

Maciej Zowczak

Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Mateusz Żyła

Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Nawoływanie do popełnienia przestępstwa a wolność słowa na podstawie *Brandenburg v. Ohio*¹

1. Wprowadzenie

Wolność wypowiedzi to jedno z fundamentalnych praw przysługujących człowiekowi, respektowanych w każdym demokratycznym państwie prawa i zagwarantowane przez liczne akty prawne o charakterze międzynarodowym². Jest nie tylko wolnością samą w sobie, ale też narzędziem służącym realizacji innych wartości. Pluralizm – jeden z fundamentów demokracji i podstawowych zasad funkcjonowania społeczeństwa – istnieje właśnie dzięki wolności słowa. To ona gwarantuje możliwość swobodnego konfrontowania poglądów, w wyniku czego wypracowuje się społeczny i polityczny konsensus. Wolność wypowiedzi, przez jednych uważana jest za wolność absolutną, inni zaś starają się wyznaczyć jej granice. Problematyka ta, jako całościowe ujęcie istnienia i zakresu granic tej wolności, wykracza poza ramy niniejszej pracy. Przybliżona zostanie jedna z wielu kategorii wypowiedzi, która często wywołuje kontrowersje. Jest nią kategoria wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstw. Nawet wśród zwolenników jak najszerzego ujęcia granic opisywanej wolności, zauważalna jest pewna wstrzemięźliwość i obawa przed zapewnieniem tym wypowiedziom równie szerokiej ochrony co pozostałym. Naszym zdaniem właśnie

¹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

² Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny: „Wolność słowa jest wartością fundamentalną w demokratycznym państwie prawa i wszelkie ograniczenia na tym polu muszą być szczególnie mocno i jednoznacznie uzasadnione innymi wartościami konstytucyjnymi”, wyrok TK z 25 lutego 2014 SK 65/12; Wolność wypowiedzi gwarantują m.in. art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r., art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.

one są jednym z najważniejszych gwarantów wspomnianego pluralizmu. Przedmiotem niniejszej pracy będzie przełomowe orzeczenie *Brandenburg v. Ohio* z 1969 r., w którym wypracowano odważny jak na tamte czasy i wciąż aktualny współcześnie standard ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa.

Rozpoczynając rozważania na temat tej kategorii wypowiedzi, należałoby postawić pytanie, dlaczego i w jakim zakresie wymaga ona ochrony. Każdy pogląd, nawet najbardziej radykalny zasługuje na ochronę, oczywiście do momentu, kiedy nie przerodzi się w faktyczne działanie. Jeżeli stanowi on nawoływanie do popełnienia przestępstwa, czy nawet wzywa do nienawiści, objęcie go ochroną stwarza możliwość skonfrontowania go z poglądami reszty społeczeństwa i w ten sposób nawet najbardziej niebezpieczna idea ulegnie społecznemu ostracyzmowi. W pewnych przypadkach odbiór społeczeństwa i negatywna reakcja jest lepszą sankcją i zabezpieczeniem przed rozprzestrzenianiem się niebezpiecznych myśli niż państwo, które próbując chronić społeczeństwo, osiąga wręcz odwrotny skutek. Poglądy, pozbawione właśnie przez władze tych najbardziej radykalnych treści, są akceptowane przez społeczeństwo, kiedy w przypadku ich dopuszczenia, spotkałyby się z negatywnym odbiorem. Rozumowanie to znajduje oparcie w wywodzie Johna Milтона z jego dzieła *Areopagitica* z 1644 r. W traktacie tym, będącym sprzeciwem wobec uchwalonej przez parlament brytyjski ustawy wprowadzającej cenzurę utworów literackich, wskazał on, że ograniczanie wolności wypowiedzi jest bronią obosieczną – eliminującą zarówno niebezpieczne i szkodliwe wypowiedzi, jak i te wartościowe: „I chociażby wichry wszystkich doktryn zaczęły, wypuszczone, hulać po powierzchni ziemi i Prawda znalazła się w niebezpieczeństwie, wyrządzamy jej szkodę wprowadzając cenzurę oraz zakazy i niedowierzając jej sile. Niech stanie ona do walki z Fałszem – czyż ktokolwiek kiedyś słyszał, by Prawda poniosła klęskę w wolnym i otwartym starciu? Ograniczanie jej jest najlepszym i najpewniejszym sposobem jej zdławienia”³. Myśl ta została rozwinięta dwieście lat później w działalności Johna Stuarta Milla, który w swoim dziele *O wolności* zaproponował koncepcję *free marketplace of ideas*. Wolny rynek idei pozwala jego uczestnikom na samodzielne podejmowanie decyzji jako pogląd, idea zasługuje na przyjęcie a jaka na zdecydowane odrzucenie. Decyzje podejmowane w wyniku działalności tego rynku są o wiele bardziej akceptowalne przez jego uczestników niż gdyby miały być podjęte przez władzę. Koncepcja „wolnego rynku idei” zostanie szerzej omówiona w dalszej części pracy, gdyż miała ona niebywały wpływ na ukształtowanie się linii orzeczniczej SN USA w dziedzinie ochrony wolności wypowiedzi w XX w. i tym samym na ostateczny kształt ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa.

³ J. Milton, *Areopagitica*, tłum. J. Rzepa, Warszawa 2012, s. 102.

Kolejną kwestią, nad którą warto się pochylić jest to, czy jakiegokolwiek ograniczenia wolności wypowiedzi przynoszą zakładany skutek. Warto tutaj przytoczyć wypowiedź Bartłomieja Kozłowskiego, która przedstawia się następująco: „W Stanach Zjednoczonych, gdzie swobodnie działają ugrupowania neonazistowskie (tak samo zresztą, jak i skrajnie komunistyczne), a Pierwsza Poprawka do Konstytucji – jak się ją obecnie interpretuje – zapewnia bezkarność głoszenia najbardziej nawet skrajnych – rewolucyjnych, totalitarnych czy rasistowskich – poglądów, zjawiska przemocy i dyskryminacji na tle rasowym, narodowym, czy religijnym wcale nie są częstsze, niż w wielu krajach europejskich – np. Niemczech, Francji czy Wielkiej Brytanii – w których rasistowskie wypowiedzi są zakazane, a ich autorzy karani wysokimi grzywnami lub zamykani w więzieniach”⁴. Związek między takimi wypowiedziami a czynami, jak np. gwałty czy inne akty przemocy – jeśli nawet występuje – to jest wyłącznie pośredni⁵. Na uwagę zasługuje też fakt, że ustawodawca nie jest w stanie przewidzieć, jak dana wypowiedź wpłynie na zachowanie potencjalnego odbiorcy. Zastanówmy się więc, czy wypowiedzi nawołujące, zachęcające do popełnienia przestępstwa stanowią dużo większe zagrożenie niż pozostałe wypowiedzi. Dla jednych wypowiedzi wzywające do bezprawnego działania staną się jedynie przedmiotem oburzenia czy wywołają niechęć do ich autora, innym do podjęcia niebezpiecznej działalności wystarczą słowa, czy przekaz w innej postaci, które na pierwszy rzut oka wydawać się mogą całkowicie „bezpieczne”, np. wypowiedzi krytycznie odnoszące się do jakiegoś zjawiska, wydarzenia. Czy w związku z tym należałoby karać tak samo wypowiedzi krytyczne? – stąd już niedaleka droga do wyeliminowania wolności słowa z katalogu praw i wolności człowieka. Nawoływania do popełnienia przestępstwa nie mają same z siebie jakiejś „magicznej mocy”, która popycha ich odbiorców do łamania prawa, taki sam wpływ mogą mieć wypowiedzi pozbawione elementu nawołującego⁶. Rolą państwa jest zapobieganie bezprawnym działaniom, ale musi to przebiegać proporcjonalnie do zagrożenia, czego nie można powiedzieć o takim prewencyjnym ograniczaniu wolności słowa. Ponadto działalność władzy może przynieść wręcz odwrotny efekt. Jeżeli zarówno wypowiedź, jak i faktyczne działanie są zakazane, dla niektórych osób o wiele bardziej opłacalne będzie popełnienie przestępstwa niż nawoływanie do tego. Czasami zainteresowanie organów ścigania wypowiedziami o takim charakterze, nagłaśnia je i poszerza krąg potencjalnych odbiorców. Oczywiście jest, że istnieją granice, których nawet takie wypowiedzi nie mogą przekro-

⁴ B. Kozłowski, *Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie Schenk versus United States*, <http://wiadomosci.polska.pl/kalendarz/kalendarium/article.htm?id=36553> (dostęp: 17.07.2010), cyt. za: A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi. Studium konstytucyjne*, Warszawa 2013, s. 250.

⁵ *Ibidem*, s. 250.

⁶ B. Kozłowski, *Cejrowski, nawoływanie do popełnienia przestępstwa i wolność słowa*; <http://bartlomiejkozowski.eu.interiowo.pl/incitement.htm> (dostęp: 12.07.2015).

czyć. Ma to miejsce wtedy, gdy wypowiedź stanowi jedno ze znamion czynu zabronionego w postaci groźby, czy kiedy słowa nawołujące do popełnienia przestępstwa bądź je pochwalające stają się penalizowanym podżeganiem.

Idąc dalej, nawoływanie do przestępstwa często stanowi też swego rodzaju postulat zmiany prawa kierowany przez społeczeństwo, bądź jego część, w stronę ustawodawcy. W takim wypadku wypowiedzi te stanowią element politycznego happeningu, który często dla swojej skuteczności musi wykorzystywać jak najmocniejsze środki wyrazu.

Problematyka ochrony opisywanej kategorii wypowiedzi w Polsce stanowi przedmiot zainteresowania drugiej części niniejszych rozważań. Pierwsza część dotyczy będzie ujęcia tego zagadnienia w Stanach Zjednoczonych, gdzie zdaniem autorów wykształcił się jeden z najlepszych systemów ochrony wolności wypowiedzi w ogóle i ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa. Podsumowanie stanowić będzie porównanie tych dwóch odmiennych rozwiązań i próbę oceny dokonaną przez autorów.

Przykłady wypowiedzi, które w USA podlegają ochronie, u czytelnika przyzwyczajonego do europejskich standardów mogą niekiedy wywoływać oburzenie. Należy wziąć jednak pod uwagę, że na to, w jaki sposób podchodzi się do wolności słowa w USA i na Starym Kontynencie obecnie, ma wpływ przede wszystkim odmienna historia tych regionów świata. Europa doświadczyła negatywnych konsekwencji popularyzacji ideologii takich jak nazizm czy komunizm, czego skutkiem była wyniszczająca II wojna światowa oraz Holocaust. Obecnie trudno wyobrazić sobie gdziekolwiek w Europie przemarsz organizacji neonazistowskiej po dzielnicy zamieszkiwanej przez ludność żydowską. W Stanach Zjednoczonych takie sytuacje miały miejsce i co więcej zdaniem Sądu Najwyższego USA mieszczą się one w granicach wolności wypowiedzi⁷. Obecnie ta pozytywna tendencja do jak najszerzego ujmowania granic wolności wypowiedzi zaczyna się odwracać. Wywołane jest to wszechogarniającą obawą przed terroryzmem i tym razem to Stany Zjednoczone, a nie Europa stały się miejscem najtragiczniejszych wydarzeń⁸.

Rozmiary tej pracy nie pozwalają na dogłębne przeanalizowanie ewolucji, jakiej poddane zostało podejście do wolności wypowiedzi w Stanach Zjednoczonych. Należałoby jednak przybliżyć czytelnikowi parę istotnych kwestii, które stanowią podstawy systemu ochrony wolności wypowiedzi w tym kraju.

⁷ *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

⁸ Przykładowym orzeczeniem wyrażającym tę tendencję jest *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010). Zostanie ono omówione w dalszej części pracy.

2. Wolność wypowiedzi w amerykańskim porządku prawnym

Konstytucja Stanów Zjednoczonych została uchwalona 17 września 1787 r., a weszła w życie 4 marca 1789 r. Była ona rezultatem ostrej dyskusji, a wręcz walki toczonej między federalistami a antyfederalistami. Ci pierwsi byli zwolennikami konstytucji uchwalonej w takiej formie, ci drudzy jej przeciwnikami, którzy uznawali, że nie chroni ona praw jednostki, więc tuż po jej uchwaleniu, dążyli do wprowadzenia poprawek gwarantujących te prawa. Dlatego już wkrótce po ratyfikacji rozpoczęto dalszą dyskusję dotyczącą wprowadzenia w życie poprawek konstytucyjnych regulujących kwestie praw i wolności jednostki. Rezultatem tej dyskusji było przegłosowanie przez Kongres 25 września 1789 r. pakietu dwunastu poprawek, z których tylko dziesięć zostało ratyfikowane przez stany i weszło w życie 15 grudnia 1791 r. jako Karta Praw (*Bill of Rights*)⁹. Choć formalnie *Bill of Rights* jako zbiór poprawek konstytucyjnych miała charakter wiążący w całym systemie prawnym USA, to aż do lat dwudziestych XX w. uznawano, że odnoszą się one tylko i wyłącznie do rządu federalnego. Orzeczenia pochodzące z tamtego okresu (m.in. *Gitlow v. New York*¹⁰, *Near v. Minnesota*¹¹ czy *De Jonge v. Oregon*¹²) rozpoczęły proces inkorporacji Karty Praw, który prowadził do uznania, że obowiązuje ona także władze stanowe¹³. Minęło więc ponad sto lat zanim obywatele Stanów Zjednoczonych mogli w pełni korzystać z praw i wolności gwarantowanych przez poszczególne poprawki.

Pierwsza Poprawka powszechnie kojarzona z wolnością słowa, wprowadziła także wolność religijną, wolność prasy oraz wolność zgromadzeń i stowarzyszeń. Wolność religijna została wyznaczona przez dwie klauzule: klauzulę ustanowienia (*establishment clause*; oznacza ona rozdział państwa i Kościoła, brak religii państwowej, zakaz tworzenia przez państwo związków wyznaniowych, promowania jakiegokolwiek wyznania przez państwo) oraz klauzulę swobody praktykowania religii (*free exercise clause*)¹⁴. Wprowadzającym wolność słowa i prasy twórcom poprawki towarzyszyła pamięć o czasach kolonialnych, kiedy służyły one jako narzędzie walki z Koroną brytyjską. Może też dlatego, mimo że wolność słowa jest pojęciem szerszym i wydaje się niepotrzebne osobne wyróżnienie wolności prasy, z uwagi na historię, zdecydowano się w ten sposób podkreślić rolę prasy w życiu publicznym¹⁵. Szkoda, że w późniejszych czasach zapomi-

⁹ P. Laidler, *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Przewodnik*, Kraków 2007, s. 108.

¹⁰ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

¹¹ *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

¹² *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937).

¹³ L. Garlicki, *Bill of Rights w rozwoju konstytucji federalnej Stanów Zjednoczonych*, [w:] *Konstytucja USA 1787–1987. Historia i współczesność*, Warszawa 1987.

¹⁴ P. Laidler, *Konstytucja Stanów...*, s. 110.

¹⁵ *Ibidem*, s. 114.

nano o tej historii i to Kongres, wzorem Korony ograniczył swobodę wypowiedzi, stosując środki prawnokarne podczas konfliktów zbrojnych¹⁶. Ostatnią już z wolności zagwarantowanych przez Pierwszą Poprawkę jest swobodne organizowanie się obywateli w zgromadzenia. Chociaż bezpośrednio nie wprowadza ona pojęcia wolności stowarzyszenia się, to pośrednio wynika ona z jej postanowień¹⁷.

Co do samej Pierwszej Poprawki i wolności wypowiedzi, to jedną z podstawowych zasad amerykańskiego porządku prawnego, którą należałoby w tym momencie przytoczyć, jest założenie, że katalog wypowiedzi pozostających poza ochroną Pierwszej Poprawki jest zamknięty. Ponadto Sąd Najwyższy przyjmuje swego rodzaju fikcję prawną, że ten stan zamknięcia istnieje już od 1791 r. (uchwalenia Karty Praw). W takim wypadku Sąd Najwyższy, decydując o wyłączeniu spod ochrony jakiejś kategorii wypowiedzi, nie kreuje tego wyłączenia, a jedynie na przykładzie konkretnego stanu faktycznego je „odkrywa”¹⁸.

2.1. Droga do orzeczenia *Brandenburg v. Ohio*

Rozważając problematykę nawoływania do popełnienia przestępstwa w kontekście ochrony wolności słowa zagwarantowanej przez Pierwszą Poprawkę oraz analizując sam wyrok i uzasadnienie w sprawie *Brandenburg v. Ohio*, należałoby przytoczyć wcześniejsze orzeczenia US Supreme Court, które poprzedzały to historyczne rozstrzygnięcie. W tym celu konieczna wydaje się analiza ewolucji doktryny *clear and present danger* zaproponowanej przez sędziego O.W. Holmesa w sprawie *Schenck v. United States*, a odrzuconej przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wraz z uchyleniem precedensu *Whitney v. California*¹⁹ w *Brandenburg v. Ohio* oraz poprzedzającej ją *bad tendency test*.

Doktryna *bad tendency* została sformułowana przez Sąd Najwyższy w sprawie *Patterson v. Colorado*²⁰. Przed *clear and present danger* była podstawowym kryterium oceny legalności wypowiedzi stosowanym przez Sąd. Na mocy doktryny *bad tendency* wystarczające do wydania wyroku skazującego było stwierdzenie, że dana wypowiedź charakteryzuje się szkodliwą, z punktu widzenia władzy, tendencją, niezależnie od tego czy wywołała ona jakiegokolwiek negatywny skutek. Z takim orzecznictwem mieliśmy do czynienia na tle *Espionage and Sedition Act*. To jedno z najbardziej kontrowersyjnych ustaw – *Espionage Act* (ustawa o szpiegostwie) uchwalona w 1917 r., powstała po przyłączeniu się USA do wojny. Miała bronić przed niesubordynacją w wojsku i nie dopuszczać do popierania wrogów USA,

¹⁶ S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie*, Warszawa 1997, s. 110.

¹⁷ P. Laidler, *Konstytucja Stanów...*, s. 116.

¹⁸ J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013, s. 80.

¹⁹ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

²⁰ *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907).

ale dodatkowo ograniczała wolność słowa. Jej rozszerzeniem i poprawką była *Sedition Act* (ustawa o buncie) z 1918 r., która karała stawianie rządu USA i jego wysiłków wojennych w złym świetle i która została uchylona w 1920 r. W ramach ciekawostki można dodać, że *Espionage Act* stała się podstawą skazania Edwarda Snowdena w 2013 r. Pragnąc przybliżyć jak niebezpieczne było stosowanie *Espionage Act* w połączeniu z *bad tendency test*, wystarczy przytoczyć fragment uzasadnienia wyroku federalnego sądu apelacyjnego w San Francisco w sprawie *Schaefer v. United States*²¹: „dezaprobata wobec wojny i propagowanie pokoju nie są wprawdzie czynami wprost zakazanymi przez *Espionage Act*, jednakże dla odpowiedzialności karnej istotne jest to, czy tendencja wypowiedzi jest obliczona na spowodowanie skutku zakazanego przez ustawę”²².

Standard ochrony opisywanej kategorii wypowiedzi nie uległ znaczącej poprawie po zastąpieniu *bad tendency test* doktryną *clear and present danger*. O ile na podstawie *bad tendency test* daną osobę można było skazać za samą „złą tendencję” wypowiedzi, o tyle doktryna *clear and present danger* dopuszczała penalizację wypowiedzi, pod warunkiem że może ona doprowadzić do zabronionego skutku lub taki był zamiar sprawcy. Doktrynę tę naszkicował sędzia Oliver Wendell Holmes w sprawie *Schenck v. United States* w 1919 r.²³ W sprawie tej, pozwany został oskarżony o próbę spowodowania nie-subordynacji w wojsku i utrudniania werbunku. Ulotki, które były rozdawane nawoływały do oporu i potępiały pobór, podważając sens wysiłku wojennego. Sędzia O.W. Holmes, który był autorem uzasadnienia, odrzucił możliwość zastosowania Pierwszej Poprawki. Stwierdził on, że ocena każdego działania zależy od okoliczności, w jakiej zostało ono dokonane. Nawet najdalej posunięta ochrona wolności wypowiedzi nie usprawiedliwia, a więc i nie chroni osoby fałszywie krzyczącej „pożar” w przepelnionym teatrze, wywołując w ten sposób panikę. Idąc dalej zaznaczył, że badając konkretną sprawę, należy zadać sobie pytanie, czy dane słowa zostały wypowiedziane w takich warunkach i czy są takiej natury, że mogą spowodować jawne i bezpośrednie niebezpieczeństwo (*clear and present danger*), które przyniesie istotne zło, któremu Kongres ma prawo zapobiegać. Właśnie pytanie o bliskość i stopień zagrożenia, do którego doprowadzić może dana wypowiedź, zastąpiło więc pytanie o tendencję wypowiedzi. Kolejnym kryterium decydującym o tym, czy dane słowa zasługują na ochronę powinny być też, wspomniane wyżej, okoliczności, w jakich zostały one wypowiedziane. Taką podstawą do pozbawienia wypowiedzi ochrony według sędziego Holmesa jest na pewno wojna – gdy naród prowadzi wojnę, wiele kwestii, które można spokojnie poruszać w czasach pokoju, może stanowić przeszkodę w jego wysiłkach. Tak długo jak ona trwa,

²¹ *Schaefer v. United States* 251 U.S. 466 (1920).

²² *Ibidem*, s. 104.

²³ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

debata prowadząca do tego niepożądanego rezultatu, może zostać powstrzymana i żaden sąd nie powinien uznać wypowiedzi o takim charakterze za korzystające z ochrony.

Sędzia O.W. Holmes nie pokusił się jednak o głębszą analizę zaproponowanej przez siebie formuły. Również w kolejnych sprawach ani sędzia Holmes, ani Sąd Najwyższy nie dokonali jasnej i jednoznacznej wykładni tej doktryny, często ją zniekształcając i stosując w celu daleko idącego zawężania wolności wypowiedzi (wybiegając w przód, można zaznaczyć, że było to jednym z powodów uchylenia precedensu *Whitney v. California* w sprawie *Brandenburg v. Ohio*). Nie minęło nawet sześć miesięcy, kiedy sędzia Holmes poddał delikatnej krytyce zaproponowany przez siebie *clear and present danger test*, zestawiając go jednocześnie z koncepcją „wolnego rynku idei”.

Sprawa *Abrams v. United States*²⁴ badana przez Sąd Najwyższy USA w listopadzie 1919 r., to również sprawa związana z *Sedition Act* z 1918 r. Oskarżonym zarzucano rozrzucanie ulotek o charakterze antywojennym z okien budynku w centrum Nowego Jorku. Ulotki te potępiały zaangażowanie USA w wojnę domową w Rosji (wysyłanie wojsk, produkcja broni). Sąd Najwyższy utrzymał w mocy wyrok skazujący oskarżonych na kary pozbawienia wolności od 3 do 20 lat za „podżeganie do oporu przeciwko wysiłkowi wojennemu i zachęcanie do ograniczania produkcji przemysłu wojennego”. Z wyrokiem tym nie zgodził się sędzia O.W. Holmes, autor opisywanej formuły *clear and present danger*. W swojej opinii odrębnej nawiązał także do opisywanej już koncepcji *free marketplace of ideas*, wyraźnie nawiązując do poglądów Johna Milтона i Johna Stuarta Milla. Co ważne, wolność wypowiedzi w opinii sędziego O.W. Holmesa nie ma charakteru absolutnego, a jej granicę stanowi pozytywny wynik zaproponowanego przez niego testu *clear and present danger*. Sędzia Holmes, opowiadając się za szerszą ochroną wypowiedzi, stwierdził, że nie należy ograniczać swobodnego przepływu i swobodnej konkurencji na wolnym rynku idei, chyba że pojawiające się na nim idee stanowią tak poważne zagrożenie, że dla ratowania kraju konieczna jest natychmiastowa interwencja.

W kolejnych po *Abrams v. United States* sprawach (m.in. *Schaefer v. United States*, *Pierce v. United States*²⁵, *Gitlow v. New York*) sędziowie Holmes i Brandeis kontynuowali rozpoczętą w 1919 r. drogę na rzecz poprawy standardu ochrony wolności wypowiedzi, wyrażając swoje poglądy w zdaniach odrębnych. Jedną z najważniejszych spraw w dziedzinie ochrony wolności słowa była sprawa *Whitney v. California* z roku 1927.

Anita Whitney, działaczka Komunistycznej Partii Pracy została skazana na podstawie *California Criminal Syndicalism Statute*, który penalizował członkostwo w organizacji nawołującej do użycia siły w celu wywołania gospodarczych lub politycznych

²⁴ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

²⁵ *Pierce v. United States*, 252 U.S. 239 (1920).

zmian. Sąd jednogłośnie uznał skazanie Whitney oraz *California Criminal Syndicalism Statute* za zgodne z konstytucją, argumentując przy tym, iż państwo ma prawo do karania tych, którzy nadużywają swojego prawa do wolności słowa poprzez wypowiedzi zagrażające dobru publicznemu, podżegające do przestępstwa bądź grożące obaleniem rządu. Rozstrzygnięcie tej sprawy stało się wiążącym precedensem aż do 1969 r. i decyzji Sądu Najwyższego, który uniewinnił Clarence'a Brandenbura, uchylając przy tym precedens *Whitney v. California*.

Działalność sędziów Holmesa i Brandeisa i ich opinie w omawianych sprawach stanowiły konsekwentne dążenie do zapewnienia omawianej wolności jak najsilniejszej ochrony. Forsowali oni koncepcję *free marketplace of ideas*, którą zestawili z naszkicowanym przez sędziego Holmesa w sprawie *Schenck v. United States* testem *clear and present danger*. Stali na stanowisku, że każda idea, myśl, pogląd zasługują na pojawienie się na wolnym rynku myśli, ponieważ potencjalne zło i fałsz, jakie ze sobą niosą spotka się z negatywną reakcją uczestników tego rynku. Dopiero wówczas, gdy niebezpieczeństwo, jakie za sobą niosą jest realne i czasu jest zbyt mało na reakcję rynku (przykład z teatrem i pożarem) – wypowiedź spełnia test *clear and present danger* i powinna się spotkać z działaniem ze strony władz, które są uprawnione i zobowiązane do zapobiegania takim niebezpieczeństwom. To stanowisko zostało ostatecznie zaakceptowane w 1969 r. w sprawie *Brandenburg v. Ohio*. Tym samym koncepcja „wolnego rynku idei” zyskała praktycznie status hegemonia determinującego linię orzeczniczą Sądu Najwyższego USA (a potem także sądów niższych instancji na szczeblu federalnym i stanowym) w sprawach dotyczących wolności wypowiedzi²⁶.

2.2. Analiza wyroku *Brandenburg v. Ohio*

Clarence Brandenburg jako lider grupy Ku Klux Klanu w Ohio swoim działaniem doprowadził do powstania precedensu, który ukształtował orzecznictwo US Supreme Court na lata i do dnia dzisiejszego jest uznany standardem ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa.

Latem 1964 r., przed zebraniem swojej grupy Ku Klux Klanu zadzwonił on do reportera stacji telewizyjnej w Cincinnati i zaprosił go na zjazd, który odbywał się na farmie w hrabstwie Hamilto. W porozumieniu z organizatorami reporter i operator wzięli udział w spotkaniu i nagrali wydarzenie. Fragmenty nagrania zostały później wyemitowane w lokalnej i w ogólnokrajowej telewizji. Akt oskarżenia został oparty na nagraniach i zeznaniach, na których widać jak oskarżony rozmawia z reporterem oraz jak przemawia do uczestników zjazdu. Stan Ohio jako dowody przedstawił też przedmioty, które pojawiają się na filmie, czyli między innymi: pistolet, karabin, strzelbę, amunicję, Biblię.

²⁶ A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi...*, s.121.

Jeden z filmów pokazuje tylko reportera i dwanaście trzymających broń zakapturzonych postaci, które są skupione wokół palącego się krzyża. Większość słów wypowiedziana na nagraniu jest niezrozumiała, ale pojedyncze zdania wydają się uwłaczać Murzynom, a w jednym przypadku także Żydom. Inna scena na tym samym filmie pokazuje Brandenburga, który w regaliach Klanu wygłasza przemowę. Wypowiedź ta w całości brzmi: „To jest spotkanie organizatorów. Tylko część członków jest tutaj dzisiaj – mamy setki, setki członków w Stanie Ohio. Mogę zacytować fragment z niedzielnego wydania, sprzed pięciu tygodni z gazety «Ohio Dispatch» wydawanej w Columbus: Klan ma więcej członków w stanie Ohio, niż jakakolwiek inna organizacja. Nie jesteśmy organizacją żadną zemsty, lecz jeśli nasz Prezydent, nasz Kongres i nasz Sąd Najwyższy będą nadal dławić białą, kaukaską rasę jest możliwe, że trzeba będzie dokonać zemsty. Maszerujemy na Kongres 4 lipca, siłą czterystu tysięcy ludzi. Tam dzielimy się na dwie grupy, jedna maszeruje do St. Augustine na Florydzie, druga do stanu Missisipi. Dziękuję”.

Drugi film również pokazuje sześć zakapturzonych osób, z których niektóre trzymają broń. Jedna z nich została później zidentyfikowana jako oskarżony, powtarzał on przemowę bardzo podobną do tej nagranej na pierwszym filmie. Wzmianka o możliwej zemście została przeoczona, ale zostało dodane zdanie: „Osobiście wierzę, że czarnuchy powinny wrócić do Afryki, a Żydzi do Izraela”²⁷.

Clarence Brandenburg został skazany na podstawie *Ohio Criminal Syndicalism Statute* za „nawoływanie o... obowiązk, konieczności oraz stosowności przestępstwa, sabotażu, przemocy oraz innych działań terrorystycznych jako środków do osiągnięcia politycznych lub gospodarczych reform” oraz za „dobrowolne zgromadzanie się ze społecznością, grupą, zbiorowiskiem osób zebranych w celu nauczania i propagowania doktryny kryminalnego syndykalizmu”. Został ukarany grzywną \$ 1000 i skazany na karę 10 lat pozbawienia wolności. Wnosząc apelację, zakwestionował konstytucyjność *Ohio Criminal Syndicalism Statute*, w związku z Pierwszą i Czternastą Poprawką do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, Sąd Apelacyjny Stanu Ohio podtrzymał decyzję bez wydania opinii, natomiast Sąd Najwyższy Stanu Ohio odrzucił jego apelację *sua sponte* z powodu braku istotnej kwestii konstytucyjności, nie dołączając uzasadnienia swojej decyzji. Apelacja została skierowana do Sądu Najwyższego, a ten stwierdził, że jest na tyle zasadna, że ją rozpatrzył.

Ohio Criminal Syndicalism Statute z 1919 r. to ustawa wpisująca się w trend ustaw powstających równocześnie w wielu stanach, tworzonych po to, aby bronić się przed skrajną lewicą, komunistami i anarchistami. Powstawanie tych ustaw było spowodowane strachem przed działaniem Komunistycznej Partii USA, która skuteczną propagandą potrafiła przeciągać na swoją stronę młodych Amerykanów. Ustawy te opisywały czyny

²⁷ Opis stanu faktycznego na podstawie wyroku *Brandenburg v. Ohio*, tłumaczenia tekstów oryginalnych pochodzą od autorów niniejszego opracowania.

karalne, tj. nawoływanie do popełnienia przestępstwa, sabotaż, przemoc, działania terrorystyczne, mające doprowadzić do przemysłowych, gospodarczych, lub społecznych zmian. W 1927 r. Sąd Najwyższy podtrzymał konstytucyjność jednej z takich ustaw – ustawy stanu Kalifornia (patrz: *Whitney v. California*).

W wyroku, który zapadł 9 czerwca 1969 r. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych stwierdził, że zarówno przepisy opisanej wyżej ustawy, jak i jej zastosowanie, mające na celu karanie zwykłego (abstrakcyjnego) zachęcania, nawoływania do popełnienia przestępstwa i zakazujące, pod groźbą kary, zbierania się z innymi w celu nawoływania do opisanego działania, jest niezgodne z Pierwszą i Czternastą Poprawką. Sąd uchylił precedens *Whitney v. California*, odcinając się od przyjętej wcześniej doktryny *clear and present danger*.

Słowa użyte już w sentencji wyroku oraz powtórzone potem w jego uzasadnieniu pozwoliły na skonstruowanie nowego standardu ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa i nowego kryterium oceny, które w porównaniu do wcześniejszych *bad tendency* i *clear and present danger* idzie najdalej w kierunku jak najpełniejszej realizacji wolności, o której mowa w Pierwszej Poprawce.

Jak czytamy w wyroku: „Wolność słowa i prasy nie pozwalają władzom stanowym na zakazywanie nawoływania do użycia siły lub łamania prawa, chyba że takie nawoływanie przybiera postać podżegania do nieuchronnego i bezprawnego działania i jest prawdopodobne, że dojdzie ono do skutku”. Tylko taka wypowiedź podlega karze, która przybiera postać podżegania do bezprawnego działania, przy czym wystąpienie tego działania musi być niemal natychmiastowe i jest prawdopodobne, że wypowiedź osiągnie taki skutek. W rzeczywistości tak sformułowana zasada to swoiste poprawienie, jeżeli chodzi o poziom ochrony oraz wyeliminowanie, jeżeli chodzi o możliwości wykorzystywania w celach politycznych, testu *clear and present danger*. W sprawie *Abrams v. United States* sędzia O.W. Holmes stwierdził, że wypowiedź może podlegać karze, jeżeli stwarza niebezpieczeństwo doprowadzenia do natychmiastowego bezprawnego działania lub wywołanie takiego efektu objęte było zamiarem mówcy. Natomiast orzeczenie *Brandenburg v. Ohio* zastępuje to „lub”, prowadząc do tego, że aby ukarać mówcę, należy udowodnić, iż jego wypowiedź stworzyła takie niebezpieczeństwo i objęte to było zamiarem mówcy²⁸. Nie ulega wątpliwości, że tak ujęta zasada gwarantuje nieporównywalnie większą swobodę w korzystaniu z wolności słowa i wymusza na organach ścigania wykazanie, że zaszły obie z wymienionych okoliczności. Jednak to, co na pierwszy rzut oka wydaje się idealnym, prowolnościowym rozwiązaniem, po dłuższym zastanowieniu pozostawia więcej wątpliwości i niejasności niż by się mogło wydawać. Już w samym wyroku brak jest jasnego powiąza-

²⁸ T. Healy, *Brandenburg In a Time of Terror*, Seton Hall University, marzec 2008, s. 15.

nia między zaistniałym stanem faktycznym a stworzoną na jego podstawie doktryną. Sąd nie podjął się także próby zdefiniowania, a nawet objaśnienia użytych w zastosowanym przez siebie teście terminów – tj. „natychmiastowe” czy „prawdopodobne”. W uzasadnieniu żaden z tych problemów nie zostaje w zasadzie rozwikłany. W przeszło 40-letniej historii funkcjonowania tego precedensu Sąd Najwyższy nie pokusił się także o daleko idącą analizę tego rozwiązania, i próbę usunięcia jego niedoskonałości. W następnej części pracy autorzy spróbują dokonać wykładni tej doktryny, aby przemieścić ją na grunt polskiego porządku prawnego²⁹.

Spójrzmy jak Sąd Najwyższy uzasadnił zastosowanie przez siebie opisanego testu. Główny zarzut stawiany przez Sąd wobec *Ohio Criminal Syndicalism Statute* i jej zastosowaniu w sprawie Clarence’a Brandenbura dotyczył tego, że ustawa penalizowała wypowiedzi nawołujące do popełnienia przestępstwa, nawet jeśli ich charakter był czysto abstrakcyjny, a wywołanie negatywnych konsekwencji nie było objęte zamiarem sprawcy lub nie było prawdopodobne. Tego rozróżnienia między zwyczajnym nawoływaniem a podżeganiem do nieuchronnego bezprawnego działania nie wypracowano także w trakcie procesu. W uchylonym precedensie *Whitney v. California* w 1927 r. Sąd Najwyższy utrzymał konstytucyjność podobnej ustawy – *California Criminal Syndicalism Statute*. W orzeczeniu tym Sąd stwierdził, że stan może zapobiegać niebezpieczeństwu, jakie stanowi pochwalanie przemocy jako sposobu na wymuszenie politycznych czy ekonomicznych zmian. Takie podejście zostało jednak zdyskredytowane, jak czytamy w uzasadnieniu z *Brandenburg v. Ohio*, w późniejszych orzeczeniach – w *Dennis v. United States*³⁰ i *Yates v. United States*³¹. Te późniejsze wyroki ukształtowały zasadę, że konstytucyjna gwarancja wolności słowa i prasy nie pozwala żadnemu ze stanów zakazywać ani delegalizować nawoływania do użycia siły i naruszania prawa z wyjątkiem przypadku, kiedy takie nawoływanie ma na celu podżeganie lub stwarzanie bezpośrednio grożącego, bezprawnego działania i wystąpienie takiego działania jest wysoko prawdopodobne. Właśnie taką zasadę przyjął Sąd w omawianym uzasadnieniu i stwierdził, że *Ohio Criminal Syndicalism Statute* narusza w związku z tym Pierwszą i Czternastą Poprawkę.

Do stanowiska Sądu przyłączyli się w opiniach zbieżnych sędziowie Black i Douglas. Sędzia Douglas w swojej opinii poruszył kwestie, których zabrakło w stanowisku całego sądu, z jego uzasadnieniem zgodził się sędzia Black.

Sędzia Douglas w pierwszych akapitach swojej opinii zbieżnej zarysował rozwój doktryny *clear and present danger* ze sprawy *Schenck*. Przytaczając sprawy,

²⁹ Szerzej problematykę wykładni i nieprecyzyjności orzeczenia *Brandenburg v. Ohio* poruszył Thomas Healy w pracy *Brandenburg In a Time of Terror*.

³⁰ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

³¹ *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

w których wykorzystano tę doktrynę (*Abrams, Schaefer, Pierce*), zwrócił uwagę, że okolicznością, która miała największy wpływ na te rozstrzygnięcia była I wojna światowa. Sprawy te pokazały jak *clear and present danger* może być wykorzystane, aby zniszczyć „fundamentalne prawo wolnego człowieka do dążenia do lepszych warunków życia w drodze zmiany ustawodawstwa i zmiany prawnych instytucji”³². Według sędziego Douglasa wątpliwe jest już zastosowanie tego testu w czasach wojny, a w czasach pokoju jest to już absolutnie nie do zaakceptowania. Odrzucając doktrynę *clear and present danger*, potwierdził zasadność uchylenia precedensu *Whitney v. California*. W dalszych rozważaniach sędzia Douglas poszedł o krok dalej, stwierdzając, że w reżimie Pierwszej Poprawki, nie ma w ogóle miejsca na test *clear and present danger*. Swoje stanowisko oparł na przypadkach zastosowania tego testu, kiedy był on wielokrotnie zniekształcany i wykorzystywany w celu usprawiedliwiania procesów politycznych. Jeszcze raz zwrócił uwagę na poruszane już przez sąd rozróżnienie między tym, co stanowi przekonania i idee a tym, co jest jawnym aktem działania. Ta pierwsza kategoria to swoiste sanktuarium, którego rząd nie może naruszać oraz błędne jest zaliczenie do tej kategorii wypowiedzi osoby, która w zatłoczonym teatrze fałszywie wszczyna alarm, krzycząc „pożar”. W ten sposób sędzia Douglas skrytykował wspomniany już wcześniej argument najczęściej wysuwany przez przeciwników ochrony tej kategorii wypowiedzi. Stwierdził on również, że taka wypowiedź stanowi klasyczny przypadek, gdzie wypowiedź jest połączona z działaniem i w takim wypadku oskarżenie nie dotyczy już użytych słów, ale działania, którego te słowa są jedynie elementem.

Opinia zbieżna sędziego Douglasa kończy uzasadnienie wyroku ze sprawy *Brandenburg v. Ohio*, stanowiącego przełomowe i prowolnościowe rozstrzygnięcie, które odwróciło wieloletnią tendencję Sądu Najwyższego do zawężenia zastosowania Pierwszej Poprawki. Od momentu powstania tego precedensu minęło już prawie pół wieku, spójrzmy więc jak Sąd Najwyższy korzystał z testu zastosowanego w *Brandenburg v. Ohio* w kolejnych sprawach dotyczących wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa.

2.3. *Brandenburg v. Ohio* w późniejszych latach

Od czasu rozstrzygnięcia w sprawie *Brandenburg v. Ohio*, czyli od 1969 r., Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych jedynie dwa razy odniósł się do tego precedensu – w 1973 r. w sprawie *Hess v. Indiana* oraz w 1982 r. w sprawie *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*³³

³² Fragment orzeczenia *Brandenburg v. Ohio*, (tłum. własne – M.Z., M. Ż.)

³³ T. Healy, *Brandenburg...*, s. 17.

Cztery lata po orzekaniu w sprawie *Brandenburg v. Ohio* Sąd Najwyższy zajął się sprawą studenta, który uczestniczył w antywojennym proteście odbywającym się na terenie kampusu Uniwersytetu Indiana w Bloomington³⁴. Opierając się na zebranych w sprawie materiale dowodowym, podczas protestu ponad 100 osób zablokowało drogę i nie reagowało na wezwania do jej opuszczenia. Kiedy policji udało się w końcu usunąć tłum i odblokować jezdnię, wspomniany student krzyknął „Przejmijmy tę pieprzoną ulicę później”. Następnie został aresztowany, oskarżony i skazany za zakłócanie porządku. Według sądu, jego słowa „zachęcały uczestników protestu zgromadzonych wokół niego do dalszego bezprawnego działania i było wysoce prawdopodobne, że wywołają takie następstwo”. Sąd Najwyższy nie zgodził się z taką interpretacją, zaznaczając, że jego słowa w najgorszym wypadku mogły stanowić nawoływanie do nielegalnego działania w nieokreślonej bliżej przyszłości. Sąd uznał, że to nie uzasadnia w żaden sposób skazującego wyroku i przytoczył *Brandenburg test*. Trzech sędziów zgłosiło zdanie odrębne, twierdząc, że większość niedopuszczalnie odrzuciła wnioski dowodowe sądu niższej instancji. Co najważniejsze, nie zakwestionowali oni jednak zasadności zastosowania *Brandenburg test*. Wyrok w sprawie *Hess v. Indiana* pokazuje, że Sąd Najwyższy interpretuje przesłankę „bliskości” (*imminence requirement*) w sposób ścisły i rygorystyczny. Nawoływanie do nielegalnego działania w bliżej nieokreślonym momencie tego samego dnia (co miało miejsce w tej sprawie), nie jest wystarczające – działanie to musi nastąpić w bliższym odstępie czasu.

W drugiej sprawie, *NAACP v. Claiborne Hardware Co.* Sąd Najwyższy uchylił wyrok skazujący grupę Afroamerykanów za zorganizowanie bojkotu sklepów prowadzonych przez białych³⁵. Jednym ze skazanych był Charles Evers, pierwszy sekretarz NAACP (National Association for the Advancement of Colored People). Groził on Afroamerykanom, którzy odmówili uczestnictwa w bojkocie. Jak twierdzili sprzedawcy, Evers namawiał do przemocy w stosunku do przeciwników bojkotu i powinien zostać skazany za straty, które ponieśli w związku z tym. Sąd Najwyższy również i w tym przypadku nie zgodził się z wyrokiem skazującym, ponownie odwołując się do sprawy *Brandenburg v. Ohio* – „Ten Sąd wyraził się jasno... że zwyczajne nawoływanie do użycia siły lub do bezprawnego nawoływania nie pozbawia mówcy ochrony ze strony Pierwszej Poprawki”. Po zacytowaniu *Brandenburg test*, Sąd zaznaczył, że słowa Charlesa Eversa podlegają ochronie, ponieważ żadne bezprawne działanie, do których wzywały, nie miało miejsca w ciągu tygodni, miesięcy od ich wypowiedzenia.

Mimo że stan faktyczny nie do końca uzasadniał zastosowanie *Brandenburg test* (słowa Eversa nie stanowiły nawoływania do bezprawnego działania, a raczej groźbę

³⁴ *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973).

³⁵ *NAACP v. Clairborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982).

wobec przeciwników bojkotu), odwołanie do tego precedensu potwierdziło, że mimo upływu lat jest on właściwym i akceptowanym standardem ochrony wypowiedzi nawołujących do bezprawnego działania.

Opisane sprawy to jedyne dwa przypadki, kiedy Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych zastosował przyjęty w 1969 r. precedens *Brandenburg v. Ohio*. Sprawy te, mimo upływu lat i zmian w składzie Sądu Najwyższego, potwierdzają akceptację tak skonstruowanego standardu ochrony wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa. Z drugiej strony, chociaż precedens ten dalej formalnie obowiązuje, często zdarzały się sytuacje, że Sąd Najwyższy „zapominał” o jego istnieniu, bądź odwoływał się do niego, mimo to odmawiając ochrony danej wypowiedzi. Tytułem przykładu wspomnieć można o dwóch takich sprawach – *Holder v. Humanitarian Law Project*³⁶ oraz *Morse v. Frederick*³⁷. Przedmiotem sprawy tej drugiej sprawy było ukaranie studenta przez uniwersytet stanowy za publiczne wystawienie transparentu z napisem „Bong Hits 4 Jesus”, co zostało uznane za wypowiedź zachęcającą do użycia narkotyków. Sąd Najwyższy w tej sprawie nie odniósł się w ogóle do rozstrzygnięcia *Brandenburg v. Ohio* i orzekł na korzyść władz uniwersyteckich. Sprawa *Holder v. Humanitarian Law Project*, to już pokłosie pogłębiającej się walki z terroryzmem. W sprawie tej pozwana organizacja pozarządowa kwestionowała konstytucyjność ustawy, która zakazywała wspierania organizacji uznanych za terrorystyczne. Szkolenie prowadzone przez tę organizację i skierowane do uznanych za terrorystyczne Partii Pracujących Kurdystanu i Tamilskich Tygrysów dotyczyło między innymi tego, jak posługiwać się prawem międzynarodowym, co miało być wykorzystane w celu uzyskania pomocy finansowej w związku z tsunami. Sąd Najwyższy nie przychylił się do tego wniosku, dopuszczając taką ingerencję w wolność wypowiedzi. Nie odniósł się ponadto do *Brandenburg v. Ohio*, nie biorąc pod uwagę, czy zabroniona przez ustawę działalność w tym przypadku była w stanie przyczynić się do aktu przemocy, którego wystąpieniu ta ustawa ma zapobiegać. Wyrok ten był szeroko krytykowany, zwracano uwagę przede wszystkim na fakt, że działalność tej organizacji pozbawiona była elementu przemocy i nawoływania do bezprawnego działania. Stanowi przykład wspomnianej wyżej tendencji do zawężania ochrony „niebezpiecznych wypowiedzi” w związku z działalnością organizacji terrorystycznych. Miejmy nadzieję, że to jedynie epizod i działalność Sądu Najwyższego nie pójdzie w stronę rozstrzygnięć z okresu Red Scare. Istnieją skuteczniejsze metody walki z terroryzmem niż ograniczanie wolności słowa własnych obywateli.

Podsumowując, w ponad 40-letniej historii obowiązywania precedensu *Brandenburg v. Ohio*, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych tylko dwa razy odniósł się do

³⁶ *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1(2010).

³⁷ *Morse v. Frederick*, 553 U.S. 393 (2007).

niego, wskazując go jako standard ochrony wypowiedzi i rozstrzygając na korzyść oskarżonych w sprawach *Hess* i *NAACP*. Zdarzały się liczne przypadki, kiedy Sąd Najwyższy zdaje się „zapominał” o jego istnieniu lub odmawiał jego zastosowania. Często spotykało się to z krytyką ze strony przedstawicieli nauki, jak również znajdowało wyraz w zdaniach odrębnych – w opisanych wyżej sprawach *Morse v. Frederick* i *Holder v. Humanitarian Law Project* sędziowie J. Stevens i S. Breyer skrytykowali pominięcie w opiniach większości odwołania się do sprawy *Brandenburg v. Ohio*. Mimo tego że precedens ten nie jest zbyt często powoływany w orzecznictwie Sądu Najwyższego, dalej formalnie obowiązuje i uważany jest za dobry standard ochrony wypowiedzi nawołujących do bezprawnego działania.

Natomiast w odróżnieniu od Sądu Najwyższego, który ma dogodność wyboru spraw, którymi będzie się zajmował, sądy niższej instancji wielokrotnie orzekały w sprawach dotyczących kwestii podniesionych w *Brandenburg v. Ohio*³⁸. Marc Rohr w swoim artykule, *Grand Illusion? The Brandenburg Test and Speech that Encourages or Facilitates Criminal Acts* dzieli te sprawy na cztery grupy. Pierwsza to egzekwowanie odpowiedzialności karnej za podżeganie, spisek lub groźbę popełnienia przestępstwa, druga to tzw. *copycat crimes*, w których powód twierdzi, że doznał szkód w wyniku działań, do których doszło w wyniku wypowiedzi pozwanego, trzecia to sprawy o oszustwa podatkowe, w których przedmiotem zarzutu była pomoc w złożeniu niezgodnego z prawdą zeznania podatkowego oraz ostatnia to grupa spraw cywilnych na tle roszczeń odszkodowawczych, w których przedmiotem pozwu była zawarta w książce pozwanego instrukcja popełnienia przestępstwa³⁹. Większość tych spraw łączy podobne podejście do *Brandenburg test*. Jak pisze T. Healy, zastosowanie *Brandenburg v. Ohio*, a często też zupełne pominięcie go w orzekaniu, nie napawa optymizmem⁴⁰. Wiele razy sądy odmawiały ochrony tej kategorii wypowiedzi, w innych przypadkach zaś źle interpretowały standard ochrony nakreślony w *Brandenburg v. Ohio*. Takie podejście do tego precedensu spowodowane jest wieloma czynnikami, zaczynając od tego, że mimo upływu lat, precedens ten nie został na tyle umocniony i dopracowany przez dalsze orzecznictwo, aby sądy niższej instancji stosowały go w sposób swobodny i jednolity, a kończąc na celowym, jak pisze J. Skrzydło, pomijaniu precedensów korzystnych dla sprawców czynów godzących w podstawy finansowe funkcjonowania państwa⁴¹.

³⁸ T. Healy, *Brandenburg...*, s. 17 i n.

³⁹ J. Marc Rohr, *Grand Illusion? The Brandenburg Test and Speech that Encourages or Facilitates Criminal*, [za:] J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 124.

⁴⁰ T. Healy, *Brandenburg...*, s. 16 i n.

⁴¹ J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 125.

3. Nawoływanie do popełnienia przestępstwa w polskim porządku prawnym – wprowadzenie

Zastanówmy się, czy problem wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa jest tyle istotny, aby rozważyć go odrębnie na gruncie prawa polskiego. Zdaniem autorów jak najbardziej zasługuje on na rozważenie. Stanowisko to znajduje uzasadnienie na wielu płaszczyznach. Wyprzedzając kolejność przeprowadzonego w niniejszej pracy rozważania, wypowiedzi o takim charakterze zakazane są m.in. przez art. 255 Kodeksu karnego⁴² (dalej także jako k.k.). Opierając się na policyjnych statystykach w 2014 r., prowadzono 41 postępowań, zakończonych w 36 przypadkach stwierdzeniem popełnienia przestępstwa stypizowanego w art. 255 k.k.⁴³ Liczby te może nie są zbyt imponujące, lecz sprawa wygląda inaczej, kiedy zestawimy je z danymi dotyczącymi np. art. 196 Kodeksu karnego – przestępstwa obrazy uczuć religijnych (55 wszczętych postępowań, 38 stwierdzonych przestępstw)⁴⁴. Dane te w obu przypadkach są niemalże identyczne, mimo to w mediach o wiele częściej słyszymy o przypadkach obrazy uczuć religijnych niż o nawoływaniu do popełnienia przestępstwa. Statystyki te świadczą o dwóch zjawiskach, z jednej strony nawoływanie do popełnienia przestępstwa jest tak samo wartym poruszenia problemem jak obraza uczuć religijnych, z drugiej zaś daje podstawy do rozważań nad zasadnością obowiązywania tego przepisu. W dalszej części pracy analizie zostanie poddany zwłaszcza ten drugi postulat.

Prawnokarne zagrożenie w przypadku wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa powstrzymuje wiele osób od wyrażania swoich myśli i poglądów. W wielu przypadkach organy ścigania, zupełnie niepotrzebnie, muszą reagować na wypowiedzi wypełniające znamiona czynu z art. 255 Kodeksu karnego, mimo że nie niosą one tak naprawdę żadnego zagrożenia. Co więcej, jak już wspomniano wyżej, działanie takie niepotrzebnie nagłaśnia kontrowersyjne poglądy. Głośna była sprawa Wojciecha Cejrowskiego podróżnika i publicysty, który, prezentując swoje stanowisko odnośnie do tęczy na placu Zbawiciela w Warszawie, świadomie bądź nie, naruszył wspomniany przepis. W wywiadzie dla Polskiego Radia RDC, opublikowanym w „Newsweek Polska”, komentując spalenie tęczy na placu Zbawiciela w Warszawie stwierdził, że „[...] należy palić takie pomniki, należy zwalczać wszelkimi sposobami, nielegalnymi również [...]”⁴⁵. Zdaniem przedstawicieli Kampanii Przeciwko Homofobii wypowiedź ta

⁴² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

⁴³ <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-13/63612,Nawolywanie-do-przestepstwa-art-255.html> (dostęp: 12.07.2015).

⁴⁴ <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-5/63492,Obraza-uczuc-religijnych-art-196.html> (dostęp: 12.07.2015).

⁴⁵ Cały wywiad dostępny na stronie: <http://polska.newsweek.pl/wojciech-cejrowski-w-rozmowie-z-tomaszem-kwasniewskim-na-newsweek-pl,artykuly,274840,1.html> (dostęp: 12.07.2015).

naruszała art. 255 k.k., zgodnie z którym karze podlega ten, kto nawołuje do popełnienia przestępstwa lub publicznie je pochwała⁴⁶. Mimo iż w oczach autorów takie wypowiedzi nie zasługują na aprobatę, sytuacja, w której ich autora miałyby spotkać kara pozbawienia wolności czy grzywny (takie kary są przewidziane przez art. 255 Kodeksu karnego) jest trudna do zaakceptowania. Bartłomiej Kozłowski, odnosząc się w swoim artykule do tego wywiadu, słusznie zauważa, iż nie należy wszelkich przypadków „publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa traktować tak samo – trzeba je rozróżnić, biorąc pod uwagę okoliczności, w jakich nawoływanie to ma miejsce”⁴⁷. Inny jest wydźwięk tych słów, jak pisze Kozłowski, gdy kierowane są one do rozwścieczonego tłumu, a inny, gdy pojawiają się one w radiu, na blogu czy łamach gazety. W pierwszej sytuacji okres między wypowiedzią a działaniem jej odbiorców jest zbyt krótki na przemyślenia, dyskusję i kontrargumentację. „Wolny rynek idei” nie zdąży odegrać swojej roli, więc potrzebna jest interwencja władzy. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia, kiedy na jednym z koncertów w Zielonej Górze raper Ryszard Andrzejewski, znany pod pseudonimem „Peja”, słowami „wiecie co z nim zrobić” i „wszystko na mój koszt” nawoływał do pobicia jednego z uczestników koncertu⁴⁸. Druga z przywołanych sytuacji stwarza możliwość polemiki z autorem wypowiedzi przez słuchaczy, czytelników czy rozmówców. Idąc dalej, nawet gdyby Wojciech Cejrowski we wspomnianym wywiadzie inaczej sformułował swoje słowa, zastępując nawoływanie do spalenia tęczy, ostrą i agresywną krytyką, nie mamy pewności, czy tak sparafrazowane słowa, prawnokarnie indyferentne, nie skłoniłyby ich odbiorcy do nielegalnego działania⁴⁹. Autor określonej wypowiedzi w takiej sytuacji nie może odpowiadać za umyślne działanie innych osób.

Przypadki wypowiedzi, które z punktu widzenia Kodeksu karnego należałoby traktować jako przestępstwa, jak pokazują wspomniane wyżej statystyki, są liczne i często, jak wypowiedź w sprawie Wojciecha Cejrowskiego, nie powinny spotkać się z tak poważną sankcją. Z drugiej strony wypowiedzi takie jak te kierowane przez rapera Peję do rozemocjonowanego tłumu jak najbardziej zasługują na potępienie. Zestawienie tych zgoła odmiennych sytuacji potwierdza wspomnianą wyżej opinię, że wypowiedzi nawołujących do popełnienia przestępstwa nie należy traktować tak samo. Autorom tych wypowiedzi nie zawsze przyświecają złe intencje, ich słowa to częściej forma wyrażenia poglądów niż wezwanie do naruszenia porządku prawnego. To, że wpisują się one

⁴⁶ <http://polska.newsweek.pl/wojciech-cejrowski-zawiadomienie-do-prokuratury-homofobia-newsweek,artykuly,274907,1.html> (dostęp: 12.07.2015); stanowisko Kampanii Przeciwko Homofobii dostępne na stronie: <http://www.kph.org.pl/pl/component/content/article/830-zawiadomienie-o-popenieniu-przestpstwa-przez-wojciecha-cejrowskiego> (dostęp: 12.07.2015).

⁴⁷ B. Kozłowski, <http://bartlomiejkozowski.eu.interiowo.pl/incitement.htm> (dostęp: 12.07.2015).

⁴⁸ http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,7735712,Wyrok_ws_frajera_Peja_winy_Zaplaci_ok_17_tys_html.

⁴⁹ B. Kozłowski, <http://bartlomiejkozowski.eu.interiowo.pl/incitement.htm> (dostęp: 12.07.2015).

w często kontrowersyjne dyskusje, jak te dotyczące związków homoseksualnych czy legalizacji narkotyków, nie oznacza, że zasługuwać mają na szczególne potępienie. Każdy postulat zmiany, czy to sposobu myślenia w społeczeństwie, czy zmiany w prawodawstwie, zasługuje na wysłuchanie, nawet jeśli chcąc zostać zauważonym, przybiera prowokacyjną postać. Ostatecznie to społeczeństwo zadecyduje, czy postulat ten zostanie zrealizowany, czy spotka się z negatywnym odbiorem.

4. Wolność wypowiedzi w polskim porządku prawnym

Wolność wypowiedzi zyskała miano wolności konstytucyjnej w drugiej połowie XVIII w., pojawiając się w art. XI Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. i Pierwszej Poprawce do Konstytucji USA z 1791 r. Od tego momentu sukcesywnie następowała popularyzacja, a następnie uniwersalizacja wspomnianej wolności. W polskim porządku prawnym pojawiła się ona po raz pierwszy w Konstytucji z 17 marca 1921 r.⁵⁰ Przewidywały ją także kolejne polskie ustawy zasadnicze: Konstytucja z 23 kwietnia 1935 r.⁵¹ oraz Konstytucja PRL z 22 lipca 1952 r.⁵² W przypadku tej ostatniej konstytucyjna gwarancja wolności wypowiedzi nie miała rzeczywistego odzwierciedlenia w praktyce, co wpisuje się w specyfikę tego okresu historii Polski.

Obecna Konstytucja z 2 kwietnia 1997 r.⁵³, wpisując się w tradycję polskiego konstytucjonalizmu, zgodnie ze standardami panującymi w państwach demokratycznych również gwarantuje wolność wypowiedzi. Poświęca jej trzy odrębne przepisy: art. 14, dotyczący wolności prasy i innych środków społecznego przekazu, art. 54, gwarantujący wolność wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, a także art. 213, stanowiący, że na straży wolności słowa, prawa do informacji oraz interesu publicznego w radiofonii i telewizji stoi Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (KRRiT). Takie „rozbicie” wolności wypowiedzi na trzy odrębnie zredagowane przepisy spotyka się niekiedy z krytyką. W literaturze zwraca się uwagę na ich niespójność oraz nadanie w ten sposób jednym postanowieniom charakteru bardziej eksponowanego od pozostałych, podkreślając, że w dokumentach międzynarodowych wszystkie aspekty wolności wypowiedzi umieszczono kompleksowo w ramach jednego przepisu. Zdaniem Artura Biłgorajskiego krytyka ta jest nieuzasadniona, chociażby z powodu odrębności w redagowaniu traktatów międzynarodowych i systematyki polskiej ustawy zasadniczej. Przepisy te należy traktować komplementarnie, a ich rozmieszczenie w różnych rozdziałach

⁵⁰ Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 44, poz. 267 ze zm.).

⁵¹ Ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz. U. Nr 30, poz. 227).

⁵² Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (Dz. U. Nr 33, poz. 232 ze zm.).

⁵³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

Konstytucji wskazuje na różne ich przeznaczenie, raz wyrażając w ten sposób stosunek państwa do społeczeństwa obywatelskiego, drugim razem określając wolność wypowiedzi jako wolność osobistą jednostki⁵⁴. Autorzy niniejszej pracy podzielają opisane wyżej stanowisko, ponieważ taka regulacja wolności wypowiedzi wpisuje się w systematykę przyjętą na gruncie naszej ustawy zasadniczej.

Z uwagi na temat niniejszej pracy najbardziej istotna wydaje się regulacja przewidziana w art. 54 ust. 1 Konstytucji, która gwarantuje trzy odrębne, acz powiązane i uzależnione od siebie wolności jednostki: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji oraz wolność rozpowszechniania informacji⁵⁵. Przepis ten ma zasadniczy charakter – zapewnia każdemu wolność wyrażania poglądów (zwaną w tradycji prawa konstytucyjnego wolnością słowa), co stanowi fundament społeczeństwa demokratycznego i warunkuje rozwój intelektualny jednostek⁵⁶. Mimo że wolność słowa jest uregulowana w rozdziale II Konstytucji, zatytułowanym „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, w podrozdziale „Wolności i prawa osobiste” to, jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny, ma ona charakter „mieszany” – wolności osobistej w sferze życia prywatnego i wolności politycznej w sferze życia publicznego⁵⁷. Podmiotem wolności słowa, wyrażonej w art. 54 ust. 1 Konstytucji, mogą być zarówno jednostki (osoby fizyczne), jak i podmioty zbiorowe, a wśród nich partie polityczne i komitety wyborcze, które składają się przecież z osób fizycznych i w ich imieniu się wypowiadają⁵⁸. Użycie w tym przepisie słowa „każdy”, akcentuje fakt, iż mamy tu do czynienia z prawami człowieka, których kręgu podmiotów nie można ograniczać – służą one zarówno obywatelom innych państw, jak i apatrydom⁵⁹.

Pierwszą z wolności przewidzianych w art. 54 ust. 1 jest wolność wyrażania swoich poglądów. Gwarantuje on zatem swobodę ich wyrażania, a nie posiadania – ustrojodawca wyszedł z założenia, że wolnością posiadania poglądów prawo nie może się zajmować, gdyż jest to sfera zachowań ludzkich, która nie nadaje się do regulacji prawnych⁶⁰. Forma wyrażania poglądów nie jest istotna, ponieważ art. 54 ust. 1 Konstytucji chroni wszelkie zgodne z prawem formy ekspresji, które umożliwiają jednostce uzewnętrznianie i eksponowanie własnego stanowiska⁶¹.

Wyrażanie poglądów to jedna strona aktywności jednostki w kontaktach z innymi, drugą jest pozyskiwanie i rozpowszechnianie informacji, których w kontekście całego

⁵⁴ A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi...*, s. 186.

⁵⁵ Wyrok TK z 5 maja 2004 r., P 2/03, OTK-A 2004, nr 5, poz. 39.

⁵⁶ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 330.

⁵⁷ Wyrok TK z 20 lipca 2011 r., K 9/11, OTK-A 2011, nr 6, poz. 61.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi...*, s. 186.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 195.

⁶¹ Wyrok TK z 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, nr 4, poz. 57.

art. 54 ust. 2 nie można rozumieć ściśle tylko jako danych dotyczących faktów, stanów, sytuacji itp., ale należy je raczej rozumieć jako pochodzący od kogoś przekaz obejmujący także i jego poglądy. Możliwość zapoznania się z informacjami, postulatami, ocenami innych osób umożliwia wypracowanie swojego stanowiska i ma fundamentalne znaczenie dla kształtowania własnych poglądów⁶².

Omawiana wolność wypowiedzi zagwarantowana w art. 54 Konstytucji RP nie ma charakteru absolutnego. Jak pisze Bogusław Banaszak: „wolność wyrażania poglądów ani wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji nie może być absolutyzowana, zwłaszcza, gdy prowadziłyby do naruszania innych wartości chronionych konstytucyjnie oraz praw i wolności jednostki”⁶³. Sam art. 54 nie zawiera jednak klauzuli ograniczającej. Zastosowanie znajduje tu klasyczna klauzula ograniczeń wolności i praw jednostki z art. 31 ust. 3⁶⁴. Każde ograniczenie wolności wypowiedzi musi więc spełniać przesłanki wymienione w tymże przepisie. Po pierwsze, każda regulacja wpływająca na kształt granic konstytucyjnego prawa lub wolności może być przewidziana wyłącznie w ustawie. Kolejną przesłanką jest zasada konieczności, która oznacza, że każde ograniczenie praw i wolności powinno być oceniane pod kątem tego, czy istnieją mniej uciążliwe dla obywatela środki, które również sprawdziłyby się w realizacji zamierzonego przez ustawodawcę celu. W art. 31 ust. 3 Trybunał Konstytucyjny odnalazł także zasadę proporcjonalności, określaną także jako zakaz nadmiernej ingerencji⁶⁵. Dokonując oceny danego ograniczenia, stosując tę zasadę, należy odpowiedzieć na następujące pytania: „1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków: 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela”⁶⁶. Kolejnymi przesłankami są przesłanki materialnoprawne, które uzasadniają ograniczenie wolności i praw. Są to: bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz ochrona wolności i praw innych osób⁶⁷. Ostatnią z zasad jest zakaz naruszania istoty wolności i praw, a z naruszeniem takim mamy do czynienia, kiedy dana regulacja prawna stanowiąca ograniczenie danego prawa lub wolności, formalnie go nie znosząc, uniemożliwia faktyczne korzystanie z niego⁶⁸.

⁶² B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 332.

⁶³ *Ibidem*, s. 333.

⁶⁴ A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi...*, s. 217.

⁶⁵ J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Kraków 2004, s. 396.

⁶⁶ Orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995, K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12.

⁶⁷ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 220.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 223.

Oprócz ogólnej klauzuli ograniczającej, która znajduje zastosowanie w przypadku wolności wypowiedzi, w literaturze wymienia się inne przepisy ustawy zasadniczej, które również odgrywają pewną rolę w limitowaniu wolności wypowiedzi. Są to: art. 13, art. 42 ust. 3, art. 45 ust. 2 oraz art. 54 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP⁶⁹. Pierwszy z wymienionych przepisów wprowadza zakaz istnienia partii politycznych i innych organizacji, które propagują totalitarne metody nazizmu, faszyzmu czy komunizmu, bądź których programy lub działalność dopuszczają użycie przemocy w celach politycznych albo przewidują utajnienie struktur lub członkostwa. Przepis ten przypomina bardziej postanowienia ustawy karnej niż konstytucji, a ponadto przynosi więcej szkody niż pożytku, gdyż zagrożenie płynące z działalności partii faszystowskich czy komunistycznych wydaje się anachroniczne, a w obecnych czasach o wiele bardziej niebezpieczne mogą się okazać zjawiska o charakterze technologicznym, medialnym czy konsumpcyjnym⁷⁰. Ponadto partie antysystemowe należy tolerować, a tym, co powinno je eliminować z życia publicznego, powinna być reakcja społeczeństwa, a nie wyrok sądu. W jaki sposób przepis ten ogranicza wolność wypowiedzi? Partie polityczne i inne stowarzyszenia są formą uzewnętrzniania poglądów⁷¹ i jak pisze Bogusław Banaszak, z zakazu istnienia wymienionych w art. 13 partii politycznych „[...] wyprowadzić można też logicznie zakaz propagowania programów odwołujących się do tych zakazanych metod i praktyk, nawet jeśli nie czynią tego partie polityczne i inne organizacje”⁷². Propagowanie to nic innego jak forma wyrażania swoich poglądów, o którym mowa w art. 54 Konstytucji RP.

Następny z przepisów – art. 42 ust. 3 Konstytucji wprowadza zasadę domniemania niewinności. Domniemanie to nie jest tylko prawem proceduralnym, ma ono również swój wymiar materialny, z którego wynika m.in. zakaz wydawania tzw. wyroków prasowych⁷³. Potwierdza to konkretyzacja tego przepisu w art. 13 ust. 1 prawa prasowego⁷⁴: „Nie wolno wypowiadać w prasie opinii co do rozstrzygnięcia w postępowaniu sądowym przed wydaniem orzeczenia w I instancji”⁷⁵.

Kolejne ograniczenie to możliwość wyłączenia jawności rozprawy sądowej, o której mowa w art. 45 ust. 2. Konstytucji. Nie obejmuje jednak ono ogłoszenia wyroku, ponieważ ta część procesu odbywa się zawsze publicznie.

⁶⁹ *Tamże*, s. 238 i n.

⁷⁰ K. Complak, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Haczowska, Warszawa 2014, s. 27.

⁷¹ A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi...*, s. 239

⁷² B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 125.

⁷³ J. Jaskiernia, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, red. W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski, Warszawa 2009, s. 144.

⁷⁴ Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.).

⁷⁵ A. Biłgorajski, *Granice wolności wypowiedzi...*, s. 241.

Ostatnie z ograniczeń wolności wypowiedzi wymienionych w Konstytucji RP przewiduje ten sam przepis, który ją gwarantuje – art. 54 ust. 2. Jego zdanie pierwsze przewiduje zakaz koncesjonowania prasy i cenzury prewencyjnej środków społecznego przekazu. Zdanie drugie dopuszcza wprowadzenie ustawowego obowiązku uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej.

W związku z dyspozycją zawartą w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej pozostałe ograniczenia wolności wypowiedzi mogą przewidywać jedynie akty prawne o charakterze ustawowym. Z uwagi na temat niniejszej pracy oraz najbardziej represyjny charakter ograniczeń, naturalne jest omówienie przepisów Kodeksu karnego wpływających na kształt granic wolności wypowiedzi.

Zawarcie w Kodeksie karnym przepisów ograniczających wolność wypowiedzi, którym często towarzyszą dość surowe sankcje, takie jak pozbawienie wolności, w pierwszej chwili wydawać się może dyskusyjne. Należy zauważyć, że w wielu przypadkach przepisy te stanowią nie tylko ograniczenie, ale też ochronę tej wolności i gwarantują jej niezakłócone wykonywanie. Ponadto usprawiedliwienie dla takich surowych regulacji stanowią potencjalne kolizje wolności wypowiedzi z innymi wolnościami czy wartościami, takimi jak bezpieczeństwo publiczne, prywatność czy życie i zdrowie. Ograniczenia wolności wypowiedzi przewidziane w Kodeksie karnym, tak jak i wszystkie inne ustawowe ograniczenia wspomnianej wolności, muszą spełniać wymogi przewidziane przez art. 31 ust. 3 Konstytucji. Poszczególne przepisy Kodeksu, czyniąc zadość wspomnianym regulacjom, chronią wymienione w tym artykule wartości – możliwość ich potencjalnego zagrożenia jest przesłanką umożliwiającą wprowadzenie danego ograniczenia. I tak w przypadku ochrony wolności i praw innych osób Kodeks karny opisuje przestępstwo zniesławienia (art. 212) i zniewagi (art. 216). Wolność wypowiedzi może kolidować także z pozostałymi wartościami wymienionymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP: z bezpieczeństwem państwa (tutaj m.in. przestępstwo ujawnienia tajemnicy państwowej – art. 265 – lub publiczne nawoływanie do wszczęcia wojny napastniczej – art. 117 § 3), z porządkiem publicznym (przestępstwo publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa lub pochwalanie jego popełnienia opisane w art. 255, które będzie przedmiotem rozważań w następnej części pracy lub nawoływanie do nienawiści określone w art. 256) czy z moralnością publiczną (np. przestępstwo publicznego pochwalania lub propagowania zachowań o charakterze pedofilskim – art. 200b)⁷⁶. Jak łatwo zauważyć, Kodeks karny przewiduje wiele przepisów ograniczających wolność wypowiedzi. Należałoby sobie zadać pytanie, czy we wszystkich przypadkach jest to uzasadnione, czy nie licuje to z pozostałymi wymogami przewidzianymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i czy normy prawnokarne są odpowiednimi narzędziami w walce z nad-

⁷⁶ *Ibidem*, s. 245 i n.

użyciami wspomnianej wolności. Problem ten zostanie rozważony na przykładzie przestępstw związanych z nawoływaniem do popełnienia przestępstwa.

Podobny do art. 255 k.k. przepis odnoszący się do popełnienia przestępstwa odnajdujemy także w Kodeksie wykroczeń⁷⁷ (dalej także jako: k.w.) – art. 52a. Daną wypowiedź stanowiącą nawoływanie możemy zakwalifikować więc jako przestępstwo lub wykroczenie. Art. 52a Kodeksu wykroczeń podobnie jak przepis art. 255 k.k. chroni porządek i spokój publiczny. Penalizuje nawoływanie do popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Również w tym przypadku do wypełnienia znamion przestępstwa konieczne jest, by sprawca działał publicznie. Analogicznie też należy interpretować zawarte w dyspozycji art. 52a k.w. określenia „nawoływanie” i „pochwalanie”. Art. 52a pkt 2 określa znamię wykroczenia, jakim jest nawoływanie do przeciwdziałania przemocą aktowi stanowiącemu źródło powszechnie obowiązującego prawa RP. Poprzez przeciwdziałanie przemocą należy rozumieć działanie sprawcy przybierające czynną formę zachowania, o charakterze bezpośrednim lub pośrednim, polegające na aktywnym, siłowym przeciwstawieniu się, prowadzącym do użycia siły fizycznej czy też innych fizycznych środków nacisku⁷⁸. Działanie sprawcy opisane w art. 52a pkt 2 będzie tyczyło się każdego z aktów będących źródłem powszechnie obowiązującego prawa w Polsce, które w sposób enumeratywny wymienia Konstytucja RP⁷⁹. W omawianym przepisie ustawodawca użył sformułowania „jeżeli czyn albo jego skutki nie były znaczne”, co odróżnia ten przepis od art. 255 § 1 i 2 k.k. Z tego względu wydaje się, że określenie, czy dane zachowanie ma charakter jeszcze wykroczenia, czy już przestępstwa jest czysto uznaniowe. Wykroczenia z art. 52a k.w. mają charakter formalny i mogą być popełnione tylko umyślnie przez każdego człowieka – mają one charakter powszechny⁸⁰.

Nie tylko przepisy prawne kreują granice wolności słowa. Takie ograniczenia świadomie bądź nie narzucają sobie sami autorzy niektórych wypowiedzi, cenzura taka tworzona jest także przez społeczeństwo. Autocenzura, jak i szeroko rozumiana poprawność polityczna prowadzą do tego, że autor wypowiedzi jest jednocześnie jej cenzorem. Nie sposób pominąć kwestii ekonomicznych, istotnych zwłaszcza w działalności prasy, radia czy telewizji, gdzie często zamiast treścią przekazu, kieruje się wielkością nakładu i oglądalnością. Jak pisze Marian Maciejewski „W PRL dziennikarze chcieli głosić prawdę, lecz nie mogli; w RP mogą, ale nie zawsze chcą. Bo to się nie opłaca”⁸¹. Idąc dalej, wypowiedzianie kontrowersyjnych i niepopularnych opinii często wywołuje nega-

⁷⁷ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2015 r., poz. 1094).

⁷⁸ T. Grzegorzczak, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2013, s. 240.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 240.

⁸⁰ J. Piórkowska-Flieger, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2013, s. 151.

⁸¹ M. Maciejewski, *Kulisy dziennikarstwa, czyli granice wolności kija*, Warszawa 2009, s. 98, za: A. Biłgorajski, *Wolność wypowiedzi i jej granice. Analiza wybranych zagadnień*, Katowice 2014, s. 52.

tywną reakcją otoczenia, co sprawia, że osoba chcąc skorzystać z wolności wypowiedzi rezygnuje z tego w obawie o swoją reputację i społeczną akceptację, a czasem zdrowie czy życie. Zagrożenie agresywną reakcją odbiorców może pozbawić społeczeństwo możliwości konfrontowania opinii i szansy na zmianę poglądów. Może dlatego prawodawca, zamiast skupiać się na represyjnych regulacjach ograniczających wolność wypowiedzi, większą wagę powinien przyłożyć do tworzenia przepisów przewidujących ochronę osób korzystających z tej wolności, a pośrednio gwarantujących swobodny i bezpieczny przepływ myśli i poglądów.

5. Nawoływanie do popełnienia przestępstwa a polski Kodeks karny

Kodeks karny z 1997 r., podobnie jak wszystkie poprzednie polskie kodeksy karne, penalizuje publiczne nawoływanie do popełnienia przestępstwa i poświęca mu przepis art. 255 k.k.⁸² Nie jest to jedyny przepis, który odnosi się do tego rodzaju przestępstwa – podobny odnajdujemy w art. 126a, gdzie karalne jest nawoływanie do popełnienia wymienionych w nim przestępstw oraz pośrednio w art. 126b, który dotyczy niedopełnienia obowiązku należytej kontroli skutkującego m.in. popełnieniem przestępstwa z art. 126a. W niniejszej pracy przedmiotem dokładniejszej analizy będzie art. 255 k.k.

Artykuł 255 k.k. wywodzi się z art. 280 Kodeksu karnego z 1969 r.⁸³, z tym że w obecnym kodeksie regulacja ta została podzielona na nawoływanie do popełnienia występku, na nawoływanie do popełnienia przestępstwa skarbowego, nawoływanie do popełnienia zbrodni oraz pochwalanie popełnienia przestępstwa. Przepisy § 1 i 2 to specyficzne formy podżegania, skierowane do nieokreślonej osoby czy grupy osób wychodzą poza ramy art. 18 § 2 k.k.⁸⁴

Umieszczenie art. 255 k.k. w rozdziale XXXII „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu” wskazuje na rodzajowy przedmiot ochrony. Jest nim porządek publiczny, który stanowi także indywidualny przedmiot ochrony tegoż przepisu⁸⁵. Wszystkie trzy opisane w art. 255 k.k. typy przestępstw mogą zostać popełnione przez każdą osobę zdolną do ponoszenia odpowiedzialności karnej, mają więc charakter powszechny⁸⁶.

⁸² R. A. Stefański, *Przestępstwo publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 1, s. 7.

⁸³ Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.

⁸⁴ Z. Cwiąkański, [w:] *Kodeks karny, część szczególna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 1368.

⁸⁵ R. A. Stefański, *Przestępstwo publicznego...*, s. 8.

⁸⁶ A. Herzog, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. A. Stefański, Warszawa 2015, s. 1601.

Przestępstwa z artykułu 255 k.k. mają charakter przestępstw formalnych, co oznacza, że nie jest konieczne, by do popełnienia przestępstwa doszło, wystarczy samo dotarcie wezwania do osoby zdolnej zrozumieć przekaz⁸⁷. Jednakże, aby można było mówić o wyczerpaniu znamion przestępstwa, niezbędne jest, by nawoływanie miało charakter publiczny. Nawoływanie możemy traktować jako publiczne, jeżeli jest dostępne dla bliżej nieokreślonej liczby osób⁸⁸. Samo to, że odbywa się ono w miejscu publicznym, nie świadczy o publicznym charakterze. Z jednej strony za publiczne możemy uznać nawoływanie w mieszkaniu prywatnym, jeżeli zorganizowano tam ogólnodostępne spotkanie, z drugiej zaś nie będzie zachowaniem publicznym prywatna rozmowa w kawiarni, restauracji czy parku⁸⁹.

Wszystkie występki stypizowane w art. 255 k.k. charakteryzują się umyślnością w postaci zamiaru bezpośredniego⁹⁰. Zachowanie sprawcy stanowiące nawoływanie zwykle będzie polegało na zachęcaniu potencjalnych odbiorców do sprzecznego z prawem zachowania. Jeżeli chodzi o pochwalanie popełnienia przestępstwa, to stanowić je będzie jednoznaczne wyrażanie aprobaty⁹¹. Zarówno nawoływanie, jak i pochwalanie musi dotyczyć czynów stanowiących przestępstwo według polskiego ustawodawstwa, nie ma także powodów dla odrzucenia tezy, że dotyczyć to może także czynu zabronionego stypizowanego w umowie międzynarodowej⁹².

Nawoływanie do popełnienia występku lub przestępstwa skarbowego stypizowane w § 1 zagrożone jest karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2, natomiast nawoływanie do popełnienia zbrodni jest zagrożone tylko jedną karą, a mianowicie pozbawieniem wolności do lat 3. Najłagodniej jest karane pochwalanie popełnienia przestępstwa. Jest ono zagrożone karą grzywny do 180 stawek dziennych, karą ograniczenia bądź pozbawienia wolności do roku.

Swoistym *lex specialis* art. 255 §2 jest przepis art. 126a k.k., który za nawoływanie do wymienionych w nim przestępstw przewiduje surowszą karę, bo od 3 miesięcy aż do 5 lat pozbawienia wolności⁹³. Przestępstwa te są znacznie poważniejsze i godzą w ustalony przez prawo międzynarodowy porządek publiczny⁹⁴. Co więcej, art. 126b k.k. przewiduje karę również dla osób, które mając rzeczywistą władzę i kontrolę nad osobą dopuszczającą się przestępstwa z art. 126a, nie zapobiegły temu, choć miały taki obowiązek.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 1601.

⁸⁸ A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz.*, t. II, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 318.

⁸⁹ R.A. Stefański, *Przestępstwo publicznego...*, s. 14.

⁹⁰ A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks karny...*, s. 319.

⁹¹ *Ibidem*, s. 319.

⁹² R.A. Stefański, *Przestępstwo publicznego...*, s. 9.

⁹³ Z. Cwiakalski, [w:] *Kodeks...*, s. 1372.

⁹⁴ M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny, część szczególna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 79.

Nowelizacja wprowadzająca te dwa przepisy pochodzi z 2008 r., co świadczy o tym, że polski prawodawca zamiast stawać się bardziej liberalny na płaszczyźnie wolności słowa, idzie w zupełnie innym kierunku i zaostrza kary za nawoływanie do popełnienia przestępstwa, a nawet karze za nieumyślne przyczynianie się do nawoływania.

6. *Brandenburg v. Ohio* w świetle polskiego porządku prawnego

Po dokonaniu analizy orzeczenia *Brandenburg v. Ohio* oraz regulacji dotyczących wolności wypowiedzi i przepisów ją ograniczających w zakresie nawoływania do popełnienia przestępstwa w Polsce zostanie dokonana wykładnia koncepcji przyjętej na gruncie sprawy *Clarence'a Brandenbura* oraz próba przeniesienia tego rozwiązania na grunt polskiego porządku prawnego.

W przełomowym i nadal aktualnym, jak napisano wyżej, orzeczeniu z 9 czerwca 1969 r. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych zaproponował test, swoiste kryterium oceny, wedle którego należałoby oceniać, czy dana wypowiedź stanowiąca nawoływanie do popełnienia przestępstwa mieści się w granicach ochrony gwarantowanej przez Pierwszą Poprawkę, czy też jej autora powinna spotkać odpowiedzialność karna. W oryginalnym brzmieniu *Brandenburg test* (doktryna *incitement*⁹⁵) prezentuje się następująco: „Freedom of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action⁹⁶”. W polskiej literaturze prezentowano różne tłumaczenia niniejszego testu, tytułem przykładu można przytoczyć tłumaczenie zaproponowane przez Jacka Skrzydłę, który przedstawił doktrynę *incitement* w formie pięcioelementowego testu: „mówcę można pociągnąć do odpowiedzialności, jeżeli jego wypowiedź zakwalifikujemy jako 1) wspieranie 2) zmierzające do spowodowania 3) natychmiastowego 4) bezprawnego działania, jeżeli 5) wspieranie to prawdopodobnie spowoduje taki skutek⁹⁷”. Inna propozycja brzmi następująco: „wolność wypowiedzi podlega ochronie z wyjątkiem sytuacji, w których chodzi o podżeganie do bezpośrednich działań bezprawnych i w których przypadku istnieje prawdopodobieństwo rzeczywistego wywołania takich działań⁹⁸”. Na potrzeby niniejszej pracy przygotowaliśmy swoje tłumaczenia, które prezentuje się podobnie do przytoczonych wyżej interpretacji: „tylko taka wypowiedź podlega karze, która przybiera postać podżegania do bezprawnego działania, przy czym wystąpienie takiego działania musi być niemal natychmiastowe i jest prawdopodobne, że wypowiedź osiągnie taki skutek”.

⁹⁵ J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 122.

⁹⁶ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

⁹⁷ J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 122.

⁹⁸ S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA...*, s. 115.

Rozpoczynając wykładnię *Brandenburg test*, należy zacząć od zdefiniowania pojęć w nim użytych. T. Healy słusznie zwrócił uwagę na fakt, iż pojęcia mające duży wpływ na zastosowanie tego testu są nieostre, a Sąd Najwyższy nie podjął się do tej pory dokładnej analizy wyroku *Brandenburg v. Ohio*, która pozwoliłaby na usunięcie tych niejasności⁹⁹. Na interpretację zasługują przede wszystkim terminy takie jak „natychmiastowe działanie”, „prawdopodobieństwo osiągnięcia skutku”, „podżeganie” czy „bezprawne działanie”.

W jakim przypadku będziemy mieli do czynienia z „natychmiastowym działaniem”? Pojęcie „natychmiastowy” definiowane jest jako następujący bezpośrednio po czymś, następujący bezzwłocznie, momentalnie, w tej samej chwili¹⁰⁰. Taka sytuacja ma miejsce, kiedy między wypowiedzią a działaniem, do którego nawołuje, nie ma czasu na podjęcie dyskusji, kontrargumentacji, refleksji i przemyślenia przez odbiorcę – wypowiedź taka nie zdąży więc trafić na „wolny rynek idei”. Działanie, zgodnie ze słownikową definicją, następuje bezpośrednio po wypowiedzeniu danych słów. Biorąc pod uwagę kolejne pojęcie – „prawdopodobieństwa” – nie musi ono rzeczywiście wystąpić, może stanowić jedynie potencjalne zagrożenie. Na taką kwalifikację danej wypowiedzi wpływ będą miały okoliczności. Jeżeli wezwanie np. do pobicia kogoś pada w kierunku rozwścieżonego tłumu, nie sposób zakwalifikować takiej wypowiedzi inaczej niż prowadzącej do natychmiastowego działania. Zdaniem autorów nieistotna jest w tym miejscu próba dokładnego ustalenia przedziału czasowego – ustalenia okresu, po którym dane działanie zostanie uznane za „natychmiastowe”. Ważne są wspomniane okoliczności – to czynniki takie jak brak możliwości podjęcia dyskusji i dokonania przemyśleń będą stanowić o tym, że działanie „prawdopodobnie” nastąpi „natychmiast” po skierowaniu wypowiedzi do danego kręgu osób.

Idąc dalej, co w takim razie oznacza pojęcie „prawdopodobnie”? Przytaczając i w tym przypadku definicje słownikowe, prawdopodobne zdarzenie to takie, które przypuszczalnie nastąpi, mające wysoką szansę zajścia¹⁰¹. Łącząc te dwa pojęcia, wypowiedź, która prawdopodobnie doprowadzi do natychmiastowego, bezprawnego działania, to wypowiedź, która pozwala przypuszczać, że reakcja potencjalnego odbiorcy nastąpi bezpośrednio, bezzwłocznie i dlatego interwencja państwa jest tu niezbędna do ochrony prawnie chronionych wartości.

Kolejnego terminu, jakim jest „podżeganie”, nie należy w tym przypadku interpretować jako jednej z form zjawiskowych popełnienia przestępstwa, o której mowa w art. 18 §2 k.k., ponieważ nawoływanie ma charakter publiczny i jest skierowane do nieozna-

⁹⁹ T. Healy, *Brandenburg...*, s. 28.

¹⁰⁰ Tak pojęcie to definiują słowniki: *Słownik języka polskiego PWN*, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/natychmiast.html> (dostęp: 27.07.2015) oraz *Mały słownik języka polskiego*, red. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Lempicka, Warszawa 1968.

¹⁰¹ *Mały słownik języka polskiego...*.

czoney grupy osób. Podżeganie natomiast skierowane jest do osoby indywidualnie oznaczonej. Kolejny raz, posługując się definicją słownikową, z „podżeganiem” mamy do czynienia, gdy dana wypowiedź wzbudza w kimś nienawiść do kogoś, namawia, zachęca kogoś do zrobienia czegoś złego¹⁰². Mówcy, który nawołuje do popełnienia danego przestępstwa, towarzyszy zatem intencja doprowadzenia do dokonania konkretnego czynu zabronionego przez odbiorcę wypowiedzi. Takie nawoływanie nie będzie stanowiło więc postulatu zmiany prawa, zmiany myślenia społeczeństwa, pewnej abstrakcyjnej idei stanowiącej przyczynek do dyskusji, a na pewno nie to będzie jego głównym celem. Bezdyskusyjne jest zatem objęcie takich wypowiedzi sankcją karną.

Upraszczając nieco rozważania nad definicją pojęcia „bezprawności”, przyjmijmy na potrzeby niniejszej pracy rozumienie, jakie przypisywane jest temu terminowi na gruncie prawa karnego. „Bezprawność” zdefiniujemy więc jako „sprzeczność między konkretnym społecznie ujemnym zachowaniem się człowieka a należącą do porządku prawnego normą sankcjonowaną, w której ustawodawca określił, jak z punktu widzenia chronionego systemu wartości należało się zachować”¹⁰³. Z „bezprawnym działaniem” spotykamy się, kiedy dane zachowanie człowieka narusza jakąkolwiek normę prawną, zarówno należącą do polskiego porządku prawnego, jak i normę pochodzącą z aktu prawnego o charakterze międzynarodowym.

Podsumowując, w myśl orzeczenia *Brandenburg v. Ohio*, tylko takie wypowiedzi spotkają się z odpowiedzialnością karną, które nawołują do popełnienia przestępstwa w takich okolicznościach, w jakich wystąpienie bezprawnego działania przypuszczalnie nastąpi i stanie się to niezwłocznie po wypowiedzeniu danych słów. Wypowiedź o takim charakterze zbliżona więc będzie do podżegania w rozumieniu Kodeksu karnego, z tym że skierowana będzie do nieoznaczonej grupy osób. Intencją autora wypowiedzi będzie zatem doprowadzenie do popełnienia przestępstwa, a nie chęć wywołania dyskusji czy postulowanie zmian w prawodawstwie. Tak rozumiany *Brandenburg test* w następnym etapie rozważań zderzony zostanie z orzecznictwem polskich sądów dotyczącym nawoływania i pochwalania popełnienia przestępstwa.

Wyrok, który znacząco odbiega od standardów ochrony wolności wypowiedzi przyjętych w Stanach Zjednoczonych, to wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 28 lutego 2014 r.¹⁰⁴ dotyczący pochwalania popełnienia przestępstwa. W sprawie tej oskarżony na stronie internetowej jednej z gazet dokonał wpisu, w którym zdaniem prokuratury słowami „...z chęcią dołożę się do benzyny, by te lepianki spalić. Przynajmniej będzie gdzie wybrać się na spacer”, popełnił przestępstwo z art. 126a k.k., tj. publicznie nawoły-

¹⁰² *Słownik języka polskiego*, L. Drabik [et al.], Warszawa 2007.

¹⁰³ M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2012, s. 88.

¹⁰⁴ Sygn. akt III K 353/13.

wał do zbrodni z powodu czyjejś przynależności etnicznej¹⁰⁵. Sąd Okręgowy zmienił kwalifikację czynu, uznając jego słowa za pochwalanie popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 255 § 3 k.k. i uznał Michała K. winnym, warunkowo zawieszając postępowanie na okres próby 2 lat. Sprawa ta stała się również przedmiotem orzeczenia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu¹⁰⁶. Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy wyrok Sądu Okręgowego. W uzasadnieniu do wyroku Sądu Apelacyjnego czytamy, że czynu przypisanego oskarżonemu nie cechuje znikoma społeczna szkodliwość. Sąd stwierdził, że pochwalanie przestępstwa może prowadzić do anarchii, a wpis Michała K. pochwalający spalenie lepierek godził także w dobro w postaci mienia, a pośrednio w dobro najwyższe, jak stwierdził Sąd, czyli zdrowie i życie ludzkie. Analizując uzasadnienie Sądu Apelacyjnego, pierwszym stwierdzeniem, które wywoływać może kontrowersje, w szczególności biorąc pod uwagę wyrok *Brandenburg v. Ohio*, jest uwaga, że pochwalanie przestępstwa może prowadzić do anarchii. Należy jednoznacznie stwierdzić, że okoliczności, w jakich padła ta wypowiedź (wpis na stronie internetowej), nie stanowią przesłanek do uznania jej za wypowiedź prowadzącą do natychmiastowego i bezpośredniego bezprawnego działania. W takich warunkach możliwe jest bezzwłoczne podjęcie dyskusji z autorem tych rzekomo niebezpiecznych słów, w której za pomocą kontrargumentów jego stanowisko zostanie jednoznacznie skrytykowane i zupełnie zdyskredytowane. Kontrowersyjne jest również stwierdzenie, że wypowiedź ta pośrednio godzi w zdrowie i życie ludzkie. Ciężko uznać, że postulat usunięcia koczowisk stanowi zagrożenie dla życia i zdrowia jego mieszkańców. Należy się zastanowić, czy wpisy o takim charakterze, mimo ich dość agresywnego brzmienia, nie stanowią właśnie jedynie postulatów mieszkańców, którym czasami słusznie może przeszkadzać problem nielegalnych koczowisk, niezależnie od pochodzenia ich mieszkańców. Ostatnią dyskusyjną kwestią jest sama kwalifikacja czynu i uznanie słów Michała K. za pochwalanie popełnienia przestępstwa. Trudno uznać jego wypowiedź za mającą inny charakter niż głos dezaprobaty z powodu istnienia koczowiska, a wspomniane „dołożenie się do benzyny” stanowi jedynie hiperbolę tego postulatu.

Z sytuacją, w której mamy do czynienia ze słowami, które mogły i wywołały bezpośrednio i natychmiastowe niebezpieczeństwo mamy do czynienia we wspomnianej już sprawie Ryszarda Andrzejewskiego, pseudonim „Peja”, nawołującego do pobicia jednego z uczestników koncertu w Zielonej Górze¹⁰⁷. Raper, reagując na obraźliwy gest jednego z widzów słowami „wiecie co z nim zrobić” i „wszystko na mój koszt” nawoływał do jego pobicia. Mimo iż oskarżony tłumaczył, że nie znając tożsamości pokrzywdzonego nie mógł podzegać do pobicia konkretnej osoby, sąd uznał, że jego zachowanie wyczerpało podmio-

¹⁰⁵ <http://www.gazetawroclawska.pl/artykul/3349017,zolnierz-napisal-o-spaleniu-koczowiska-romow-prokurator-chcial-wiezienia,id,t.html?cookie=1> (dostęp: 1.08.2015).

¹⁰⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 12 czerwca 2014, AKa 149/14.

¹⁰⁷ Wyrok Sądu Rejonowego w Zielonej Górze z 6 kwietnia 2010 r., VII K 1229/10.

towe i przedmiotowe znamiona czynu z artykułu art. 18 §2 k.k. w zw. art. 158 §1 k.k. Słowa oskarżonego są idealnym przykładem wypowiedzi, które przechodzą test Brandenburga. Jego agresywna wypowiedź pełna wulgaryzmów skierowana do pobudzonego tłumu bezpośrednio doprowadziła do natychmiastowej reakcji w postaci pobicia pokrzywdzonego. O „natychmiastowości” świadczy fakt, iż mimo obecności ochrony nie udało się zapobiec pobiciu, co więcej pokrzywdzony nie jest osobą, która w stosunku do oskarżonego zachowywała się wulgarnie i prowokacyjnie. Orzeczenie w tej sprawie potwierdza tezę postawioną przez autorów niniejszego opracowania, według której rolę „bezpiecznika” chroniącego społeczeństwo przed realnie niebezpiecznymi wypowiedziami pełni art. 18 § 2 k.k. a art. 255 k.k. wprowadza zbyt daleko idące ograniczenie wolności wypowiedzi.

W poruszanej już sprawie Wojciecha Cejrowskiego mamy do czynienia z wypowiedzią, która mimo nawoływania do popełnienia przestępstwa, nie niesie za sobą jakiegokolwiek zagrożenia. Potwierdza to reakcja Prokuratury Rejonowej dla Warszawy – Śródmieścia, która odmówiła wszczęcia dochodzenia w opisywanej sprawie¹⁰⁸ na zawiadomienie Kampanii Przeciwko Homofobii. Sytuacja, która została zarysowana za pomocą opisanych spraw dobrze pokazuje, że przepisem, który chroni społeczeństwo przed potencjalnie niebezpiecznymi wypowiedziami jest artykuł 18 §2 k.k., kiedy zaś art. 255 k.k. w ograniczeniu wolności wypowiedzi posuwa się zbyt daleko, a w zderzeniu z orzeczeniem *Brandenburg v. Ohio* potwierdza tezę, że ochrona wolności wypowiedzi w Polsce odbiega od standardów amerykańskich.

7. Zestawienie dwóch porządków prawnych

Pracę opisującą standardy ochrony praw człowieka w Polsce i w USA powinno kończyć zestawienie tych dwóch porządków prawnych i refleksja nad adekwatnością regulacji w nich zawartych. Trudno nie zauważyć, iż niektóre regulacje prawa polskiego, w szczególności omawiany tu art. 255 k.k. i 126a k.k. oraz art. 52a Kodeksu wykroczeń, szeroko ograniczają wolność słowa. Należy zastanowić się nad sensem i skutecznością takiej penalizacji nawoływania i pochwalania popełnienia przestępstwa, biorąc pod uwagę zagrożenie, które takie wypowiedzi tworzą i konstytucyjną gwarancję wolności słowa. Autorzy niniejszej pracy są zdania, że lepszym sposobem na eliminację z życia publicznego wypowiedzi groźnych, naruszających bezpieczeństwo publiczne jest ich zestawienie na forum publicznym z kontrargumentami i negatywnym odbiorem społecznym. Społeczeństwo, usuwając z debaty publicznej groźne wypowiedzi, robi to skuteczniej niż państwo, ponieważ zakazy wydawane przez polityków i urzędników są

¹⁰⁸ Sygn. akt I Ds./1377/13.

społeczeństwu narzucane, a to rodzi, szczególnie w Polsce, chęć spróbowania tego, co zakazane. Niezdrowe i zbyt daleko ingerujące w sferę wolności jest chronienie ludzi przed ich reakcją na dane zachowanie. Państwo nie może myśleć za obywatela i prewencyjnie nie dopuszczać do niego określonych przekazów w trosce o to, że ulegnie ich złemu wpływowi. Takie postępowanie uwłacza inteligencji obywateli, a co gorsza rodzi pokusę do dalszej ingerencji w wolność słowa.

Kolejnym argumentem dla zliberalizowania ograniczeń wolności słowa zawartych w wyżej wymienionych przepisach jest fakt, iż zakaz wypowiedzania określonych treści dotyka tak samo szkodliwe jak i pożyteczne przekazy, przez co społeczeństwo traci szansę na urozmaicenie debaty publicznej i merytoryczne spory. Należy przecież pamiętać, że to właśnie kontrowersyjne wypowiedzi są często używane w dyskusji jako treści mające przebić się do szerszego grona odbiorców. Jeśli za niebezpieczne uznamy nawoływanie do popełnienia przestępstwa i jego pochwalanie, to konsekwentnie powinniśmy też ścigać manipulacje, które nie wprost, lecz pośrednio, a co więcej bardziej skutecznie, prowadzą do popełnienia przestępstwa. To z kolei otwiera drogę do ścigania za sugestie, komentarze, a nawet krytyczne wypowiedzi. Analizując powołane wcześniej statystyki policyjne i polski Kodeks karny, można dojść do wniosku, że przepisy art. 255 k.k. i art. 126a k.k. istnieją same dla siebie. W przykładach ich naruszenia bardzo ciężko jest się doszukać społecznej szkodliwości, a samo ściganie przez aparat państwowy osób naruszających rzeczony przepisy narusza zaufanie obywateli do własnego państwa. Co więcej, jeśli zależy nam na niedopuszczaniu do obiegu pewnych treści jako niebezpiecznych dla porządku publicznego, to poprzez penalizację, ściganie sprawców, głośne procesy i medialny szum wokół sprawy propagujemy dane poglądy jeszcze bardziej.

Autorzy niniejszej pracy nie są zwolennikami bezgranicznego ujęcia wolności słowa, bo jeśli czyny połączone są z działaniem, kiedy nie ma czasu u odbiorcy na refleksje i kontrargumenty, to takie zachowanie powinno być karane, gdyż istnieje duże prawdopodobieństwo, że nawoływanie przyniesie bezpośredni skutek. Natomiast jeśli nawoływanie od możliwości popełnienia czynu dzieli czas, który pozwala odbiorcy na przemyślenia, to nie można karać za potencjalne i mało prawdopodobne zagrożenie. Naszym zdaniem należy odwrócić tendencje polskiego prawodawcy, który zamiast podążać w kierunku liberalizacji przepisów ograniczających wolność słowa, tworzy kolejne, jeszcze bardziej represyjne ograniczenia, jak przywołany art. 126a k.k. W pełni wystarczająco przed niebezpiecznymi wypowiedziami chroni w polskim prawodawstwie art. 18 §2 k.k. mówiący o podżeganiu. Mniej szkodliwe wypowiedzi powinny być skreślone z debaty publicznej poprzez społeczny osąd i etykę dyskusji. Tylko wtedy mogą zostać trwale usunięte, ponieważ moralność wyznaczana przez aparat państwa z reguły nie spełnia dobrze swojej roli.

Advocacy of unlawful conduct and freedom of speech based on case *Brandenburg v. Ohio*

Abstract: The purpose of this study was to lead some reflection upon the freedom of speech in Polish legal order by example of the certain category of speech- advocacy of unlawful conduct. For this purpose the authors focused on comparison of Polish and American law and respective jurisdiction approach. The comparison was mainly based on landmark United States Supreme Court ruling *Brandenburg v. Ohio* from 1969r. Furthermore, the study examined the way to accomplish this approach by investigating previous precedent-setting cases. The summary consists results of the studies and embodies authors stance on this legal issue. The authors postulate the adoption into the Polish legal framework another protected category of speech which is advocacy of unlawful conduct.

Keywords: First Amendment, *Brandenburg v Ohio*, advocacy of unlawfull conduct, Clarence Brandenburg, 255 Polish Penal Code, Brandenburg Test, judge Holmes, clear and present danger test, freedom of speech, freedom of expression, Constitution, advocacy

