

JAN KULESZA

Konstytucyjne i prawnokarne aspekty homofobicznej i transfobicznej mowy nienawiści

1. Wstęp

Każdego badacza zadziwić musi żywotność idei, hasel, zachowań, uprzedzeń, które zdawałoby się, w miarę rozwoju umysłowego ludzkości, powinny odejść w niepamięć. Każdego badacza zadziwić musi dążenie jednostek i grup jednostek, które w każdej społeczności występują, do znajdowania wspólnego wroga. Wroga tego muszą mieć możliwość uznać za gorszego od siebie, zwłaszcza jeśli gorszym od nich nie jest. Potencjalną ofiarą jest każdy, kto odstaje od sformułowanego przez grupę standardu, każdy, kto odróżnia się choćby jedną cechą. Ów „obcy” staje się wówczas przedmiotem nienawiści i pogardy, w najlepszym razie lekceważenia. Zawsze jednak w hierarchii grupy staje niżej, przez co jej członkowie mogą się dowartościować, czując się, w ich mniemaniu, lepszymi. Słodczyz poczucia wyższości, poczucia bycia lepszym, działa jak narkotyk, rozszerzając grupę „innych” lub żądając eskalacji zachowań względem zidentyfikowanych już „wrogów”. Ten darwinistyczny, a może jednak ludzki, proces różnicowania nie musi mieć podstaw egzystencjalnych, uzależniających uznanie za obcego od czynnika ekonomicznego czy dostępu do władzy, pożywienia, możliwości rozplodu itp. Każda cecha, która odróżnia od innych, może stać się pretekstem różnicowania, nawet taka, na którą jednostka nie ma wpływu. Wydaje się, że potrzeba różnicowania, która może skończyć się pogardą wobec „innego”, jest tą

cechą człowieka, której nigdy się nie pozbędzie. Zamiast dążyć do światła, ludzkość otacza się szarością, za którą czai się mrok.

Celem artykułu jest omówienie problematyki karalności homofobicznej i transfobicznej mowy nienawiści w polskim prawie karnym. Mimo licznych inicjatyw ustawodawczych polskie władze nigdy nie wykazały tyle determinacji, by mowa ta stała się karalna. Natomiast procesy polityczne i społeczne doprowadziły w ostatnich latach do wytrącenia z letargu demona nienawiści do osób nieheteronormatywnych, stawiając w roli podżegaczy czołowe postacie polskiego życia politycznego i społecznego.

2. O wzorcach¹

W dniu 10 października 1936 r., specjalnym tajnym dekretem Reichsführera-SS i Szefa Policji (Chef der Deutschen Polizei im Reichsministerium des Innern) Heinricha Himmlera, powołano do życia Reichszentrale zur Bekämpfung der Homosexualität und der Abtreibung (z niem. Centralne Biuro Rzeszy ds. Zwalczania Homoseksualizmu i Aborcji). Jako uzasadnienie podano, iż „aktywność homoseksualna niemałej części populacji, będąca jednym z największych zagrożeń dla młodych ludzi, wymaga skuteczniejszego niż dotychczas, zwalczania tej narodowej epidemii”. Powołanie tego podmiotu związane było z powrotem do prześladowań homoseksualnych mężczyzn, po chwilowej odwilży związanej z organizacją Igrzysk Olimpijskich w Berlinie w 1936 r.² Jej pierwszym szefem został Josef Meisinger, oficer SS i szef wydziału do spraw homoseksualizmu i aborcji Gestapo (niem. SS-Offizier und Leiter des Sonderdezernats II S der Homosexualität und Abtreibung beim Gestapo). W wykładzie wygłoszonym w Berlinie w kwietniu 1937 r. wyjaśniał, że homoseksualizm mężczyzn wpływa na przyrost naturalny

¹ Aby uniknąć zarzutu posługiwania się „argumentum ad Hitlerum”, autor pragnie zauważyć, że badanie prawa przez pryzmat systemów prawnych państw totalitarnych wpisane jest w tradycję jego macierzystej jednostki i wciąż kontynuowane. Założycielami i profesorami Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Łódzkiego byli bowiem sędzia i prokuratorzy Najwyższego Trybunału Narodowego: Emil Stanisław Rappaport, Mieczysław Siewierski oraz Jerzy Sawicki. Problematyka ścigania zbrodni nazistowskich popełnionych na okupowanych terytoriach Rzeczypospolitej Polskiej oraz systemu prawnego III Rzeszy była przedmiotem prac prof. Jana Waszczyńskiego, który zaszczepił zainteresowanie nią swojemu uczniowi, prof. Witoldowi Kuleszy (por. ostatnio D. Schenk, W. Kulesza, *Arthur Greiser...*) a ten kolejnemu pokoleniu. Od 1989 r. Katedra poszerzyła pole badawcze o podstawy prawnokarnego rozliczenia zbrodni stalinowskich i komunistycznych.

² R. Biedroń, *Różowe piekło...*; R. Biedroń, *Nazistowskie prześladowania...*, s. 30, 32.

i powoduje spadek urodzeń. Konsekwencją tego jest „osłabienie ogólnej siły Narodu (*Volkskraft*), przez co zagrożone stają się również jego możliwości wojskowe. Ostatecznie jednak, **homoseksualizm stanowi źródło stałego zagrożenia** dla porządku życia zbiorowego (państwowego, *Staatsleben*)”³, dla „**Narodu i Państwa** (*Volk und Staat*) [podkr. aut.]”⁴. Celem Centrali było przede wszystkim zbieranie informacji na temat homoseksualistów. Biorąc jednak pod uwagę jej umiejscowienie, informacje te były następnie wykorzystywane do wytaczania procesów karnych z § 175 niemieckiego kodeksu karnego (*Strafgesetzbuch*)⁵.

W przemówieniu z 18 lutego 1937 r. twórca Centrali Heinrich Himmler wyjaśnił: „Niektórzy homoseksualiści uważają, że to co oni robią jest ich prywatnym życiem. Lecz życie seksualne nie jest już prywatną sprawą, ponieważ dotyczy przeżycia narodu. (...) Dlatego też wszyscy musimy zrozumieć, że nie możemy tej chorobie pozwolić rozwijać się w Niemczech i musimy ją zwalczać... To jest bardzo ważne, abyśmy ich wytępiłi, nie z zemsty, ale z konieczności życiowej”⁶. Himmler podkreślił, iż nie wierzy jednocześnie, „aby jakiegokolwiek inny urząd na kuli ziemskiej zebrał tyle doświadczenia w temacie homoseksualizmu i aborcji, co my w Niemczech, w Gestapo. Przekonany jestem, że właśnie my jako najbardziej doświadczeni ludzie powinniśmy wypowiadać się w tej kwestii”, inaczej bowiem, „**nasz Naród na tę zarazę umrze** [podkr. aut.]”⁷.

Narodowosocjalistyczny prawnik, „dr jur.” Rudolf Klare, autor monografii *Homosexualität und Strafrecht* z 1937 r., wywodził: „Bezpośrednie zagrożenie związków homoseksualnych polega (...) na tym, że **homoseksualiści w swoich «przyjaźniach» widzą «konkurencyjną dla małżeństwa instytucję»**. W ten sposób **niszczą oni naturalną podstawę Narodu**, wywracają wszystko, co naturalne, do góry nogami i **otwierają drogę do narodowego rozkładu** [podkr. aut.]”⁸. Zaś w pracy *Homoseksualiści jako problem polityczny*⁹ wyjaśniał polityczne zagrożenie ze strony homoseksualnych mężczyzn, jako polegające na: „1. odwróceniu naturalnej pozycji mężczyzny

³ S. Heinz, L. Bergmann, *Verfolgung von „Volksfeinden“...*

⁴ J. Meisinger, *Bekämpfung der Homosexualität...*, s. 208.

⁵ Na temat tego paragrafu, w języku polskim, por. J. Hanc, *Homoseksualizm...*, s. 359 i n.

⁶ H. Himmler, *Bevölkerungspolitische Rede...*, s. 93–104, tłumaczenie za: A. Zakrzewicz, *Paragraf 175...*

⁷ H. Himmler, *Bevölkerungspolitische Rede...*, s. 95, tłumaczenie za: J. Szczęsny, *Retoryka antyhomoseksualna...*

⁸ R. Klare, *Hoheitsträger...*, s. 25, za: G. Piekarski, *O kulturę pamięci...*, s. 28.

⁹ R. Klare, *Die Homosexuellen...*, s. 17, za: J. Szczęsny, *Retoryka...*

w kobiecą i całkowitym rozkładzie wartości charakterologicznych; 2. zawieszeniu współdziałania między pierwiastkiem męskim i żeńskim oraz wprowadzeniu dekadentyzmu, jako jedynie panującej zasady; 3. **zagrożeniu moralnego i etycznego rozpadu wspólnoty narodu** i jej centralnych instytucji [podkr. aut.]”.

Podejście takie szybko znalazło odzwierciedlenie w praktyce sądowej. W jednym z wyroków tak sąd wyjaśniał podstawy skazania: „Oskarżony nie może powoływać się na fakt, jakoby jego skłonności homoseksualne były wrodzone, a on nie mógł obronić się przed własnymi instynktami. Zgodnie bowiem ze współczesną wiedzą medyczną, nie istnieje wrodzony homoseksualizm, może on zostać jednak przekazany w drodze uwiedzenia, ugruntowany praktyką, a z pomocą dobrej woli przewyciężony”¹⁰.

Odwołując się natomiast do historii innej prześladowanej w III Rzeszy grupy – Żydów, należy przytoczyć słowa Hansa Franka, Generalnego Gubernatora okupowanych ziem polskich, wypowiedziane przed jeszcze konferencją w Wannsee (20 stycznia 1942 r.), a mianowicie 16 grudnia 1941 r., podczas posiedzenia rządu Generalnego Gubernatorstwa: „Generalne Gubernatorstwo musi się stać (...) **wolne od Żydów (*Judenfrei*)** [podkr. aut.]”¹¹. Realizując ten plan, dowódca SS i policji dystryktu galicyjskiego Friedrich Katzmann meldował 30 czerwca 1943 r., że dystrykt galicyjski jest „niniejszym **wolny od Żydów (*Judenfrei*)** [podkr. aut.]”. Raport kończył słowami: „Tylko dzięki osobistemu poczuciu odpowiedzialności każdego poszczególnego dowódcy i żołnierza udało się w najkrótszym czasie zapanować nad tą **zarazą** [podkr. w orygl.]”¹².

3. O kontynuacjach

Począwszy od 2019 r., zaczęły się w polskiej przestrzeni publicznej, jawnie i bezwstydnie, pojawiać wypowiedzi, które zdają się kalkami tych przytoczonych powyżej, zarówno co do słów, jak i samych idei. Wypowiedzi te były

¹⁰ Landesarchiv Berlin A Rep. 358-02, Nr. 117756, za: J. Szczęsny, *Retoryka...*

¹¹ D. Schenk, *Hans Frank...*, s. 226.

¹² D. Schenk, *Hans Frank...*, s. 305. Za nieuprawnione należy jednak uznać forsowanie pojęć „holokaust homoseksualistów” czy „homocaust”. Istnieje zasadnicza różnica między, niemal zrealizowanym, planem wymordowania całego narodu w sposób przemysłowo zorganizowany a prześladowaniami homoseksualistów jako pewnej grupy społecznej, co nie umniejsza ciężaru tych prześladowań i nie neguje faktu ich zabijania w obozach koncentracyjnych, lecz już nie w przeznaczonych dla nich obozach zagłady, jak to miało miejsce w stosunku do Żydów.

formułowane przez czołowe postaci życia publicznego oraz przez przedstawicieli organów władzy publicznej.

1 sierpnia 2019 r. podczas mszy świętej w Bazylice Mariackiej w Krakowie w 75. rocznicę wybuchu powstania warszawskiego metropolita krakowski arcybiskup Marek Jędraszewski mówił w homilii: „Czerwona **zaraza** już po naszej ziemi całe szczęście nie chodzi, co wcale nie znaczy, że nie ma **nowej**, która chce opanować nasze dusze, serca i umysły. Nie marksistowska, bolszewicka, ale zrodzona z tego samego ducha, neomarksistowska. Nie czerwona, ale **tęczowa** [wszystkie podkr. aut.]”. Następnie w udzielonym w tym samym miesiącu wywiadzie dla tygodnika „wSieci” dodał: „władza publiczna powinna wyraźnie stwierdzić, że jest to **zagrożenie dla narodu i dla państwa**. Jeżeli tego stwierdzenia nie ma, to w obywatelach może się rodzić poczucie, że ideologia LGBT jest jednym z możliwych fundamentów budowania **życia społecznego**, gdy tymczasem **prowadzi ona do jego destrukcji**. Przyzwolenie na tę ideologię byłoby **katastrofą dla całego naszego narodu, a w konsekwencji także dla państwa** [wszystkie podkr. aut.]”.

13 czerwca 2020 r. podczas wystąpienia w Brzegu, w trakcie kampanii wyborczej, ubiegający się o reelekcję Prezydent RP Andrzej Duda powiedział: „Próbuje się nam wmówić, że LGBT to ludzie. A to jest po prostu ideologia”.

Tego samego dnia w czasie audycji na antenie publicznej telewizji ówczesny członek sztabu wyborczego Prezydenta Dudy, wówczas minister nauki i szkolnictwa wyższego Przemysław Czarnek, stwierdził: „to totalnie niemoralne i tę niemoralność my cały czas głosimy (...)! Tylko małżeństwo kobiety i mężczyzny jest w stanie wykonywać funkcję prokreacyjną! (...) ideologia LGBT **próbuję postawić taką równość pomiędzy tak zwanymi małżeństwami homoseksualnymi**, których po prostu nie ma w świecie, nie istnieją, **a małżeństwem jako takim**, czyli związkiem kobiety i mężczyzny; próbuje zafałszować rzeczywistość, prowadząc do różnego rodzaju **patologii życia społecznego**. (...) **Brońmy rodziny przed tego rodzaju zepsuciem, deprawacją, absolutnie niemoralnym postępowaniem**. Brońmy nas przed ideologią LGBT i skończmy słuchać tych idiotyzmów o jakichś prawach człowieka czy jakiejś równości. **Ci ludzie nie są równi ludziom normalnym** [wszystkie podkr. aut.]”.

Począwszy od 2019 r., 4 województwa, 18 powiatów i 24 gminy¹³ przyjęły uchwały o charakterze symbolicznym, niepociągające za sobą konkretnych

¹³ < https://pl.wikipedia.org/wiki/Strefa_wolna_od_ideologii_LGBT#cite_note-0-85 >, dostęp 6 stycznia 2025 r.; uchwały te zostały finalnie wycofane albo unieważnione przez sądy administracyjne.

skutków prawnych, jednak skierowane przeciwko „ideologii LGBT”, ogłaszając się „**strefą wolną od LGBT**”. 24 lipca 2019 r. konserwatywna „Gazeta Polska” dołączyła do wydania gazety naklejki z przekreśloną tęczą i dwoma napisami: „**Strefa wolna od LGBT**”. „*Schwulenfrei*”.

Parlament Europejski w rezolucji z 18 grudnia 2019 r. w sprawie dyskryminacji osób LGBTI i nawoływania do nienawiści do nich w sferze publicznej, w tym stref wolnych od LGBTI, zdecydowanie potępił działalność polskich samorządów i podkreślił, że „utworzenie stref wolnych od LGBTI, nawet jeśli nie polega na wprowadzaniu fizycznych barier, stanowi środek skrajnie dyskryminujący”. Wyraził też „głębokie zaniepokojenie rosnącą w UE liczbą ataków na społeczność LGBTI ze strony państwa, urzędników państwowych, organów rządowych na szczeblu krajowym, regionalnym i lokalnym oraz polityków” oraz zdecydowanie potępił „wszelką dyskryminację osób LGBTI i ich praw podstawowych przez organy publiczne, w tym nawoływanie do nienawiści przez władze publiczne i urzędników wybieranych w wyborach, podczas kampanii wyborczych, a także niedawne deklaracje dotyczące stref wolnych od «ideologii LGBT» w Polsce”.

4. O homofobicznej i transfobicznej mowie nienawiści

Pojęcie „mowa nienawiści” obejmuje wszelkiego rodzaju wypowiedzi (słowo, gest, zachowanie, pismo, przekaz, publikację, symbol, graffiti, piosenkę, film i audycję radiową, wypowiedź o charakterze symbolicznym), których przedmiotem i celem jest atak: lżenie, oskarżanie, wyszydzanie, poniżanie, wyrażanie pogardy, upokarzanie, pomawianie, grup lub jednostek wyróżnianych przy użyciu wybranej cechy bądź kryterium, a zatem ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, narodowe, religię, język, płeć, wiek, niepełnosprawność, cechy zewnętrzne, orientację seksualną i tożsamość płciową, status społeczny czy przekonania polityczne¹⁴. Mowa nienawiści odwołuje się do przypisywanych zasadniczo wszystkim osobom z danej grupy nieprawdziwych cech i charakterystyk, które – operując utrwalonym przez kulturę stereotypem i uogólnieniem – pogarszają wizerunek społeczny i poczucie godności osób z tej grupy. Klimat dla mowy nienawiści buduje też formułowanie pod adresem wszystkich osób należących do danej grupy nieprawdziwych, mglistych, a często wręcz absurdalnych zarzutów, nie zawsze stawianych

¹⁴ J. Sadowski, w: *Konstytucja RP...*, komentarz do art. 54, nb. 24.

wprost, czasem w zawoalowanej formie, jako pozornie niewinne przypuszczenie, domysł, wyraz zaniepokojenia, a w istocie – obraźliwa supozycja¹⁵.

Mowa nienawiści, od czasu opublikowania w 1954 r. pracy Gordona W. Allporta *Nature of Prejudice*, jest sytuowana w pierwszym stadium opisanej przez niego skali, tj. jako nieprzychylnie werbalne uwagi na temat osoby bądź grupy osób, niekoniecznie formułowane wprost wobec tych osób, lecz również adresowane do szerokiego odbiorcy. Cała skala eskalacji nienawiści Allporta obejmuje pięć stadiów: *antilocution* (dziś *hate speech*); *avoidance* – celowe unikanie przez przedstawicieli większości obecności oraz towarzystwa osoby lub osób należących do wykluczanej grupy (od towarzyskiego ostracyzmu po segregację); *discrimination* – celowe nierówne traktowanie osoby bądź osób z wykluczanej grupy, pozbawianie ich możliwości pełnego udziału w życiu społecznym, np. przez ograniczanie dostępu do wykształcenia, pracy, awansu zawodowego; *physical attacks* – celowe ataki fizyczne, mające na celu zniszczenie mienia osoby bądź osób należących do wykluczanej grupy, a także spowodowanie obrażeń oraz śmierci u tych osób; *extermination* – celowe fizyczne wyniszczenie całej wykluczanej grupy¹⁶. Doświadczenia historyczne i bieżące polskie wskazują, że etapy te nie muszą następować po sobie, lecz mogą występować jednocześnie albo późniejsze wyprzedzać wcześniejsze. Agresja fizyczna wobec osób nieheteronormatywnych następuje w Polsce zaraz po agresji słownej, choć rzadkie są przypadki wykluczania z życia społecznego. W tym zakresie rzeczywistość nie jest zbieżna z założeniami koncepcji Allporta, tak jak prześladowania Żydów w III Rzeszy nie przebiegały etapami po kolei według jego schematu. Nie można natomiast odmówić koncepcji Allporta funkcji porządkującej omawiane zjawiska społeczne. Rację ma natomiast Allport, gdy w swojej koncepcji przestrzega przed ignorowaniem pierwszych sygnałów nienawiści – słów, które celowo ranią, a brak reakcji na nie ośmiela tych, którzy gardzą ludźmi, do eskalacji agresji. Tolerowanie mowy nienawiści tworzy odpowiednią atmosferę do jej rozprzestrzeniania. Jeśli wolno otwarcie głosić pogardę i nienawiść, coraz więcej osób jest do tego skłonnych i uznaje swoje wypowiedzi za oczywiście dopuszczalne, naturalne, a nawet pożądane, jako głos w dyskursie publicznym. Język kształtuje świadomość. Rolą państwa jest niedopuszczenie do sytuacji, w której język staje się narzędziem dyskryminacji jakiegokolwiek grupy, tworzącym odpowiedni klimat i torującym drogę dla dalszych jej przejawów.

¹⁵ Por. uzasadnienie projektu zmian w Kodeksie karnym, VII kadencja, druk sejm. nr 340.

¹⁶ Uzasadnienie projektu, VII kadencja, druk sejm. nr 340.

W postaci skrajnej mowa nienawiści ma na celu wywołanie lub utrzymanie wrogości wobec wyróżnionej osoby lub osób, lecz nie jest to konieczne do uznania wypowiedzi za stanowiącą jej przejaw. W wyroku z 16 lipca 2009 r. w sprawie *Féret przeciwko Belgii*¹⁷ Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC, Trybunał) stwierdził, że podżeganie do nienawiści nie musi oznaczać nawoływania do konkretnego aktu przemocy. Werbalne ataki polegające na obelżywym traktowaniu, ośmieszaniu lub zniesławianiu określonych osób lub grup osób czy podżeganie do ich dyskryminacji stanowią wystarczający powód do podejmowania przez władze walki z tego rodzaju wypowiedziami stanowiącymi zamach na godność, a nawet bezpieczeństwo tych osób lub grup. Również wypowiedzi polityczne podżegające do nienawiści, kierujące się uprzedzeniami stanowią zagrożenie dla pokoju społecznego i stabilności politycznej w państwach demokratycznych¹⁸. Mowa nienawiści zawsze może podlegać sankcjom, nawet gdy stopień dojrzałości społeczeństwa nadaje jej charakter marginalny¹⁹.

Komitet Ministrów Rady Europy zdefiniował mowę nienawiści w rekomendacji nr R(97)20 Komitetu Ministrów Rady Europy nt. mowy nienawiści z 30 listopada 1997 r. jako „każdą formę wypowiedzi, która rozpowszechnia, podżega, propaguje lub usprawiedliwia nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm lub inne formy nienawiści oparte na nietolerancji, włączając w to nietolerancję wyrażaną przez agresywny nacjonalizm i etnocentryzm, dyskryminację i wrogość wobec mniejszości, imigrantów lub osób wywodzących się ze społeczności imigrantów”.

Homofobia to irracjonalny, faktycznie bezpodstawny, ale kulturowo zakorzeniony i przybierający rozmaite formy lęk przed osobami homoseksualnymi i osobami biseksualnymi – odpowiedzialny za ich dyskryminację społeczną, wykluczenie, potępienie, nienawiść oraz agresję wobec tych osób²⁰. Transfobia stanowi swoisty odpowiednik homofobii, wymierzony wobec osób transpłciowych. Wyróżnikiem tej grupy osób nie jest orientacja seksualna, ale szeroko pojęta tożsamość płciowa, tj. przynależność danej osoby do danej płci biologicznej, względnie sytuowanie się pomiędzy płciami biologicznymi, a ponadto relacja płci biologicznej i płci psychicznej do płci społecznej (płci kulturowej, ang. *gender*). Najszerzej znaną postacią

¹⁷ Skarga nr 15615/07.

¹⁸ Por. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji...*, komentarz do art. 10.

¹⁹ L. Garlicki, w: *Konwencja...*, komentarz do art. 10, nb. 63.

²⁰ Uzasadnienie projektu ustawy zmieniającej m.in. Kodeks karny, VI kadencja, druk sejm. nr 4253.

transpłciowości jest transseksualność, tj. brak zgodności między płcią biologiczną a płcią psychiczną (jedyne sposoby usunięcia niezgodności to dopasowanie płci biologicznej do płci psychicznej zabiegami chirurgicznymi i terapią hormonalną). Spektrum transpłciowości jest jednak dużo szersze. Najogólniej ujmując, tożsamość osoby transpłciowej nie pokrywa się z konwencjonalnymi poglądami na temat rodzaju męskiego i żeńskiego, ale łączy oba rodzaje lub przemieszcza się pomiędzy nimi²¹.

5. O próbach penalizacji i co z tego wynikło

Łukę w zakresie penalizacji homofobicznej i transfobicznej mowy nienawiści próbowano wypełnić począwszy od 2011 r. 18 kwietnia tego roku do Sejmu VI kadencji wpłynął projekt (druk nr 4253), który przewidywał m.in. uzupełnienie treści art. 256 § 1 k.k.²² o wywoływanie albo szerzenie nienawiści lub pogardy ze względu na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną. Artykuł 257 k.k. miał zostać poszerzony o znieważenie grupy ludności albo poszczególnej osoby lub naruszenie nietykalności cielesnej ze względu na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną. W uzasadnieniu projektu²³ powołano dokument „Sytuacja społeczna osób homoseksualnych i osób biseksualnych – raport Lambdy-Warszawa i Kampanii Przeciw Homofobii”, wskazujący, że 51% osób objętych badaniem doświadczyło przemocy psychicznej w związku z wiedzą bądź przypuszczeniem innych osób o ich homoseksualności lub biseksualności. Spośród nich 70% trzykrotnie lub częściej doświadczyło zaczepek słownych (agresji słownej), obrażania, poniżania, ośmieszania, rozpowszechniania negatywnych opinii na temat osoby objętej badaniem, pogróżek, nienawistnych wiadomości skierowanych do osoby objętej badaniem lub jej bliskich²⁴.

²¹ Uzasadnienie projektu, VI kadencja, druk sejm. nr 4253.

²² Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2024, poz. 17 tekst jedn. ze zm., dalej: k.k.

²³ Uzasadnienia wszystkich czterech projektów (poza opatrzonym numerem druku 1078), były w głównej części treściowo zbieżne, różniąc się tylko w zakresie, który odnosił się do konkretnego brzmienia proponowanych przepisów (jeśli taka różnica występowała). Były również merytorycznie mocno ugruntowane oraz obszerne. Na tym tle negatywnie wyróżniało się uzasadnienie projektu o numerze druku 1078, ograniczające się do jednej strony, mimo że proponowane zmiany były najdalej idące.

²⁴ Według badania podsumowanego w raporcie z 2011 r. ofiarą agresji słownej padło 92,9% badanych, por. J. Świerszcz, *Przemoc...*, s. 56–87.

Projekt ten został wniesiony ponownie 7 marca 2012 r. w Sejmie VII kadencji (druk nr 340) z tą modyfikacją, że przewidywał uzupełnienie treści art. 256 § 1 k.k. o nawoływanie do nienawiści ze względu na płeć, tożsamość płciową, wiek, niepełnosprawność bądź orientację seksualną, bez zmiany czynności sprawczej.

Wkrótce 20 kwietnia 2012 r. złożono kolejny projekt (druk nr 383), zbieżny z treścią poprzedniego (druk nr 340).

Następnie 27 listopada tego samego roku wpłynął projekt (druk nr 1078) przewidujący skreślenie art. 119 i 257 k.k. i zmianę w sposób zasadniczy treści art. 256 § 1 k.k. W interesującym nas zakresie przepis ten miał dotyczyć zachowania tego, kto „nawołuje do nienawiści wobec grupy osób lub osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, społecznej, naturalnych lub nabytych cech osobistych lub przekonań, albo z tego powodu grupę osób lub osobę znieważa”. Do art. 256 k.k. dodany miał być § 5 o treści: „Kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec innej osoby z powodu określonego w § 1 albo z tego powodu narusza jej nietykalność cielesną, podlega karze...”.

W tej samej kadencji złożono jeszcze jeden projekt, 7 marca 2014 r. (druk nr 2357), powtarzający treść projektu nr 340.

Projekt z druku nr 383 został wycofany 21 lutego 2014 r., zaś pozostałe były procedowane łącznie (od 24 czerwca 2014 r.).

W Sejmie VIII kadencji odnośny projekt wniesiono dnia 16 lutego 2018 r. (druk nr 2301). Przewidywał objęcie karalnością w art. 256 § 1 k.k. nawoływania do nienawiści na tle płci, wieku, niepełnosprawności, tożsamości płciowej, ekspresji płciowej, orientacji seksualnej lub przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej, lub bezwyznaniowości. Artykuł 257 zaś miał objąć karalnością znieważenie grupy ludności albo poszczególnej osoby z powodu płci, wieku, niepełnosprawności, tożsamości płciowej, ekspresji płciowej, orientacji seksualnej lub przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej, lub bezwyznaniowości.

W Sejmie IX kadencji odpowiedni projekt wniesiono 12 grudnia 2019 r. (druk nr 138) i nie przeszedł on nawet przez pierwszy etap procesu ustawodawczego (pierwsze czytanie). Projekt ten przewidywał w szczególności zmianę art. 256 § 1 k.k. poprzez objęcie karalnością zachowania tego, kto „nawołuje do nienawiści na tle płci, wieku, niepełnosprawności, tożsamości płciowej, ekspresji płciowej, orientacji seksualnej lub przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej, lub bezwyznaniowości”. Artykuł 257 obejmować miał znieważenie grupy ludności albo poszczególnej osoby z powodu płci, wieku, niepełnosprawności, tożsamości płciowej,

ekspresji płciowej, orientacji seksualnej lub przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej, lub bezwyznaniowości”. Pojęcia „orientacja seksualna”, „tożsamość płciowa” oraz „ekspresja płciowa” miały zostać wyjaśnione w art. 115 k.k. (odpowiednio w § 25, 26 i 27). Uzasadnienie projektu, zwłaszcza na tle projektów poprzednich kadencji, wyróżniało się lakonicznością i niskim poziomem merytorycznym.

W Sejmie obecnej kadencji (X) po raz kolejny wniesiono projekt zmian w omawianym zakresie. Druk nr 876, który wpłynął 27 listopada 2024 r. przewiduje uzupełnienie treści art. 256 § 1 k.k. o nawoływanie do nienawiści ze względu na niepełnosprawność, wiek, płeć lub orientację seksualną. Artykuł 257 k.k. ma z kolei poszerzyć zakres karalności o publiczne znieważenie grupy ludności albo poszczególnej osoby lub naruszenie nietykalności cielesnej innej osoby w związku z niepełnosprawnością, wiekiem, płcią lub orientacją seksualną. Przewidziano również modyfikację art. 119 § 1 k.k. Po pierwszym czytaniu na posiedzeniu 20 grudnia projekt skierowano do Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach, z zaleceniem zasięgnięcia opinii Komisji do Spraw Dzieci i Młodzieży.

6. O orzecnictwie ETPC w sprawach homofobicznej mowy nienawiści

W wyroku z 6 lipca 2006 r. w sprawie *Erbakan przeciwko Turcji*²⁵ ETPC podkreślił, że „tolerancja i szacunek dla równej godności wszystkich istot ludzkich stanowią fundament demokratycznego, pluralistycznego społeczeństwa. W niektórych społeczeństwach demokratycznych z zasady sankcjonowanie lub nawet zapobieganie wszelkim formom wypowiedzi, które rozpowszechniają, zachęcają, wspierają lub uzasadniają nienawiść opartą na nietolerancji może być uznane za konieczne”. Bezpośrednio do karalności homofobicznej mowy nienawiści odniósł się natomiast w wyroku z 9 lutego 2012 r. w sprawie *Vejdeland i inni przeciwko Szwecji*²⁶. W sprawie tej grupa osób udała się do jednej ze szwedzkich szkół średnich z ulotkami opracowanymi przez organizację Młodzież Narodowa, które następnie zostały włożone do szafek uczniowskich lub na nich rozłożone. Ulotki odnosiły się do „propagandy homoseksualnej” i zawierały stwierdzenia, zgodnie z którymi homoseksualność jest „dewiacją seksualną”, która ma „moralnie destrukcyjny wpływ na społeczeństwo”. Zawarto także informacje, że za ekspansją

²⁵ Skarga nr 59405/00.

²⁶ Skarga nr 1813/07.

zakażeń HIV i AIDS stoi rozwiązy tryb życia osób homoseksualnych, a także, że organizacje działające na rzecz praw osób homoseksualnych ukrywają pedofilię. Trzech oskarżonych zostało prawomocnie skazanych za szerzenie nienawiści na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania oraz grzywny w wysokości od 200 do 2 tys. euro, a czwartego poddano okresowi probacji połączonym z obowiązkiem wykonania pracy na cele społeczne. W swoim wyroku Trybunał przyjął, że istnienie przepisu umożliwiającego karanie za szerzenie nienawiści stanowi dopuszczalną i proporcjonalną ingerencję w korzystanie z wolności słowa, zaś skazanie i wymiar kary były proporcjonalne i niezbędne do osiągnięcia tego celu, zwłaszcza, że nie orzeczono, możliwej do orzeczenia, kary bezwzględnego pozbawienia wolności, w wymiarze do dwóch lat. Trybunał zauważył, że nawoływanie do nienawiści nie musi zawierać nawoływania do przemocy czy do popełnienia przestępstwa, a mową nienawiści są również wyrażenia szkalujące i obrażające grupy ludzi. Choć treść ulotki nie nawoływała bezpośrednio do działań opartych na nienawiści, to zawarte w niej stwierdzenia były poważnymi i opartymi na uprzedzeniach oskarżeniami. Nie doszło zatem do naruszenia wolności wypowiedzi określonej w art. 10 EKPC²⁷.

Podobnie w decyzji z 12 maja 2020 r. w sprawie *Lilliendahl przeciwko Islandii*²⁸ Trybunał nie dopatrył się naruszenia art. 10 EKPC w związku ze skazaniem na karę grzywny w wysokości 800 euro skarżącego, który zamieścił w internecie wpisy określające osoby nieheteronormatywne mianem dewiantów, a homoseksualność mianem dewiacji. Trybunał przypomniiał, że mowa nienawiści, jako nadużycie prawa podmiotowego w rozumieniu art. 17 EKPC, nie podlegają ochronie z art. 10 EKPC. Nie można, sięgając pogardę i nienawiść do osób nieheteronormatywnych, argumentować, że każdy ma prawo do swoich poglądów i żądać ochrony swojej wolności wypowiedzi. Trybunał stwierdził, iż określanie homoseksualności jako dewiacji, a homoseksualistów jako dewiantów nie stanowi najpoważniejszego przypadku mowy nienawiści, niemieszczącego się w granicach art. 10 Konwencji, jednak użyte przez skarżącego sformułowania były na tyle dyskryminujące, pogardliwe i wyrażające wstręt, że zastosowana sankcja nie stanowiła naruszenia jego prawa do wolności wypowiedzi.

²⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284, dalej: EKPC.

²⁸ Skarga nr 29297/18.

Natomiast braku ścigania homofobicznej mowy nienawiści dotyczy wyrok ETPC z 14 stycznia 2020 r. w sprawie *Beizaras i Levickas przeciwko Litwie*²⁹. W ocenianym stanie faktycznym para skarżących, działacze litewskiej organizacji LGBT, opublikowała na Facebooku post przedstawiający ich w pocałunku. Pojawiło się pod nim wiele nienawistnych komentarzy, np.: „Te pedały spieprzyły mój lunch; gdybym mógł, zastrzeliłbym każdego z nich; Szumowiny!!!!!! Do komory gazowej z nimi; Hej pedały – kupię wam darmową podróż poślubną do krematorium; Pieprzone pedały – spłóćcie w piekle, śmieci; W ognisko z tymi pedałami; Do cholery... Wy pieprzeni geje – powinniście zostać wytępieni; Ponieważ jesteście pedałami, a dzieci mogą oglądać takie zdjęcia, nie tylko Żydów Hitler powinien był spalić; Spalcie pedały, do cholery; Pedały! Do ogniska te suki!; Pieprzcie się – cholera, zabijcie się, pedały; Szatanie, proszę pozwól mi rozbić ich głowy o ścianę; Do cholery – wypierdalajcie z Litwy i nie zawstydzajcie nas; powinniśmy wsadzić wasze głowy pod samochód i w pętlę, pieprzone pedały; Zabić...”. Organy ściągania odmówiły wszczęcia postępowania, co podtrzymał sąd, mimo istnienia w litewskim kodeksie karnym odpowiednich przepisów, np. art. 170 ust. 2 i 3: „2. Kto publicznie kpi, wyraża lekceważenie lub nawołuje do nienawiści lub dyskryminacji w stosunku do osoby lub grupy osób ze względu na płeć, orientację seksualną, rasę, narodowość, język, pochodzenie, status społeczny, religię, przekonania lub poglądy, podlega karze (...) 3. Kto publicznie nawołuje do przemocy lub przemocy psychicznej w stosunku do osoby lub grupy osób ze względu na płeć, orientację seksualną, rasę, narodowość, język, pochodzenie, status społeczny lub ekonomiczny, religię, przekonania lub poglądy lub wspiera taką działalność, podlega karze (...)”. Przyjęto, że piszący wyrażali jedynie swoją opinię na temat homoseksualistów, natomiast nie mieli oni intencji podżegania do przemocy czy nienawiści, które powinno przebiegać w sposób zorganizowany. Trybunał stwierdził naruszenie art. 14, w zw. z art. 8 oraz art. 13 EKPC.

²⁹ Skarga nr 41288/15. Por. również podobne naruszenie gwarantowanych konwencyjnie praw (art. 14, 8 i 11), stwierdzone w wyroku ETPC z 1 czerwca 2021 r. w sprawie *Association ACCEPT i inni przeciwko Rumunii*, skarga nr 19237/16 – brak skutecznej ochrony osób nieheteronormatywnych przed mową nienawiści.

7. Zamiast podsumowania

Na placu pisarza i homoseksualisty Klausa Manna we Frankfurcie nad Menem stoi pierwszy w Niemczech pomnik poświęcony pamięci prześladowań osób nieheteronormatywnych w tym kraju. To spiżowy anioł, wzorowany na gipsowym modelu z uszkodzonymi skrzydłami, „Aniola ze wstęgą”, planowanego pierwotnie dla zachodniego portalu katedry w Kolonii, pod koniec XIX w. Ten pogrążony w zadumie anioł ma brutalnie odciętą głowę, która została następnie przytwierdzona, lecz tak, by każdy fragment cięcia był doskonale widoczny. Złamane skrzydło oraz ślady na szyi symbolizują nieodwracalne szkody wyrządzone przez prześladowania osób nieheteronormatywnych.

Abstract

Criminalization of homophobic and transphobic hate speech in Polish criminal law

One of the groups persecuted during the Third Reich were non-heteronormative people, mainly homosexuals. They were presented in the official message of the authorities as enemies of the Nation and the State, the plague that wreaks havoc on German society. Exactly the same rhetoric appeared in Poland in 2019, flowing from the leading figures of public life, both political and social. Both these statements and hate speech in the streets and on the Internet go unpunished. Polish criminal law does not cover hate speech based on sexual orientation or gender identity. At the same time, none of the numerous bills that were processed in the Polish parliament, which were to introduce the punishment of homophobic hate speech, has become a binding law. On the other hand, the case law of the European Court of Human Rights shows that Poland does not fulfill its positive obligation to ensure the protection of the rights of non-heteronormative persons against hatred and violence.

Keywords: hate speech, homophobia, transphobia, criminalization, European Court of Human Rights

JAN KULESZA  <https://orcid.org/0000-0002-0574-9120>

Doktor habilitowany, profesor Uniwersytetu Łódzkiego, Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Łódzki; e-mail: jkulesza@wpia.uni.lodz.pl.

Bibliografia

- Allport G.W., *Nature of Prejudice*, Cambridge 1954.
- Biedroń R., *Nazistowskie prześladowania osób homoseksualnych*, w: *Różowe trójkąty. Zbrodnie nazistów na osobach homoseksualnych w kontekście edukacji antydyskryminacyjnej*, red. K. Remin, Warszawa 2012.
- Biedroń R., *Różowe piekło nazizmu*, „Pro Memoria. Biuletyn Informacyjny Państwowego Muzeum Oświęcim-Brzezinka” 2003, nr 19, < <http://auschwitz.org/historia/rozne-grupy-wiezniow/homoseksualisci-odrebnakategoria-wiezniow/robert-biedron-rozowe-pieklo-nazizmu/> >, dostęp: 6 stycznia 2025 r.
- Garlicki L., w: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Legalis 2010.
- Hanc J., *Homoseksualizm a prawo karne. Analiza synoptyczna*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2021, z. 1.
- Heinz S., Bergmann L., *Verfolgung von „Volksfeinden“ als Staatsauftrag – Die „Reichszentrale zur Bekämpfung der Homosexualität und Abtreibung“*, 15 Mai 2012, < <http://lernen-aus-der-geschichte.de/Lernen-und-Lehren/content/10396> >, dostęp: 6 stycznia 2025 r.
- Himmler H., *Bevölkerungspolitische Rede vor SS-Gruppenführern über die „Frage der Homosexualität“ und ein „natürliches Verhältnis der Geschlechter zueinander“* (1937), w: H. Himmler, *Geheimreden 1933 bis 1945 und andere Ansprachen*, Hrsg. B.F. Smith, A.F. Peterson, J. Fest, Frankfurt am Main 1974.
- Klare R., *Die Homosexuellen als politisches Problem*, „Der Hoheitsträger” 1938, Heft 3.
- Klare R., *Hoheitsträger, kennst du diese?*, „Hoheitsträger” 1937, Heft 2.
- Klare R., *Homosexualität und Strafrecht*, Hamburg 1937.
- Meisinger J., *Bekämpfung der Homosexualität und Abtreibung als politische Aufgabe. Vortrag*, w: G. Grau, *Lexikon zur Homosexuellenverfolgung 1933–1945. Institutionen – Kompetenzen – Betätigungsfelder*, Berlin–Münster 2011.
- Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, LEX 2017.
- Piekarski G., *O kulturę pamięci milczących i przemilczanych ofiar obozów koncentracyjnych. Rozważania w kontekście praw człowieka*, w: *Prawa człowieka wobec koncepcji human security*, red. D. Bieńkowska, R. Kozłowski, M.J. Łuczak, Poznań 2019.
- Sadowski J., w: *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis 2016.
- Schenk D., *Hans Frank. Biografia Generalnego Gubernatora*, tłum. K. Jachimczak, Kraków 2009.
- Schenk D., Kulesza W., *Arthur Greiser. Biografia i proces namiestnika III Rzeszy w Kraju Warty*, Łódź 2023.

Szczęsny J., *Retoryka antyhomoseksualna w Trzeciej Rzeszy*, < <https://liberte.pl/retoryka-antyhomoseksualna-w-trzeciej-rzeszy/> >, dostęp: 6 stycznia 2025 r.

Świerszcz J., *Przemoc motywowana homofobią – badanie i wyniki*, w: *Przemoc motywowana homofobią. Raport 2011*, red. M. Makuchowska, Warszawa 2011.

Zakrzewicz A., *Paragraf 175 i homoseksualizm według Himmlera*, < <https://liberte.pl/agnieszka-zakrzewicz-paragraf-175-i-homoseksualizm-wedlug-himmlera/> >, dostęp: 6 stycznia 2025 r.