lata coraz większej dostępności Internetu i co za tym idzie, coraz większego zapewne dostępu do szerzonej w nim „mowy nienawiści” – liczba „hate crimes” zmniejszyła się w USA o kilkadziesiąt procent. Kraje europejskie zakazują nawoływania (czy podżegania) do nienawiści wobec grup rasowych, narodowościowych, etnicznych, wyznaniowych i coraz częściej także innych – np. mniejszości seksualnych - a także znieważania takich grup, czy grożenia takim grupom. W porównywalnym okresie czasu liczba przestępstw z nienawiści w tych krajach najczęściej wzrosła. Dający się zauważyć wzrost liczby przestępstw z nienawiści, jaki w ostatnich latach

zaobserwowano w tolerancyjnych wobec „mowy nienawiści” USA jest znacząco mniejszy, niż wzrost liczby takich przestępstw w zakazujących „hate speech” krajach europejskich, w tym także niestety w Polsce (pisałem o tym w swoich artykułach „[W sprawie Piotra Rybaka](#)” i „[Pyrrusowe zwycięstwo zakazów „mowy nienawiści”](#)”). (2) Żaden demokratyczny kraj świata nie ma bardziej zaciekle egzekwowanych zakazów „mowy nienawiści” jeśli chodzi o wypowiedzi o charakterze antysemitycznym, niż Niemcy, jednak, jak w swej książce „Hate speech and democratic citizenship” zauważa Eric Heinze, żaden inny demokratyczny kraj nie był świadkiem równie potężnych demonstracji antysemityzmu podczas konfliktu w strefie Gazy w 2014 r. jak właśnie nasz zachodni sąsiad.

Nader wątpliwe są uzasadnienia zakazów „mowy nienawiści”. Jak można w ogóle uzasadniać wspomniane tu zakazy „nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość” czy „znieważania grupy ludności z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości”? Otóż, uzasadnienia w gruncie rzeczy są dwa. Jedno jest takie, że „mowa nienawiści” prowadzi do dyskryminacji i przede wszystkim przemocy wobec osób należących do grup, przeciwko którym „mowa” taka jest skierowana, drugie jest takie, że wyrządza ona krzywdę psychiczną członkom takich grup i narusza ich ludzką godność. Czy jednak argumenty, że mowa nienawiści przyczynia się do przemocy i krzywdzi moralnie i psychicznie ludzi, do których się odnosi mogą w sposób przekonujący uzasadnić jej prawny zakaz? Odnośnie tego – jest niewątpliwie prawdą, że ludzie owładnięci nienawiścią wobec takich czy innych grup narodowościowych, rasowych, wyznaniowych (choć oczywiście nie tylko tych – dotyczy się to także np. mniejszości seksualnych) dopuszczają się czasem przestępstw przeciwko członkom takich grup – pobić, dewastowania należącego do nich mienia, czy nawet zabójstw. Przestępstwa z nienawiści są niewątpliwym faktem i przestępstw takich na zdrowy rozum nie dopuszczają się ci, którzy w stosunku do takich czy innych grup narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych itd. nie mają żadnych uprzedzeń. Rasistowskie, ksenofobiczne czy antysemityczne przekonania mogą czasem owocować przestępczymi i krzywdzącymi inne osoby czynami. Ale czy tylko takie przekonania mogą mieć szkodliwe, czy niekiedy nawet tragiczne wręcz skutki? Popatrzmy się na to tak: ludzie przekonani do poglądu, że aborcja jest czymś zbrodniczym podpalają czasem kliniki aborcyjne i mordują lekarzy wykonujących zabiegi przerwania ciąży, zaś ludzie przekonani do opinii o zgubności manipulacji genetycznych i bio czy nanotechnologii podpalają czasem laboratoria prowadzące eksperymenty genetyczne i badania w dziedzinie bio lub nanotechnologii lub nawet – jak członkowie działającej w Meksyku grupy „Individualidades Tendiendo a lo Salvaje” („Osobnicy z tendencją do dzikości”) - mordują naukowców zajmujących się wspomnianymi dziedzinami wiedzy. Ludzie przejęci niebezpieczeństwem globalnego ocieplenia podpalają czasem obwiniane o potęgowanie efektu cieplarnianego samochody typu SUV i byli też tacy, którzy ze strachu przede globalnym ociepleniem zamordowali swoje dziecko, usiłowali zamordować drugie i popełnili samobójstwo. Ludzie poruszeni opisami cierpień zwierząt w rzeźniach, laboratoriach badawczych czy fermach zwierząt futerkowych i przekonani do opinii, że to co dzieje się w takich miejscach jest złem porównywalnym do niewolnictwa i holocaustu podpalają czasem rzeźnie, fermy zwierząt futerkowych i laboratoria badawcze.

Ludzie przekonani do opinii, że gremia takie jak MFW, WTO, czy Bank Światowy są odpowiedzialne za bezrobocie, wyzysk, nędzę i niszczenie środowiska w krajach (głównie) III Świata podczas zjazdów tych ciał wszczynali rozruchy, po których miasta będące miejscem takich zjazdów wyglądały jak po bitwie. Osoby pod wpływem takich czy innych publikacji przejęte stanem naturalnego środowiska, przekonane o jego delikatności i śmiertelnym wręcz zagrożeniu ze strony ludzi, przekonane o równej wartości i prawie do życia wszelkich istot posuwają się niekiedy do działań określanых mianem ekoterroryzmu. Jak widać, nie tylko poglądy o charakterze rasistowskim, ksenofobicznym, czy antysemitycznym mogą prowadzić do przemocy. Może prowadzić do tego wiele innych poglądów – takich choćby, jak wspomniane tu poglądy „obrońców życia poczętego”, obrońców praw zwierząt, przeciwników eksperymentów genetycznych i bio czy nanotechnologii, antyglobalistów, obrońców środowiska i koncepcji biocentryzmu... lecz nie słyszałem jeszcze o propozycji zakazania głoszenia takich poglądów z tego powodu, że dostarczają one niektórym swoim wyznawcom motywacji do stosowania przemocy.

I zadajmy też inne pytanie: czy tylko te wypowiedzi, które mogą – z jakimś prawdopodobieństwem – zostać zakwalifikowane jako przestępstwa „mowy nienawiści” mogą prowadzić do faktycznej nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych czy wyznaniowych? Nie mogą prowadzić do tego wypowiedzi, których nie da się tak (raczej, w każdym razie) zakwalifikować? Nie mogą do nienawiści wobec np. muzułmanów prowadzić informacje o zamachach dokonywanych przez islamskich fanatyków, o takich zdarzeniach, jak masowe przypadki molestowania seksualnego kobiet w noc sylwestrową 2015/2016 w Kolonii, którego sprawcami w wielu przypadkach byli muzułmańscy uchodźcy ubiegający się o azyl, o masowym napływie muzułmańskich imigrantów do Europy, o grożącej jakoby naszemu kontynentowi (a zwłaszcza Polsce...) islamizacji – przykłady takich niezakazanych prawnie, a mogących przyczynić się do uprzedzeń, niechęci a nawet nienawiści wobec np. uchodźców i muzułmanów wypowiedzi można byłoby mnożyć. Mogę sobie wyobrazić, że za przestępstwo „mowy nienawiści” mogłaby zostać uznana np. wypowiedź stwierdzająca, że wszyscy uchodźcy są terrorystami. Tyle tylko, że taka wypowiedź jest w oczywisty sposób absurdalna, dla każdego mającego zdrowy rozum człowieka niezgodna z prawdą. Ale wypowiedź stwierdzająca, że wśród uchodźców mogą być terroryści – albo nawet, że z pewnością znajdą się wśród nich terroryści – tyle tylko, że nie wiadomo, którzy z nich się nimi okażą – (i jest to powód do tego, by żadnych uchodźców nie przyjmować) absurdalna już niestety nie jest. Taka wypowiedź z racji choćby tego, że ma ona w sobie jakieś racjonalne, wiarygodne jądro, może przyczynić się do kształtowania klimatu niechęci, czy nawet nienawiści wobec uchodźców. Uważa, ktoś jednak, że tego rodzaju wypowiedzi powinny być traktowane jako przestępstwo? Jeśli tak miałyby być, to bardzo wielu ludzi, w tym zwłaszcza polityków, powinno zasiąść na ławie oskarżonych. Oczywiście, nie wykluczam tego, że mogliby się znaleźć jacyś ludzie uważający, że należy zakazać również takich wypowiedzi. Możliwe, że za zakazami wypowiedzenia takich stwierdzeń opowiedzieliby się np. działacze Otwartej Rzeczypospolitej, którzy w 2011 r. proponowali, by art. 256 § 1 k.k. zakazywał nie, jak obecnie, publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa lub nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze

względu na bezwyznaniowość, ale „publicznego rozpowszechniania informacji, które mogą doprowadzić do propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, albo szerzenia nienawiści lub pogardy na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną”. Z pewnością informacje mówiące o tym, że wśród uchodźców mogą znaleźć się terroryści są takimi, które mogą doprowadzić do szerzenia nienawiści lub pogardy na tle różnic narodowościowych, rasowych czy wyznaniowych - tyle tylko, że takimi informacjami są prawdopodobnie jakiegokolwiek informacje na temat uchodźców – wskazywać może na to taki np. fakt, że pod bynajmniej nie nienawistnymi, czy celowo szerzącymi uprzedzenia tekstami na temat uchodźców na stronie internetowej „Gazety Wyborczej” ukazywała się taka ilość nienawistnych komentarzy, że redakcja internetowego wydania „Gazety” postanowiła wyłączyć możliwość ich komentowania. W każdym razie, by móc karnie ścigać za wypowiedzi takie jak wspomniana powyżej, trzeba byłoby stworzyć przepis o wiele szerszy od obecnych art. 256 i 257 k.k. Nikt tego jednak (i chwała Bogu) nie proponuje, a „Otwarta Rzeczpospolita” zdaje się, że po cichu wycofała się z lansowania wspomnianego tu pomysłu.

Argument, że „mowa nienawiści” może przyczyniać się do przemocy jest więc bardzo kiepskim argumentem za jej prawnym zakazem – wiele wypowiedzi może pośrednio prowadzić do złych rzeczy, jednak mało kto chce z tego powodu takich wypowiedzi zabronić i z pewnością nikt nie chce zakazać ich wszystkich. Czy lepszym argumentem na rzecz zakazu „mowy nienawiści” jest argument, że wyrządza ona członkom grup., których się tyczy, krzywdę psychiczną i narusza ich ludzką godność?

Niektórzy zwolennicy zakazów „mowy nienawiści” są zdania, że „hate speech” powinna być zakazana z takich właśnie powodów. Takiego zdania była np. amerykańska zwolenniczka zakazów „mowy nienawiści” prof. Mari Matsuda, która w swym opublikowanym w 1989 r. artykule pisała, że „ofiary występnej, nienawistnej propagandy doświadczały fizjologicznych objawów i psychicznego cierpienia rozciągających się od przenikającego wnętrza strachu, poprzez przyspieszenie akcji serca i trudności w oddychaniu, po koszmary senne, zespół stresu pourazowego, nadciśnienie tętnicze, psychozy i samobójstwa”. Z prezentowanym przez Matsudę argumentem na rzecz zakazu „hate speech” jest jednak taki choćby problem, że wśród przytaczanych w jej artykule przykładów wypowiedzi, przy użyciu których uzasadniała ona swoją tezę o wyjątkowo szkodliwym i krzywdzącym charakterze „mowy nienawiści” były przede wszystkim obelgi, kierowane bezpośrednio i w sposób w dodatku uporczywy do członków mniejszości narodowościowych, czy rasowych – nie było wśród nich natomiast wśród nich wypowiedzi zamieszczanych np. w ulotkach, na stronach gazet, czy ustnie wygłaszanych podczas publicznych wieców (ani też oczywiście prezentowanych w Internecie – Internetu takiego, jaki istnieje obecnie w momencie opublikowania wspomnianego artykułu jeszcze nie było) – a więc tych wypowiedzi, odnośnie karania za które można mieć naprawdę poważne obiekcje – i które z drugiej strony, stanowią modelowe przykłady tych wypowiedzi, które można byłoby kwalifikować jako przestępstwa określone w artykułach 256 i 257 polskiego k.k. Oczywiście jest dla mnie, że wolność słowa nie chroni werbalnego dręczenia i prześladowania innych ludzi, gdyż to - w przeciwieństwie do po prostu wygłaszania czy publikowania jakichś obraźliwych czy nienawistnych

stwierzeń na temat innych ludzi, czy całych grup ludzi – narusza ich wolność, gdyż czyni ich przymusowymi odbiorcami wypowiedzi, których ludzie ci nie chcą słuchać. Czy takie efekty nienawistnych wypowiedzi, jak te o których pisała Mari Matsuda występują w przypadku typowo publicznej „mowy nienawiści” – tj. takiej, która jest, owszem, obraźliwa i nienawistna, ale która nie tyczy się jednak konkretnych osób, lecz raczej całych grup i nie jest skierowana do przymusowych słuchaczy? Tego nie wiem, wydaje mi się to mniej prawdopodobne, ale nie wykluczam tego, że można byłoby znaleźć jakieś osoby o szczególnej wrażliwości, które obelgi dotyczące grup, do których osoby te należą mogą boleć równie mocno, jeśli nie bardziej, jak obelgi dotyczące się ich osobiście. Ale tu pojawia się pytanie na ile argument, że jakieś wypowiedzi wyrządzają, czy też mogą wyrządzać innym ludziom krzywdę psychiczną może być przesłanką do ograniczenia wolności słowa? Z pewnością co najmniej porównywalną z tą, jaką może powodować „hate speech” krzywdę psychiczną mogą wyrządzać np. wypowiedzi odnoszące się bez szacunku do takich czy innych obiektów kultu religijnego i wywołujące w związku z tym „obrazę uczuć religijnych”. Zwracam na to uwagę z tego względu, że wielu zwolenników zakazów „mowy nienawiści” wypowiada się przeciwko karalności wypowiedzi bluźnierczych i jest zdania, że przepis o obrazie religijnych (art. 196 k.k.) powinien zostać usunięty z kodeksu karnego. Mogą taką krzywdę wyrządzać wypowiedzi wyszydzające czy po prostu nawet tylko krytykujące jakiegokolwiek – nie tylko religijne – wierzenia, przekonania, idee, itp. Z pewnością krzywdy psychicznej może doznać ktoś, kto pod wpływem jakiejś wypowiedzi zrozumiał, że jakiś pogląd, w który głęboko on wierzył i był do niego psychicznie przywiązany, jest błędny. Taka krzywda może być czasem poważna: przypuszcza się np. że powodem samobójstwa amerykańskiego fizykochemika George’a Price’a (1922 – 1975) był szok wywołany lekturą artykułu brytyjskiego biologa ewolucyjnego W. D. Hamiltona „*The Evolution of Altruistic Behaviour*” – w wyniku której zrozumiał on, że wyznawane przez niego przekonania o naturalnej bezinteresowności ludzi były błędne. Wypowiedzi nie będące z pewnością „mową nienawiści” (ani żadnym innym przestępstwem – np. obrazą uczuć religijnych) mogą więc wywoływać u niektórych ludzi krzywdę psychiczną – w skrajnych przypadkach prowadzącą do czegoś takiego, jak samobójstwo. Proponuje ktoś jednak prawną ochronę przed taką krzywdą? Pojawia się też jeszcze jedno pytanie: jeśli zakazy „mowy nienawiści” mają na celu ochronę ludzkiej godności, to dlaczego chronią one godność jednych ludzi – czy może raczej całych grup ludzi – bardziej, niż godność innych?. Dlaczego chronić przy użyciu prawa karnego godność – powiedzmy – Żydów, Muzułmanów, Niemców, Ukraińców, Łemków, czy Prawosławnych – lecz już nie godność np. rolników, robotników, górników, nauczycieli, żołnierzy, lekarzy, pielęgniarek, bezrobotnych, bezdomnych, przedsiębiorców itd.? (obelgi dotyczące się osób należących do takich grup raz że ścigane są z oskarżenia prywatnego, dwa, że podlegają karze tylko wówczas, gdy tyczą się bezpośrednio konkretnych osób, a trzy, że zagrożone są znacznie niższą karą, niż ta, jaka grozi za publiczne znieważanie grup czy osób z powodu ich przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu ich bezwyznaniowości). Czy ludzka godność jest w jakiś szczególny sposób związana z takimi cechami, jak przynależność narodowa, etniczna, rasowa, wyznaniowa albo bezwyznaniowość? Nie – jest ona czymś, co przysługuje każdemu człowiekowi z tej prostej racji, że jest on człowiekiem i z pewnością nie jest w jakiś szczególny sposób związana z takimi akurat przymiotami ludzi. Czy jest zatem powód do szczególnej ochrony ludzkiej

godności w tych akurat przypadkach, w których godność ta jest naruszana przez wypowiedzi znieważające ludzi z powodu ich przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu ich bezwyznaniowości?

Moim zdaniem takiego powodu nie ma. Nie ma w ogóle dobrych powodów do istnienia zakazów „hate speech”. Nie znaczy to, że powodów takich nie może być nigdy. Jest rzeczą całkiem możliwą, że zakazy takie – a nawet daleko posunięta cenzura – mogą być uzasadnione np. w krajach wysoce niestabilnych, w których niewiele trzeba, by wywołać przemoc na tle narodowościowym, etnicznym, czy religijnym na ogromną skalę. Niewykluczone, że zakazy takie mogą być potrzebne w krajach wychodzących dopiero z totalitaryzmu, takich w których totalitarna ideologia opanowała wcześniej całe życie społeczne – przykładem mogą być np. Niemcy w 1945 r. Tyle tylko, że Polska nie jest Niemcami A.D. 1945 i nie jest też np. Rwandą z 1994 r. - nie są też takimi krajami inne państwa współczesnego Zachodu. Kraje te mogą znieść zakazy „mowy nienawiści” bez ryzyka, że spowoduje to jakies katastrofalne skutki, w rodzaju np. wybuchu masowej przemocy na tle różnic narodowościowych czy religijnych. Jak była już mowa, w Stanach Zjednoczonych „mowa nienawiści” nie jest zakazana, a jednak poziom faktycznej nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych i jakichkolwiek innych nie jest tam wyższy, niż w wielu krajach, w których za „mowę” taką można nawet trafić do więzienia. Uważam w związku z tym, że zakazy „mowy nienawiści” należy znieść. Czy zostaną one kiedyś zniesione? Na pewno nie stanie się to prędko... być może nie stanie się to nigdy... wiem, że jestem dość osamotniony w swoich poglądach na ten temat. Uważam jednak, że warto propagować takie poglądy i dążyć do uchylecia takich zakazów, co powinno być oczywiście częścią szerszego dążenia do uchylecia ograniczeń wolności słowa – takich przykładowo, jak zakazy znieważania Narodu i Państwa, znieważania władz, czy obrażania uczuć religijnych. Bo jakkolwiek rasiści, ksenofobi i antysemita powinni mieć wolność szerzenia swoich chorych poglądów, to wolność ta – jeśli ma mieć wartość jako wolność – może być tylko częścią wolności szerzenia jakichkolwiek poglądów. I tylko wówczas, gdy będzie częścią tej wolności, wolność ta naprawdę będzie coś znaczyć – będzie rzeczywistą wolnością - nie połowiczną co najwyżej wolnością, jaka w Polsce – i uczciwie mówiąc w zdecydowanej większości innych krajach świata – panuje obecnie.

Przypisy:

1. Jacek Międlar był księdzem momencie pisania tego artykułu (lipiec 2017), później wystąpił ze stanu duchownego. Za wspomniane w tym tekście wystąpienie nie „beknął” – sprawa została umorzona przez prokuraturę.
2. Warto zauważyć, że w tolerujących pod względem prawnym „mowę nienawiści” Stanach Zjednoczonych przypadające na określoną ilość mieszkańców liczby „przestępstw z nienawiści” tego rodzaju, co np. fizyczne napaści na osoby, bądź przypadki zniszczenia czyjegoś mienia są wyraźnie mniejsze, niż w takich krajach, jak – przykładowo – Niemcy, Francja, Holandia, Wielka Brytania, Szwecja czy Finlandia, gdzie „hate speech” uznawana jest za przestępstwo. Pisałem o tym – powołując się na

stosowne dane statystyczne – swych tekstach [„Dlaczego zakazy ‘mowy nienawiści’ są bez sensu?”](#), [„Zakazy wypowiedzi: droga \(w najlepszym wypadku\) donikąd”](#) oraz [„Godek i Śmiszek warci siebie”](#). Zwróciłem w nich uwagę m.in. na liczby przestępstw o charakterze antysemitycznym o charakterze bezpośrednich aktów fizycznej przemocy przeciwko osobom w USA, Francji, Wielkiej Brytanii, Niemczech, Szwecji oraz Austrii w latach 2005 – 2018. Jak wynika z mojego wyliczenia, przypadające na milion mieszkańców liczby takich przestępstw mieściły się w poszczególnych krajach w następujących przedziałach: USA 0,20 – 0,35, Francja 0,45 – 2,17, Wielka Brytania 1,09 – 2,26, Niemcy 0,36 – 0,83, Szwecja 0,42 – 2,16, Austria 0,23 – 1,06 (owa liczba 0,23 przypadków antysemitycznej przemocy w przeliczeniu na milion mieszkańców wystąpiła w Austrii w 2015 r.). W kontekście powyższych danych warto też odnotować różnice między liczbą Żydów w ogólnej populacji USA i liczbami Żydów (a więc potencjalnych ofiar motywowanych antysemityzmem przestępstw) w pozostałych wspomnianych tu krajach – i tak, odsetek Żydów wśród ludności USA jest ok. 2,54 razy większy, niż wśród ludności Francji, 3,86 razy większy, niż wśród ludności Wielkiej Brytanii, 11,56 razy więcej, niż wśród ludności Szwecji, 12,14 razy większy, niż wśród ludności Niemiec i 13,07 razy większy, niż wśród ludności Austrii. Na podstawie liczb Żydów mieszkających we wspomnianych krajach obliczyłem, że we wspomnianym okresie czasu średnio rzecz biorąc jeden akt antysemitcko motywowanej przemocy rocznie przypadał w poszczególnych z tych państw na następujące liczby osób należących do tej akurat grupy narodowej: w USA na 74 160, we Francji na 6490, w Wielkiej Brytanii na 2853, w Niemczech na 1545, w Austrii na 1578, zaś w Szwecji na 1345. Odnośnie przedstawionych tu liczb zdaję sobie oczywiście sprawę z tego, że z całą pewnością nie odpowiadają one w pełni faktycznym liczbom antysemitycznych aktów przemocy w wymienionych powyżej krajach - ze względu choćby na powszechnie znane zjawisko tzw. ciemnej liczby przestępstw (jest bardzo prawdopodobne, że przynajmniej niektóre, zwłaszcza drobne, niepowodujące fizycznych obrażeń napaści o antysemitycznym podłożu nie stają się znane ani organom ścigania, ani też np. organizacjom pozarządowym, które również często prowadzą statystyki dotyczące antysemitycznych przestępstw). Niemniej jednak, ukazywane przez przedstawione powyżej dane – o których sądzę, że jakkolwiek z pewnością nie odpowiadają one w 100% obiektywnej prawdzie (którą może znać tylko Pan Bóg), to nie są też jednak wzięte z przysłowiowego powietrza i niemające nic wspólnego z rzeczywistością - różnice między względnym natężeniem motywowanej antysemityzmem przemocy w USA i takich krajach, jak Francja, Wielka Brytania, Niemcy, Szwecja i Austria są na tyle duże, że pozwalają one na wyciągnięcie w sposób rozsądny wniosku, że kraju, w którym o Żydach jako grupie narodowej czy religijnej wolno bez narażania się na odpowiedzialność karną czy cywilną mówić i pisać co się tylko chce, przemoc o antysemitycznym podłożu jest cokolwiek mniejszym problemem niż w krajach, w których za antysemityczne wypowiedzi można nawet trafić za kratki.

3. Oczywiście, można zadać pytanie, gdzie na świecie panuje *nie* połowiczna wolność słowa – skoro wolność ta np. w Polsce – gdzie przecież nie ma choćby prewencyjnej cenzury, a dziennikarze nie siedzą w więzieniach – jest, jak stwierdziłem „połowiczna” – choć nie wiem, czy jest to dobre określenie – może wolność słowa w Polsce jest wolnością na 75%, może na 90%, czy 95% (albo 99%) – coś takiego, jak wolność słowa trudno jest chyba mierzyć w procentach? Najlepsza, jak mi się wydaje, możliwa odpowiedź na tak postawione pytanie jest taka, że krajem, który jeśli chodzi o panujące w nim podejście słowa zbliża się do jakiegoś wolnościowego ideału są Stany Zjednoczone, odnośnie których można powiedzieć, że nie istnieją w nich prawne zakazy głoszenia jakichkolwiek poglądów – a w każdym razie, poglądów jako takich – bo mogą istnieć zakazy wyrażania pewnych poglądów w określonych kontekstach – np. wygłoszenie poglądu, że jakieś osoby powinny stać się obiektem fizycznej napaści może podlegać karze w takiej sytuacji, w której ma ono na celu spowodowanie takiej napaści w sposób praktycznie natychmiastowy i z dużym prawdopodobieństwem może do takiej właśnie napaści doprowadzić. We współczesnym amerykańskim prawie znane są też inne – jakby się na to nie patrzeć - ograniczenia wolności wypowiedzi – np. zakazy zastraszania ludzi poprzez grożenie im aktami przemocy, zakazy zniesławień (pod pewnymi warunkami – takimi np. że zniesławiające wypowiedzi dotyczące urzędników państwowych i tzw. osób publicznych mogą podlegać sankcjom prawnym wyłącznie wówczas, gdy są one formułowane ze świadomością fałszywości przedstawianych w nich zarzutów, bądź przynajmniej świadomym godzeniem się na ich fałszywość), zakazy tzw. „słów walczących” – czyli napaści słownych „twarzą w twarz” mogących skłonić przeciętną osobę do gwałtownej reakcji, zakazy fałszywych reklam handlowych, czy rozpowszechniania (nie wspominając już o produkowaniu), a nawet posiadania pornografii z udziałem dzieci. Nie wdając się w jakieś dalej idące dywagacje na temat możliwych sposobów wykorzystania takich czy innych zakazów wypowiedzi – mam na myśli te wspomniane powyżej – myślę, że można powiedzieć, że te zakazy wypowiedzi, o których była mowa powyżej, są generalnie rzecz biorąc rozsądne – co nie znaczy, że nie mam na ich temat żadnych wątpliwości. I tak np. odnośnie pierwszej wskazanej tu kategorii wypowiedzi, które według amerykańskiego Sądu Najwyższego nie są chronione przez Pierwszą Poprawkę do Konstytucji – a więc wypowiedzi mających na celu spowodowanie „natychmiastowej bezprawnej akcji” i mogących przy tym taką „akcję” faktycznie spowodować nie miałbym wątpliwości odnośnie karania za wypowiedzi, które faktycznie bezpośrednio prowadzą do popełnienia przestępstwa – bądź przynajmniej próby jego popełnienia – lecz miałbym poważną wątpliwość odnośnie karania za takie podżeganie do popełnienia przestępstwa, które nie prowadzi do niczego (w sensie sprowokowania złamania prawa). Oczywiście, wypowiedź nawołująca do popełnienia przestępstwa musi stwarzać prawdopodobieństwo, że przestępstwo w następstwie tej wypowiedzi zostanie faktycznie dokonane – to w sposób jasny wynika z wyroku Sądu Najwyższego USA w sprawie [Brandenburg v. Ohio](#) (1969). Z wyroku tego jednak nie wynika, jak duże musi być prawdopodobieństwo bezpośredniego doprowadzania do złamania prawa w następstwie zachęcającej do jego naruszenia wypowiedzi, choć na

ogół mówi się o tym, że prawdopodobieństwo to musi być duże, czy też istotne. Ale pojęcia takie, jak „duże” czy też „istotne” prawdopodobieństwo (albo „prawdopodobieństwo” w ogóle – w decyzji w sprawie Brandenbura zostało powiedziane, że „*Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*”) są czymś podatnym na subiektywne interpretacje. Powstaje więc w związku z tym pytanie, czy jakaś przewrażliwiona ława przysięgłych lub przewrażliwiony sędzia nie mógłby – pozostając w ramach „testu Brandenbura” – a w każdym razie twierdząc, lub móc z powodzeniem twierdzić, że pozostaje w jego ramach (w których – taka moja uwaga – z pewnością nie mieściłoby się karanie za wypowiedzi po prostu obraźliwe, czy też nawołujące do nienawiści – w sensie jedynie emocji) skazać kogoś nawet np. na karę więzienia kogoś za wypowiedź, która wprawdzie nawoływałaby do popełnienia przestępstwa, lecz która na faktyczne doprowadzenie do jego popełnienia nie miałaby realnych szans? O ile wiem, w Stanach Zjednoczonych o wiele łatwiej jest doprowadzić do skazania kogoś za nawoływanie do przemocy wówczas, gdy do przemocy tej w następstwie nawoływania faktycznie doszło, niż w sytuacji, gdy żadna przemoc (czy inne złamanie prawa) nie miała miejsca. To wskazywałoby na to, że wypowiedzi, odnośnie których można byłoby mieć poważną wątpliwość co do tego, że powinny być one przedmiotem odpowiedzialności prawnej (a zwłaszcza już np. być karane więzieniem) co najmniej rzadko są w USA faktycznie karane. Niemniej jednak wydaje mi się, że pod rządami tzw. testu Brandenbura istnieje pewna możliwość ścigania i karania ludzi za wypowiedzi, które choć zapewne są moralnie naganne (z pewnością czymś moralnie nagannym jest nawoływanie do przemocy przeciwko członkom np. jakiejś grupy rasowej, narodowej, czy jeszcze innej), to w rzeczywistości nie stwarzają realnego niebezpieczeństwa spowodowania jakichś groźnych następstw – nie wypowiadam się w kwestii tego, czy i na ile możliwość taka jest realizowana; aby móc to zrobić, trzeba byłoby znać przede wszystkim orzecznictwo jakichś sądów stanowych – z tego co wiem, to procesy o coś takiego jak podburzenie do przemocy – czy np. do rozruchów – są w USA rzadkością.

Pewne wątpliwości miałbym też odnośnie karania za tzw. „fighting words” – czyli, dosłownie tłumacząc „słowa walczące”. Pod pojęciem tym rozumie się kierowane bezpośrednio do drugiej osoby personalne wyzwiska, mogące skłonić tę drugą osobę do, kolokwialnie wyrażając się, mordobicia. Oczywiście, moje wątpliwości co do karania wspomnianego rodzaju wypowiedzi są bez porównania mniejsze, niż moje wątpliwości dotyczące zakazów chociażby „mowy nienawiści” (a także np. obrażania uczuć religijnych, znieważania władz, czy rozpowszechniania pewnych rodzajów pornografii – np. pornografii związanej z przedstawianiem fikcyjnej, udawanej przemocy, lub tzw. [wirtualnej pornografii dziecięcej](#)). Zakazy „fighting words” nie są ogólnymi zakazami wygłaszania pewnych poglądów – którymi z pewnością są np. zakazy „hate speech” – nie chodzi w nich o to, by pewne – uważane za obraźliwe czy potencjalnie niebezpieczne – stwierdzenia nie dotarły do ludzkich oczu czy uszu. Nie

mają one na celu tego, by społeczeństwo nie mogło – przynajmniej z pierwszej ręki – zapoznać się z pewnymi opiniami – co niewątpliwie mają na celu zakazy „mowy nienawiści” czy propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa. Trudno wyobrazić sobie, by „słowa walczące” trafiały do chcącego je odbierać słuchacza – obecność kogoś, kogo słowa te personalnie obrażają i wzburzają jest *ex definitione* warunkiem ich karalności. Niemniej jednak, można – jak sądzę (i nie jestem jedynym, który jest takiego zdania) mieć pewne wątpliwości co do zasadności karania za „fighting words”. Zastanówmy się bowiem np. nad tym, jakie jest *ratio legis* karania za takie wypowiedzi? Otóż „fighting words” uważane są obecnie za pewien rodzaj wypowiedzi podburzających do natychmiastowej przemocy, tym jednak różniących się od wypowiedzi, których dotyczy wspomniany powyżej „test Brandenbura”, że przemoc, którą mogą one spowodować, nie jest przemocą skierowaną przeciwko jakimś niewinnym, trzecim osobom, lecz przemocą skierowaną przeciwko autorom takich wypowiedzi. Oczywiście, przemoc jest czymś, czemu państwo w jakiś rozsądny sposób – także poprzez np. nakładanie kar za jej stosowanie – powinno starać się zapobiegać. Lecz wyobraźmy sobie klasyczną sytuację, w której ktoś bez najmniejszych wątpliwości mógłby zostać skazany za „słowa walczące”. Sytuacja jest taka, że ktoś – obojętnie z jakiego powodu, w takiej jak ta analizie nie ma to znaczenia – kieruje do kogoś jakieś obraźliwe słowa. Adresat tych słów reaguje w sposób gwałtowny i ich autor, najkrócej mówiąc, dostaje w dziób. Reagujący w taki sposób adresat „słów walczących” może, oczywiście, zostać skazany za takie przestępstwo, jak dokonanie fizycznej napaści na drugą osobę – choć oczywiście można byłoby się zastanawiać np. nad tym, czy jego odpowiedzialność nie powinna być jakoś zredukowana z tego powodu, że do użycia przemocy został on sprowokowany - ale tu nie ma potrzeby prowadzenia rozważań na ten akurat temat. Lecz z jakiego powodu ma być karany autor „fighting words”? Czy dlatego, że oberwał – bądź, w sytuacji, w której do użycia przemocy przez adresata „słów walczących” nie doszło – mógł oberwać? Jeśli odpowiedź na to pytanie brzmi „tak” – i nie da się wskazać jakiegos innego dobrego powodu do karania za „fighting words” (powodem tym nie może, w myśl interpretacji Pierwszej Poprawki dokonywanej przez sądy amerykańskie np. wyłącznie wyrządzenie komuś poprzez taką czy inną wypowiedź moralnej czy psychicznej krzywdy) to wniosek, jaki można wyciągnąć odnośnie *ratio legis* prawnego zakazu używania „słów walczących” jest taki, że owo *ratio legis* ma charakter w gruncie rzeczy paternalistyczny. Inna wątpliwość odnośnie karalności „fighting words” bierze się stąd, że słowa takie muszą być w stanie z dużym prawdopodobieństwem sprowokować ich faktycznego adresata do fizycznego ataku (wniosek taki wynika chociażby z zapadłego w 1972 r. wyroku Sądu Najwyższego USA w sprawie [Gooding v. Wilson](#)). Ten warunek karalności „słów walczących” może prowadzić do mogących budzić nawet moralne wątpliwości paradoksów – takich np. że wyzwiska kierowane przez jakiegoś bezczelnego młodego osiłka do wątłej staruszki muszą pozostać bezkarne, gdyż jest nieprawdopodobne, by owa staruszka tego osiłka zaatakowała, podczas gdy takie same wyzwiska ze strony owej staruszki skierowane do tego osiłka mogłyby zostać uznane za przestępstwo, gdyż prawdopodobieństwo fizycznego ataku z jego strony byłoby znaczne.

Pewne wątpliwości można byłoby też mieć przynajmniej na marginesach zakazu pornografii z udziałem dzieci. Oczywiście, są poważne powody do tego, by pornografia dziecięca była tępiona. Wynikają one przede wszystkim z tego, że dzieci są krzywdzone wskutek produkcji treści pornograficznych z ich udziałem. Rzecz jasna, samo produkowanie takich treści – i związane z nim seksualne wykorzystywanie dzieci stanowi przestępstwo – ale zapobieganie seksualnemu wykorzystywaniu i krzywdzeniu dzieci poprzez karanie wyłącznie produkowania pornografii dziecięcej – i czynów bezpośrednio związanych z jej produkowaniem – nie mogłoby być efektywne, z tego choćby względu, że są to czyny bardzo trudne do wykrycia – pornograficzne filmy z udziałem dzieci nie mają przecież czołówek mówiących o tym, kto był ich producentem, reżyserem, jacy występowali w nich aktorzy i gdzie były one nagrywane. *Ratio legis* dotyczące zakazu pornografii dziecięcej jest więc takie, że jeżeli zabroni się dystrybucji i sprzedaży – a także posiadania – takiej pornografii, to zmniejszy się także motywacja do jej wytwarzania – skoro produkty „wytwórni” pornografii dziecięcej mało kto będzie miał odwagę rozpowszechniać, czy nabywać. To *ratio legis* wydaje mi się sensowne. Ale są mimo wszystko wątpliwości na marginesie zakazów pornografii z udziałem dzieci – czy lepiej mówiąc – osób nieletnich. Dotyczą one np. pornografii z udziałem osób, które nie osiągnęły wprawdzie jeszcze pełnoletniości, ale są już, kolokwialnie wyrażając się „seksualnie legalne”. Czy rozpowszechnianie pornografii z udziałem takich osób – bądź tym bardziej samo tylko jej posiadanie – powinno być uważane za przestępstwo nawet wówczas, gdy osoby przedstawione w pornograficznych treściach chcą, by inni te treści oglądali? W szczególności: czy same te osoby powinny być karane za rozpowszechnienie czy posiadanie przez siebie pornografii z ich własnym udziałem? W przypadku pornografii dziecięcej – jak była już tu mowa – czymś prawnie zakazanim i zagrożonym nieraz drastycznymi karami jest nie tylko jej produkowanie czy rozpowszechnienie, ale także jej czysto choćby prywatne posiadanie (Sąd Najwyższy USA zezwolił na coś takiego w sprawie [Osborne v. Ohio](#) w 1990 r.). Odnośnie takiego zakazu można się, jak myślę, zgodzić się z tym, że czymś prawnie zabronionym powinno być nabywanie pornografii z udziałem dzieci – to jest bowiem działanie, które w jakiś sposób może przyczyniać się do jej produkcji. Lecz wyobraźmy sobie kogoś, kto w swym domu posiada pornografię dziecięcą pochodzącą sprzed – powiedzmy 100 czy 120 lat. Przedstawione na posiadanych przez niego zdjęciach osoby dawno już oczywiście nie żyją. Wskutek tego, że ten ktoś takie zdjęcia posiada, nikomu nie jest wyrządzana realna krzywda. Posiadanie przez niego takich zdjęć nie ma najmniejszej szansy przyczynić się do produkowania pornografii dziecięcej. Jednak ktoś taki, jak mi się wydaje, mógłby zostać skazany za posiadanie pornografii dziecięcej – a więc przestępstwo zagrożone karą wieloletniego więzienia. Znow, oczywiście, jest możliwe, że prokurator umorzyłby sprawę dotyczącą posiadania takich pochodzących np. sprzed wieku zdjęć. Ale potencjalna możliwość karania – i to w drakoński sposób – mimo wszystko istnieje. Może mieć to jakiś sens? Tak więc, jak stwierdziłem, można mieć wątpliwości odnoszące się do zakazów takich rodzajów wypowiedzi, jak wypowiedzi podburzające do popełnienia przestępstw,

„słowa walczące” czy pornografia dziecięca. Wątpliwości, które ja mam odnośnie zakazów tych typów wypowiedzi są jednak wątpliwościami dotyczącymi jakichś ich potencjalnie możliwych, wyobraźalnych, ale jednak mimo wszystko *marginesów*. Zupełnie natomiast inaczej jest w przypadku wciąż istniejącego w USA zakazu takiej kategorii ekspresji, jak tzw. obsceniczność. Co oznacza to pojęcie? Otóż, jak Sąd Najwyższy USA stwierdził w wydanym w 1973 r. wyroku w sprawie [Miller v. California](#) „dzieło” (a więc np. numer czasopisma, książka, czy też film) ma charakter obsceniczny i nie podlega ochronie ze strony Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA jeżeli:

- a. Przeciętna osoba, stosująca aktualne standardy społeczne, uznałaby, że dzieło, wzięte pod uwagę jako całość apeluje do lubieżnych (czy można też tłumaczyć „sprośnych” – w decyzji zostało użyte słowo „prurient”) zainteresowań;
- b. Dzieło to w sposób wyraźnie obraźliwy przedstawia bądź opisuje zachowanie seksualne lub funkcje wydalnicze, specyficznie definiowane przez mające zastosowanie prawo stanowe;
- c. Dzieło to nie posiada poważnej wartości literackiej, artystycznej, politycznej bądź naukowej.

Chodzi tu więc najogólniej rzecz biorąc o pornografię. Oczywiście, odnośnie pornografii w USA trzeba powiedzieć to, że w olbrzymiej większości jest ona legalna – a w każdym razie w praktyce tolerowana prawnie. Niemniej jednak „obsceniczność” wciąż pozostaje konstytucyjnie niechronioną kategorią wypowiedzi (czymś konstytucyjnie chronionym, na mocy wyroku Sądu Najwyższego USA w sprawie [Stanley v. Georgia](#) z 1969 r. jest wyłącznie jej prywatne posiadanie czy oglądanie we własnym domu), a przepisy oparte na definicji obsceniczności sformułowanej przez amerykański Sąd Najwyższy w sprawie Miller v. California stanowią część stanowych kodeksów karnych.

Przepisy te w oczywisty sposób są skrajnie nieprecyzyjne – kwestie tego rodzaju, jak to, czy jakieś „dzieło” apeluje – czy też nie apeluje – do sprośnych zainteresowań (jak wskazuje choćby [ta publikacja](#), słowo „prurient” jest niezrozumiałe dla znakomitej większości obecnych Amerykanów), czy przedstawia ono jakieś zachowania seksualne w sposób wyraźnie obraźliwy – czy też nie wyraźnie obraźliwy - albo w ogóle nie obraźliwy – i czy posiada ono poważną wartość literacką, artystyczną, polityczną lub naukową mogą być oceniane wyłącznie poprzez pryzmat subiektywnego „widzimisień” kogoś zmuszonego do dokonania jego oceny.

I jaki jest w ogóle powód mogący uzasadnić istnienie zakazów „obsceniczności”? Powodem takim, na zdrowy rozum, nie może być np. to, że oglądanie jakichś obscenicznych treści może przyczyniać się do przestępczych zachowań – takich, jak choćby dokonywanie gwałtów. Na to, że dostępność pornografii stwarza wzrost zagrożenia takimi zachowaniami nie ma dowodów. A gdyby nawet były, to warto zauważyć, że Sąd Najwyższy USA wyraźnie stwierdził, że Pierwsza Poprawka do Konstytucji wyklucza karanie za jakieś wypowiedzi z tego powodu,

że zwiększają one prawdopodobieństwo dokonania jakichś bezprawnych – i krzywdzących innych ludzi – czynów w jakimś bliżej nieokreślonym, przyszłym czasie (w odróżnieniu od wypowiedzi, które mają na celu spowodowanie takich czynów w sposób natychmiastowy i faktycznie mogą doprowadzić do ich spowodowania). Jak stwierdziłem choćby w tym tekście, o wielu wypowiedziach dałoby się powiedzieć, że mogą się one w jakiś sposób przyczynić do przestępczych i szkodliwych zachowań – a przecież wypowiedzi te nie są karalne (nawet np. w Polsce) – nikt nawet chyba nie proponuje ich karalności. Tak więc nawet gdyby zdarzały się takie przypadki, że ktoś naogląda się „obsceniczności” i w następstwie tego np. zgwałci jakąś kobietę, to w myśl współcześnie obowiązujących w USA standardów dotyczących ochrony swobody wypowiedzi autor danego dzieła nie mógłby za to zostać pociągnięty do odpowiedzialności i oczywiście też cała kategoria ekspresji, w której ktoś znalazłby sobie pobudkę do stosowania przemocy nie mogłaby zostać wyjęta spod ochrony Pierwszej Poprawki. Gdyby więc „obsceniczność” miała być konstytucyjnie niechroniona z takiego właśnie powodu – doskonale przy tym wiadomo, że przypadki ludzi, którzy np. dokonali gwałtu w następstwie naoglądania się pornografii są nader rzadkie i wiadomo również, że były przypadki, w których pewni ludzie dokonali brutalnych przestępstw w następstwie wpływu treści nie będących żadną pornografią (ani też „mową nienawiści”) – to jej zakaz byłby po prostu dziwactwem.

Czy zakazy „obsceniczności” można uzasadnić w inny sposób, niż poprzez odwołanie się do niemającego empirycznych podstaw – i nawet w przypadku występowania takich podstaw konstytucyjnie bardzo wątpliwego – argumentu, że dostęp społeczeństwa do twardej pornografii zwiększa ryzyko np. gwałtów? No cóż, można próbować. O pornografii doskonale wiadomo, że jakkolwiek jest ona czymś, co niektóre osoby – przynajmniej czasem – chętnie oglądają, to jednocześnie jest ona czymś, co pewne osoby razi i odrzuca. Lecz jeśli powodem zakazu obsceniczności miałyby być to, że jest ona dla pewnych ludzi czymś obraźliwym, to warto zauważyć, że Sąd Najwyższy USA w swych orzeczeniach szereg razy stwierdzał, że fakt, iż jakieś wypowiedzi są obraźliwe dla niektórych swoich odbiorców nie może być powodem uzasadniającym karanie za takie wypowiedzi, lecz przeciwnie – jest to powód do wzmocnionej ochrony takich wypowiedzi. Jeśli zatem obsceniczność miałyby znajdować się poza ochroną Pierwszej Poprawki z takiego właśnie powodu – podczas gdy inne wypowiedzi nie mogą z takiego powodu być tępione prawnie – to wszystko to się zwyczajnie nie trzyma kupy.

Czy niechronienie – jak do tej pory uważała większość sędziów Sądu Najwyższego USA – obsceniczności przez Pierwszą Poprawkę do amerykańskiej Konstytucji można byłoby uzasadnić tym, że jej dostępność ma jakieś niemieszczące się wprawdzie (bezpośrednio przynajmniej) w sferze zainteresowania prawa karnego – ale mimo wszystko szkodliwe społecznie skutki? Takie np. jak wywieranie złego wpływu na nieletnich, czy przyczynianie się do

takich zjawisk, jak zdrady małżeńskie, rozbijanie rodzin, bądź zachorowania na choroby weneryczne lub zakażenia wirusem HIV? Jeśli chodzi o pierwszą kwestię, to jest to niewątpliwie śliska sprawa. O oddziaływaniu pornografii na osoby małoletnie wiadomo generalnie rzecz biorąc mniej, niż o jej oddziaływaniu na dorosłych. Jeśli chodzi o to drugie, to wiadomo, że dokonano szereg eksperymentów dotyczących tego, jak pornografia wpływa na oglądające ją osoby (o niektórych takich eksperymentach pisałem kiedyś w tekście [„Pornografia i gwałty – usprawiedliwienie dla cenzury?”](#)). Lecz ze względów przede wszystkim etycznym nie dokonywano takich eksperymentów z udziałem niepełnoletnich.

Ale mimo wszystko nie jest tak, że o możliwym wpływie pornografii na nieletnich nie wiadomo niczego. Jest - w pierwszym rzędzie - oczywistym faktem, że nieletni nieraz oglądają pornografię – i w czasach powszechnego dostępu do Internetu oglądają ją z pewnością o wiele częściej, niż wówczas, gdy była ona dostępna np. w postaci drukowanych magazynów czy kaset video. Czy wzrost liczby nieletnich mających kontakt z pornografią (a także wzrost częstości kontaktów nieletnich z pornograficznymi materiałami) przyczynił się do nasilenia się jakichś negatywnych zjawisk? Otóż, wszystko wskazuje na to, że nie. Jak wskazują bowiem chociażby dane amerykańskiego Center for Disease Control and Prevention w 2005 r. liczba nastolatków, którzy mieli już stosunek seksualny była o 7% mniejsza, niż w roku 1991. Liczba nastolatek, które zaszły w ciążę i urodziły dziecko spadła w tym czasie o 33%. Liczba aborcji od 1990 r. zmalała o 44%. Liczba zakażeń kiłą zmniejszyła się o 74%, a rzeżączką o 57%. Liczba gwałtów w 2005 r. była o 44% mniejsza, niż w 1995 r. Liczba rozwodów w okresie od 1990 r. do 2005 r. spadła o 23%. Od 1991 r. do 2005 r. o 33% wzrosła natomiast liczba nastolatków używających prezerwatyw podczas kontaktów seksualnych. Nie ulega przy tym wątpliwości, że w roku 2005 czy nieco wcześniej o wiele więcej nastolatków oglądało pornografię – przede wszystkim *via* Internet – niż w 1991 r. kiedy Internetu w obecnej postaci jeszcze nie było. Z kolei o ile w 1972 r. w Japonii – kiedy to w kraju tym niedostępne było – z uwagi na jego „obsceniczny” w myśl tamtejszych ówczesnych standardów charakter – takie pismo, jak amerykański „Playboy” osoby przed 20 rokiem życia dokonały 33% z ogólnej liczby 4677 gwałtów, które odnotowała wówczas japońska policja - to w 1995 r. – kiedy to wszelka pornografia – często mająca, dodajmy to, brutalny charakter, była od kilku lat w Japonii swobodnie dostępna i łatwo osiągalna dla nieletnich osoby takie popełniły już tylko 18% ze stwierdzonych wówczas w Japonii 1500 tego rodzaju przestępstw – co oznacza, że bezwzględna liczba gwałtów dokonanych przez osoby w wieku do 20 lat była w 1995 r. 5,7163333... razy mniejsza od liczby gwałtów dokonanych przez takich sprawców w 1972 r. – podczas gdy ogólna liczba wszystkich gwałtów zmniejszyła się w tym czasie „tylko” 3,118 razy (pisałem o tym w swym tekście [„Internet bezpieczny – czy wolny \(a może i taki, i taki?\)”](#) powołując się na artykuły Michaela Castelmana [„Does Porn Cause Social Harm?”](#) oraz Milтона Diamonda i Ayako Uchiyamy [„Pornography, Rape and Sex Crimes in Japan”](#). Twierdzenie, że pornografia ma jakiś wyjątkowo szkodliwy

wpływ na osoby małoletnie nie ma więc, jak się zdaje, zbyt mocnych podstaw. Lecz niezależnie od tego, czy ma ono takie podstawy, czy też nie, z argumentem, że „obsceniczność” może być zakazana z tego powodu, że może ona szkodliwie wpływać na nieletnich byłby poważny problem konstytucyjny. Na czym by on polegał? Otóż chociażby na tym, że jakkolwiek Sąd Najwyższy USA uznał, że jest czymś konstytucyjnie dopuszczalnym i niesprzecznym z Pierwszą Poprawką do Konstytucji chronienie nieletnich przed pewnymi treściami – np. treściami „nieprzyzwoitymi” – to jednocześnie kategorycznie stwierdził on, że jest rzeczą niedopuszczalną zakazywanie takich treści w sposób absolutny – tak, by dostępu do nich nie miał nikt (włącznie z osobami dorosłymi i chcącymi mieć z nimi kontakt), by przypadkiem na treści te nie natknęli się nieletni. Wychodząc trochę poza kontekst wolności słowa – nie ma wątpliwości co do tego, że istnieją ogólnie dostępne produkty, które są szkodliwe dla osób w wieku rozwojowym – takie, jak np. papierosy i alkohol. Powszechnie chyba uważa się, że sprzedawanie czy dostarczanie w inny sposób dzieciom takich produktów – z uwagi na ich szkodliwość – powinno być prawnie zakazane. Nie ma też jednak wątpliwości co do tego, że produkty takie – z tego powodu, że są one dostępne – wpadają czasem w ręce dzieci. Lecz mało kto chyba proponuje wprowadzenie całkowitego zakazu sprzedaży alkoholu lub papierosów – w tym także osobom dorosłym – z tego powodu, że zdarza się, że dzieci np. podkradną papierosy lub wypiją alkohol kupiony przez tatę czy mamę. Jeśli więc konstytucyjne niechronienie „obsceniczności” – a w szczególności całkowity zakaz jej rozpowszechniania (Sąd Najwyższy USA stwierdził kiedyś, że „obsceniczność” nie staje się konstytucyjnie chroniona przez to, że jest ona prezentowana czy rozpowszechniana w taki sposób, że oglądają ją wyłącznie chcące to robić osoby dorosłe) miałoby być jakoś uzasadnione z tego powodu, że może ona mieć szkodliwy wpływ na nieletnich, to ten wpływ musiałby być jakiś niesłychanie zgubny – logicznie rzecz biorąc nieporównanie gorszy od wpływu papierosów i alkoholu, których dostarczanie dzieciom jest wprawdzie zakazane, ale dostarczanie dorosłym już nie. Jak więc widać, zakazów „obsceniczności” nie da się obronić poprzez odwołanie się do argumentu, że obsceniczność może mieć szkodliwy wpływ na osoby niepełnoletnie.

Co zaś do argumentu, że „obsceniczność” może przyczyniać się do jakichś ryzykownych zachowań seksualnych – czy choćby „skoków w bok” – to myślę, że takie rzeczy są czasami możliwe. Nie może się np. zdarzyć, że ktoś naogląda filmów porno z jakimiś superatrakcyjnymi fizycznie aktorkami – i w następstwie tego uzna swoją żonę za nieatrakcyjną, co doprowadzi go do zdrady małżeńskiej i w rezultacie rozbicia rodziny? Nie może się zdarzyć, że wpływ „obsceniczności” skłoni kogoś do szukania jakichś „przygód na boku” co doprowadzi go do zarażenia np. chorobą weneryczną bądź wirusem HIV? Takie rzeczy, jak myślę, mogą się czasem zdarzać. Lecz problem z próbą uzasadnienia zakazów „obsceniczności” w oparciu o tego rodzaju argument jest choćby taki, że tego rodzaju efekty równie dobrze może mieć coś, co nie jest żadną „obscenicznością”

czy pornografia – która generalnie rzecz biorąc jest w USA uznawana za konstytucyjnie chroniony rodzaj ekspresji (aczkolwiek granica między konstytucyjnie chronioną pornografią i niechronioną obscenicznością jest wysoce niejasna). Ktoś przecież może uznać swoją żonę za nieatrakcyjną pod wpływem naoglądania się pięknych aktorek w zwykłych filmach – albo, dajmy na to, naoglądania się konkursów kobiecej piękności. Mogące mieć czasem negatywne konsekwencje – takie, jak zarażenie się jakąś chorobą – „skoki w bok” z pewnością mogą ułatwiać chociażby internetowe serwisy randkowe – nie mające raczej z „obscenicznością” wiele wspólnego. Obsceniczność zatem nie może być zakazana ze wspomnianego tu powodu – który zresztą, z racji wskazanych już w tym przypisie powyżej powodów – nie ma empirycznych podstaw (w sensie przyczyniania się do nasilania się takich zjawisk w sposób generalny – w przeciwieństwie do możliwości przyczyniania się do nich w indywidualnych przypadkach, do których równie dobrze mogą przyczyniać się inne czynniki).

Jak zatem widać, zakazów „obsceniczności” nie da się w sposób sensowny uzasadnić poprzez odwołanie się do argumentu, że „obsceniczność” jest czymś szkodliwym, niebezpiecznym, prowadzącym do czegoś złego – przestępstw seksualnych, zdrad małżeńskich, chorób wenerycznych czy nieprawidłowego rozwoju moralnego dzieci. Ale może zakazy te mogą być uzasadnione z jakichś innych powodów? Może powodem, który usprawiedliwia niechronienie obsceniczności przez Pierwszą Poprawkę jest to, że obsceniczność nie jest „mową” – i nie będąc nią, nie może być chroniona przez ten fragment amerykańskiej Konstytucji?

Taki argument bywał używany w literaturze dotyczącej zasadności zakazów obsceniczności czy generalnie pornografii. Najbardziej chyba znanym proponentem takiego argumentu był amerykański profesor prawa Frederick Schauer, który w jednym ze swych artykułów przedstawił hipotetyczny przykład trwającego ok. 10 minut filmu, który pokazuje wyłącznie narządy płciowe mężczyzny i kobiet w trakcie stosunku seksualnego – w filmie tym nie ma słów, nie ma muzyki, nie ma nawet widoku twarzy uprawiających seks osób. Film ten, w scenariuszy przedstawionym przez prof. Schauera miałby być oglądany przez płacących za to klientów, którzy w wyniku podniecenia wywoływanego jego oglądaniem albo onanizowaliby się, albo automatycznie osiągaliby orgazm. Zdaniem prof. Schauera taki film niczym nie różniłby się od – powiedzmy – wibratora – rzeczy, której sprzedaż czy udostępnienie nie jest chronione przez Pierwszą Poprawkę. Skoro taki film niczym istotnym nie różni się od przedmiotu, który nie jest chroniony przez Pierwszą Poprawkę, to logicznie rzecz biorąc taki film również nie byłby objęty ochroną ze strony Pierwszej Poprawki i w związku z tym jego rozpowszechnianie czy wyświetlanie można byłoby zakazać.

Ale czy zakazów obsceniczności można w przekonujący sposób bronić poprzez odwołanie się do takiego argumentu? Z tym, myślę, związane są istotne problemy. Pierwszy z nich jest taki, że przedstawiony przez prof. Schauera przykład jest skrajnie sztuczny: sądzę, że nie ma pornograficznych filmów, które

przedstawiałyby narządy płciowe w trakcie stosunku i oprócz tego nic więcej (i to przez 10 minut). Mało, wydaje mi się, ludzi chciałoby oglądać filmy pokazujące wyłącznie coś takiego, zwłaszcza przez tak długi czas. Argument z tego rodzaju hipotetycznym filmem troszeczkę więc, jak się wydaje, trafia w próżnię. Lecz gdyby nawet taki, jak wspomniany przez prof. Schauera film istniał, i miałby takie właśnie efekty – i zrównanie go np. z wibratorem, czy jeszcze inną seks zabawką byłoby w pełni zasadne (choć to już by była kwestia opinii), to uzasadnienie zakazu wyświetlania czy rozpowszechniania takiego filmu w o oparciu o użyty przez prof. Schauera argument w dalszym ciągu byłoby wysoce problematyczne. Z jakiego powodu? Ano, choćby takiego, że w elementarnie szanującym wolność jednostki społeczeństwie sprzedaż takich produktów, jak wibratory i inne narzędzia służące seksualnemu zaspokajaniu się nie powinna być zabroniona. Sprzedaż takich produktów nie jest – to prawda – chroniona przez Pierwszą Poprawkę, gdyż produkty takie – generalnie przynajmniej rzecz biorąc – nie są wypowiedziami. Lecz sprzedaż takich produktów, jeśli nie jest chroniona przez poprawkę Pierwszą, to myślę, że powinna być chroniona przez poprawkę IX, mówiącą, że „Wymienienie w konstytucji określonych praw nie oznacza zniesienia lub ograniczenia innych praw, przysługujących ludowi”, bądź XIV, która stwierdza m.in. że „Żaden stan nie może wydawać ani stosować ustaw, które by ograniczały prawa i wolności obywateli Stanów Zjednoczonych”, oraz, że „Nie może też żaden stan pozbawić kogoś życia, wolności lub mienia bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości” – pod pojęciem „pozbawienia kogoś życia, wolności lub mienia bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości” (w oryginalnym tekście Konstytucji: „without due proces of law”) rozumie się nie tylko np. wsadzenie kogoś do więzienia bez sprawiedliwego procesu sądowego, ale także ograniczenie wolności ludzi bez uzasadniającego to w dostateczny sposób powodu. Argument, że władze mogą bez naruszania konstytucji zakazać sprzedaży takich rzeczy jak wibratory – czy też np. seks lalki – mógłby jeszcze jakoś chwytać w czasach, kiedy prof. Schauer napisał swój artykuł (lata 80.) – przypomnijmy w tym kontekście, że Sąd Najwyższy USA uznał w 1986 r., że władze stanowe mogą uznać stosunki homoseksualne za przestępstwo z tego względu, że społeczeństwo uważa takie zachowania za niemoralne – ale obecnie, po takim choćby orzeczeniu Sądu Najwyższego USA, jak Lawrence v. Texas (2003), w którym stwierdzone zostało, że władze nie mogą tępić homoseksualizmu z tego powodu, że jest on niemoralny zdaniem niektórych ludzi argument ten wydaje mi się naprawdę kiepski (oczywiście zawsze był, ale w czasach kiedy zgodnie z wykładnią amerykańskiej Konstytucji przez Sąd Najwyższy USA teoretycznie przynajmniej rzecz biorąc można było legalnie wsadzać ludzi do więzienia za uprawianie seksu z osobami tej samej płci argument taki mógł być przynajmniej w miarę konsystentny z prezentowanym przez amerykański Sąd Najwyższy podejściem do kwestii wolności jednostki w sferze życia seksualnego).

Poza tym wszystkim, z argumentem użytym niegdyś przez prof. Fredericka Schauera w obronie wyjęcia „obsceniczności” spod ochrony Pierwszej Poprawki

jest jeszcze taki problem, że jakkolwiek taki – przykładowo – film, o jakim prof. Schauer wspominał w swym tekście może przyczynić się do np. osiągnięcia przez kogoś orgazmu, podobnie, jak może do tego prowadzić użycie jakiegoś fizycznego przedmiotu, to w obu tych przypadkach do czegoś takiego, jak orgazm dochodzi na różnej drodze. W przypadku posłużenia się jakimś fizycznym narzędziem do orgazmu dochodzi w następstwie bezpośredniego pobudzania narządów płciowych. W przypadku natomiast oglądania filmu do zachowania mogącego prowadzić do orgazmu – czy nawet jego automatycznego osiągnięcia - prowadzą pobudzone przez ten film myśli i fantazje. Zaś pobudzanie myśli jest przecież nieodłącznie związane z wypowiedziami – wypowiedzi są konstytucyjnie chronione dlatego, że wywołują, a przynajmniej mogą wywoływać myśli (mogące, choć nie muszą mieć dalsze konsekwencje) – gdyby nie mogły, nikt by się nimi nie przejmował i nie uznałby za stosowne, że trzeba je w jakiś szczególny sposób chronić. Z jakiego powodu władze zakazują czasem pewnych rodzajów wypowiedzi? Otóż z takiego, żeby ludzie nie mieli pewnych myśli. Ponieważ „obsceniczność” nie może prowadzić do masturbacji, gwałtów, zdrad małżeńskich czy czegokolwiek innego inaczej, niż poprzez wywoływanie pewnych myśli w umysłach jej odbiorców wydaje się jasne, że obsceniczność jest ekspresją i w związku z tym podlega ochronie ze strony Pierwszej Poprawki.

Takie stwierdzenie oczywiście, trzeba też to powiedzieć, nie zamyka sprawy. Jakkolwiek w piśmiennictwie dotyczącym „obsceniczności” że obsceniczność (lub w ogóle pornografia) nie jest wypowiedzią i dlatego nie zasługuje na chronienie jej przez Pierwszą Poprawkę, to trzeba też stwierdzić, że Sąd Najwyższy USA nigdy nie oparł uzasadnienia wyjęcia obsceniczności spod konstytucyjnej ochrony na takim argumente. Raczej, argument za twierdzeniem, że obsceniczność nie zasługuje na chronienie jej przez Pierwszą Poprawkę był taki, że obsceniczność jest wprawdzie ekspresją, lecz o bardzo małej wartości społecznej. Jak w pierwszym orzeczeniu Sądu Najwyższego dotyczącym „obsceniczności” ([Roth v. United States](#), 1957) stwierdził sędzia William Brennan (który później, w sprawie [Paris Adult Theatre I v. Slaton](#) (1973) wycofał się z poglądu, że „obsceniczność” nie jest chroniona przez Pierwszą Poprawkę – choć gotów był akceptować przepisy skierowane przeciwko prezentowaniu pornografii osobom nie chcącym jej oglądać oraz dostarczaniu jej dzieciom) *„wszelkie idee mające choćby najmniejszą usprawiedliwiającą je wagę społeczną – nieortodoksyjne idee, kontrowersyjne idee, czy nawet idee nienawistne wobec przeważającego klimatu opinii cieszą się pełną ochroną gwarancji (Pierwszej Poprawki), chyba, że można je wykluczyć z tego powodu, że wkraczają one w ograniczony obszar ważniejszych interesów. Lecz w historii Pierwszej Poprawki w ukryty sposób zawarte jest odrzucenie obsceniczności jako niemającej żadnej usprawiedliwiającej ją wagi społecznej”*. 15 lat wcześniej – w wyroku w sprawie [Chaplinsky v. New Hampshire](#) (w którym za konstytucyjnie niechronione uznane zostały „słowa walczące”) Sąd Najwyższy USA zaliczył obsceniczność – obok wypowiedzi sprośnych, wulgarnych i znieważających – do takich wypowiedzi, które „nie są

istotną częścią jakiegokolwiek prezentacji idei i mają tak niewielką wartość społeczną jako krok do prawdy, że wszelkie korzyści, jakie można z nich osiągnąć, są wyraźnie przeważone przez interes społeczny w zakresie porządku i moralności”.

Czy to są jednak poważne argumenty za uznawanie „obsceniczności” za kategorię ekspresji niechronionej przez Pierwszą Poprawkę – a więc potencjalnie (i zresztą faktycznie) karalnej? W tym, co w 1957 r. napisał sędzia Brennan argumenty są dwa. Pierwszy z nich jest natury historycznej – wynikać by z niego miało to, że autorzy Pierwszej Poprawki – zabraniając Kongresowi uchwalania ustaw ograniczających wolność słowa lub prasy – nie zamierzali zakazać Kongresowi stanowienia ustaw zakazujących rozpowszechnienia treści obscenicznych. Jednak, jak w swoim zdaniu odrębnym w sprawie Roth’a wskazał sędzia William O. Douglas, o ile są dowody na to, że twórcy Pierwszej Poprawki chcieli w szczególny sposób traktować wypowiedzi zniesławiające inne osoby, dopuszczając w jakimś stopniu ich prawną regulację, to nie ma dowodów na to, że chcieli oni jakiegoś szczególnego traktowania wypowiedzi czy publikacji dotyczących seksu (czarno na białym wykazał to również prof. Eric M. Freeman w opublikowanym w 1996 r. artykule [„A Lot More Comes into Focus When You Remove the Lens Cap: Why Proliferating New Technologies Make it Particularly Urgent Why Proliferating New Technologies Make it Particularly Urgent for the Supreme Court to Abandon its Inside-Out Approach to for the Supreme Court to Abandon its Inside-Out Approach to Freedom of Speech, and Bring Obscenity, Fighting Words, and Freedom of Speech, and Bring Obscenity, Fighting Words, and Group Libel Within the First Amendment Group Libel Within the First Amendment”](#)). Tak więc „historyczny” argument za wyjęciem obsceniczności spod ochrony Pierwszej Poprawki – opierający się na twierdzeniu, że twórcy tego fragmentu amerykańskiej Konstytucji chcąc chronić wolność słowa i prasy, nie chcieli chronić wolności rozpowszechniania treści „obscenicznych” musi upaść z tego powodu, że nie odpowiada on historycznej prawdzie.

Co z argumentem, że wyłączenie „obsceniczności” spod ochrony Pierwszej Poprawki usprawiedliwione jest tym, że jest – owszem – jakąś ekspresją, ale o bardzo niskim stopniu społecznej wartości? Taki argument, jak już wspomniałem, wywodzi się z wydanego w 1942 r. wyroku Sądu Najwyższego USA w sprawie *Chaplinsky v. New Hampshire*. W wyroku tym znalazł się taki oto, często zresztą przytaczany w publikacjach dotyczących Pierwszej Poprawki fragment: *„Uwzględniając jak najszerszy zakres języka i celu czternastej poprawki (na mocy której m.in. Pierwszą Poprawką związane są nie tylko władze federalne, ale także stanowe), dobrze rozumie się, że prawo do wolności słowa nie jest absolutne zawsze i we wszystkich okolicznościach. Istnieją pewne dobrze zdefiniowane i wąsko ograniczone klasy wypowiedzi, których powstrzymanie i karanie nigdy nie były uważane za stwarzające jakiegokolwiek problemy konstytucyjne. Należą do nich wypowiedzi lubieżne i nieprzyzwoite, bluźniercze (choć użyte w tekście decyzji słowo „profane” równie dobrze może też tłumaczyć jako np. wulgarne),*

zniesławiające, oraz obraźliwe lub „walczące” słowa - takie, które przez samo ich wypowiedzenie wyrządzają krzywdę lub mają skłonność do natychmiastowego zburzenia pokoju. Dobrze zauważono, że takie wypowiedzi nie są istotną częścią jakiegokolwiek przedstawiania idei i mają tak niewielką wartość społeczną jako krok do prawdy, że wszelkie korzyści, jakie można z nich osiągnąć, są wyraźnie przeważone przez interes społeczny w porządek i moralność”.

Obsceniczność – kierując się tokiem rozumowania przedstawionym w sprawie Chaplinsky’ego miałyby się być konstytucyjnie niechroniona z tego względu, że nie jest ona istotną częścią jakiegokolwiek przedstawiania idei i stanowi co najwyżej znikomy krok w kierunku poznania prawdy (bo na pewno nie da się zaliczyć obsceniczności do tych wypowiedzi, które przez samo ich wypowiedzenie wyrządzają krzywdę lub skłaniają do natychmiastowego zburzenia pokoju). Czy jednak o „obsceniczności” da się coś takiego powiedzieć – a gdyby się nawet dało, czy byłby to jakiś w miarę choćby sensowny powód do jej zakazu?

Czy o obsceniczności można twierdzić, że nie jest ona „istotną częścią jakiegokolwiek przedstawiania idei”? Odnośnie tej kwestii trzeba powiedzieć, że no cóż – pornograficzne filmy (czy zdjęcia) raczej nie zawierają wyrażania poglądów w stylu „ja uważam, że”. Ale zwykle filmy fabularne też raczej nie zawierają tego typu prezentacji idei. Obrazy przedstawiające ludzi wykonujących wszelkie inne czynności, niż te związane z uprawieniem seksu niekoniecznie są czymś, co w większym stopniu dałoby się uznać za „przedstawianie idei” niż za „przedstawianie idei” można byłoby uznać „obsceniczność”. Jednak, gdyby gdzieś w USA – to oczywiście przykład czysto hipotetyczny, wiadomo przecież, że do czegoś takiego nigdy nie dojdzie – została uchwalona ustawa rozpowszechnienia takich obrazów – a więc zdjęć czy filmów przedstawiających ludzi, którzy siedzą, leżą, stoją, biegają, skaczą, jedzą itd. – z pewnością żaden sąd nie zgodziłby się z ewentualnym twierdzeniem, że ustawa ta nie narusza Pierwszej Poprawki, bo zabrania ona rozpowszechniania takich treści, które „nie są istotną częścią prezentacji jakichkolwiek idei”. A jeśliby się nawet zgodził z takim twierdzeniem *per se*, to przypuszczam, że nie uznałby, że z takiego akurat powodu zakaz szerzenia takich treści może być konstytucyjnie usprawiedliwiony.

Co z argumentem, że „obsceniczność” stanowi co najwyżej znikomy krok do prawdy i jest społecznie bezwartościowa? Jeśli chodzi o pierwsze z tych twierdzeń to problem z uzasadnieniem zakazów obsceniczności w oparciu o taki argument jest choćby taki, że Pierwsza Poprawka do Konstytucji zdaniem Sądu Najwyższego USA chroni (i moim zdaniem słusznie zresztą) wypowiedzi, odnośnie których z powodzeniem można byłoby twierdzić, że nie są one krokiem w stronę prawdy, lecz w przeciwną: mianowicie, świadome i bezsporne kłamstwa (wynika to w sposób jasny z orzeczenia w sprawie [United States v. Alvarez](#) z 2011 r. Oczywiście, można tu dodać, że kłamstwa mogą być czasem karane – jak w przypadku zniesławień, oszukańczych reklam handlowych, czy wzniesienia paniki w takim miejscu, jak np. pełne ludzi kino poprzez wzniesienie świadomie fałszywego okrzyku „pali się!” – lecz powodem karalności wszystkich tych typów

wypowiedzi w nie mniejszym stopniu, jak ich fałszywość jest ich szkodliwość dla innych, niż ich autorzy osób). Jeśli Pierwsza Poprawka do amerykańskiej Konstytucji nie pozwala, zdaniem Sądu Najwyższego USA na karanie kłamstw (poza bardzo szczególnymi sytuacjami) to logicznie rzecz biorąc wyciągnąć można z tego wniosek, że „obsceniczność” nie powinna być zakazana z tego powodu, że stanowi ona jakiś co najwyżej znikomy krok w kierunku prawdy.

Zaś jeśli chodzi o argument o społecznej bezwartościowości czegoś takiego, jak obsceniczność to tu oczywiście trzeba zgodzić się z tym, że jakaś twarda, wulgarna, prymitywna pornografia – a więc to, co bywa obecnie w USA uznawane za „obsceniczność” – nie jest czymś szczególnie wartościowym dla społeczeństwa. Nikt rozsądnie myślący nie będzie, jak sądzę, zaprzeczał takiemu twierdzeniu. Ale o takich treściach, o jakich była tu mowa powyżej też z powodzeniem można byłoby twierdzić, że są one mało wartościowe – przynajmniej, jeśli chodziłoby np. o zdjęcia, do których zrobienia wystarczy naciśnięcie przycisku aparatu – bo co innego można byłoby twierdzić o obrazach, których wykonanie wymaga talentu i umiejętności – a przecież żaden amerykański sąd nie uznałby ustawy zabraniającej rozpowszechnienia takich, jak wspomniane powyżej zdjęć czy też filmów za zgodną z Konstytucją w oparciu o argument, że kryminalizowane przez nią treści są mało wartościowe, czy nawet bezwartościowe społecznie.

Oczywiście, istnieje różnica pomiędzy takimi treściami, o jakich była mowa powyżej, a „obscenicznością”. Wspomnianych tu dla dobra argumentacji treści nikt nie uważa za niemoralne – i nikt też, według wszelkiego prawdopodobieństwa, nie proponuje ich zakazu, obsceniczność jest uważana za niemoralną przez bardzo wiele osób – i zresztą na poczuciu, że jest ona czymś niemoralnym w głównej mierze opierają się jej prawne zakazy. Lecz problem z uzasadnieniem zakazów „obsceniczności” w oparciu o jej niemoralność jest taki, że Pierwsza Poprawka do Konstytucji chroni – zdaniem amerykańskich sędziów i prawników – wypowiedzi, o których z powodzeniem można byłoby twierdzić, że są one bardziej niemoralne od obsceniczności. Chroni ona „mowę nienawiści”. Chroni wypowiedzi bluźniercze i obrażające uczucia związane z wyznawaną przez taką czy inną grupę osób religią. Chroni palenie czy beczeszczenie w inny sposób flagi narodowej. Chroni wypowiedzi wulgarne. Chroni wypowiedzi nawołujące do użycia przemocy bądź innego złamania prawa, chyba, że mają one na celu doprowadzenie do spowodowania bezprawnego działania w sposób praktycznie natychmiastowy i w okolicznościach, w jakich mają miejsce, faktycznie mogą osiągnąć taki skutek. Chroni obrazy przedstawiające okrucieństwo wobec zwierząt – i domyśli się można, również ludzi (aczkolwiek okrutne traktowanie czy to zwierząt, czy też ludzi oczywiście może być karane – temu Pierwsza Poprawka na pewno nie stoi na przeszkodzie). Chroni oczywiście propagowanie zbrodniczych systemów politycznych. Chroni też – poza pewnymi, szczególnymi sytuacjami (o których wspomniałem powyżej) nie tylko wypowiedzi nieumyślnie błędne, ale także świadomie kłamliwe. Jest więc czymś dziwnym niechronienie „obsceniczności” z powodu jej niemoralności, przy jednoczesnym chronieniu

wszystkich wspomnianych tu – równie, o ile nie bardziej niemoralnych, jak obsceniczność, rodzajów wypowiedzi.

Odnosnie zakazów „obsceniczności” w USA z powodzeniem można zatem powiedzieć, że są one niczym innym, jak po prostu dziwactwem – są całkowicie sprzeczne z generalnie panującym obecnie w amerykańskim prawie konstytucyjnym podejściem do kwestii granic wolności słowa, zgodnie z którym można wprowadzić – pod pewnymi warunkami – zakazywać wypowiedzi, które bezpośrednio prowadzą do określonych szkód, ale nie można zakazywać wypowiedzi z tego powodu, że są one obraźliwe, nieprzyzwoite, niemoralne, fałszywe, bądź mogące jakoś pośrednio prowadzić do takich czy innych negatywnych skutków. Czy ta wewnętrzna sprzeczność w amerykańskim prawie dotyczącym wolności słowa zostanie za jakiś czas wyeliminowana?

Może kiedyś tak... pewnie kiedyś tak, lecz wydaje mi się, że trudno byłoby mieć poważną nadzieję na to, że stanie się to szybko. Z jakiego powodu? Otóż z takiego, że bardzo ważną rolę w interpretacji Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA przez amerykański Sąd Najwyższy odgrywa obecnie tradycja. Tradycja o jaką tu chodzi – nie będąca bynajmniej tradycją sięgającą w jakąś daleką przeszłość, lecz raczej będąca tradycją wypracowaną przez Sąd Najwyższy w ciągu mniej więcej ostatniego wieku – i w praktyce przede wszystkim w czasach po II wojnie światowej powstrzymuje amerykański Sąd Najwyższy od akceptowania nowych zakazów wypowiedzi, jakie władze czasem usiłują wprowadzić. Lecz jednocześnie ta sama tradycja powstrzymuje Sąd Najwyższy od krytycznego spojrzenia się na te zakazy wypowiedzi, które przyjęło się uważać za zgodne z I Poprawką.

Tak czy inaczej, przewidywanie tego, czy Sąd Najwyższy USA orzeknie kiedyś, że zakazy „obsceniczności” (a w każdym razie zakazy obsceniczności kierowanej wyłącznie do chcących ją oglądać osób dorosłych) są sprzeczne z I Poprawką do Konstytucji jest próbą przewidywania przyszłości, a przewidywanie, jak stwierdził ponoć duński fizyk Niels Bohr, jest bardzo trudne, *zwłaszcza*, jeśli chodzi o przyszłość. Lecz zakazy „obsceniczności” mogą stracić na znaczeniu i w praktyce przestać obowiązywać z innego powodu, jak wskutek uznania ich na drodze sądowej za niezgodne z konstytucją, a mianowicie z powodu zmian społecznych. Dzisiejsza Ameryka jest, wydaje mi się, krajem znacznie bardziej tolerancyjnie odnoszącym się do spraw dotyczących seksu, niż Ameryka w roku powiedzmy 1973, kiedy to Sąd Najwyższy USA wydał orzeczenie w sprawie Miller v. California, ustanawiające obowiązujący wciąż standard, na mocy którego „obsceniczność” oddzielana jest od konstytucyjnie chronionej ekspresji. W uzasadnieniu tego wyroku zostało wspomniane, jakie treści mogą być uznawane za obsceniczne i niechronione w związku z tym przez Pierwszą Poprawkę. Są to (choć nie jest to w konieczny sposób zamknięta lista):

(a) Wyraźnie obraźliwe przedstawienia lub opisy ostatecznych aktów seksualnych, normalnych lub wypaczonych, rzeczywistych lub symulowanych.

(b) Wyraźnie obraźliwe przedstawienia lub opisy masturbacji, funkcji wydalniczych i lubieżnego pokazywania genitaliów.

Sformułowanie to jest potencjalnie całkiem szerokie. Według tego, co zostało w nim napisane za obsceniczność nie mogłoby zostać uznane przysłowiowe zdjęcie gołej baby – Sąd Najwyższy USA wyraźnie kiedyś stwierdził, że nagość *per se* nie może być uważana za obsceniczność. Za obsceniczność mógłby jednak zostać uznany np. film, który pokazuje – niekoniecznie tylko i wyłącznie, jak w hipotetycznym przykładzie prof. F. Schauera – narządy płciowe mężczyzny i kobiety w czasie stosunku. Nawet więcej – z tego co sędzia Warren Burger napisał w uzasadnieniu decyzji w sprawie *Miller v. California* można byłoby wyciągnąć wniosek, że władze mają prawo zabronić rozpowszechniania obrazów udawanego seksu: w tym fragmencie uzasadnienia decyzji Sądu, w której była mowa o tym, co może być uznawane za obsceniczność zostało wspomniane o „wyraźnie obraźliwych” przedstawieniach *symulowanych* aktów seksualnych. To by sugerowało, że za „obsceniczny” mógłby zostać uznany np. taki film, który rzekomo przedstawia stosunek seksualny, lecz w którym narządy płciowe kochających się ze sobą osób nie są pokazywane i żaden stosunek w rzeczywistości nie został na nim zarejestrowany. Lecz rozpowszechnianie tego typu treści nie jest przecież obecnie w USA karane – nawet, jeśli teoretycznie rzecz biorąc byłoby to możliwe w oparciu o precedens ustanowiony w sprawie *Miller v. California*. W praktyce, o ile mi wiadomo, jest też prawnie tolerowane rozpowszechnianie pornografii, która wyraźnie pokazuje np. narządy płciowe w trakcie stosunku (chyba, że odbywa się to z udziałem dzieci – pornografia dziecięca jest w USA bardzo mocno tępiona – grozi za nią wiele lat więzienia – jest ona zresztą uznawana przez amerykański Sąd Najwyższy za odrębną od „obsceniczności” kategorię konstytucyjnie niechronionej ekspresji). Za obsceniczność, jeśli już, bywają uznawane przedstawienie jakichś bardziej osobliwych od zwykłego seksu i „zboczonych” zachowań – seksu grupowego, seksu z użyciem przemocy, wytrysków na twarz itd. Nie chcę wchodzić już tu w to, czy szerzenie takich treści – szczególnie już do chcących je oglądać osób – powinno być zakazane: z tego co napisałem tu wcześniej bez trudu można wywnioskować, że nie. Co jest jednak istotne, to to, że standardy dotyczące tego, co jest „obscenicznością” zmieniają się w Stanach Zjednoczonych na przestrzeni czasu. Kiedyś, dawno już temu, dosłownie zbaraniałem, gdy zobaczyłem, za publikowanie jakich treści został w latach 50 skazany na 5 lat więzienia wspomniany już tu Samuel Roth: były to, jak pamiętam, zdjęcia nagich kobiet, fotografowanych od tyłu. Obecnie w USA raczej nikomu (a w każdym razie komuś będącemu prokuratorem czy tym bardziej sędzią) nie przychodzi w sposób poważny do głowy, że tego drukowanie, czy umieszczanie np. w Internecie tego rodzaju obrazów powinno być traktowane jako przestępstwo. Jakkolwiek więc obsceniczność w dalszym ciągu uznawana jest za ekspresję niechronioną przez Pierwszą Poprawkę do Konstytucji USA, to zakres tego, co w praktyce uważane jest za obsceniczność stopniowo się zawęża. Tak więc rzeczą równie możliwą jak

to, że „obsceniczność” zostanie wykreślona z kategorii konstytucyjnie niechronionych wypowiedzi na mocy jakiegoś hipotetycznego, przyszłego wyroku Sądu Najwyższego USA jest to, że prawa przeciwko obsceniczności umrą śmiercią naturalną wskutek ich praktycznego niestosowania. Wydaje mi się, że tak się zresztą już obecnie dzieje – choć ilości produkowanej i rozpowszechnianej w USA pornografii są, o ile mi wiadomo, olbrzymie, procesy o „obsceniczność” stanowią w dzisiejszej Ameryce prawdziwą rzadkość.

[Strona główna](#)