

# Publiczna krytyka homoseksualizmu jako realizacja konstytucyjnej wolności słowa w świetle orzecznictwa sądów USA



**Grzegorz Maroń**

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Historii Prawa i Doktryn Polityczno-Prawnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego. Jego zainteresowania naukowe obejmują teorię i filozofię prawa, prawo konstytucyjne i prawo wyznaniowe.

## **Public Criticism of Homosexuality as a Realization of the Constitutional Freedom of Speech in the U.S. Case Law**

*The article deals with anti-homosexual speech as constitutionally protected political expression in the United States. Study of the U.S. case law shows that the title freedom has not only a theoretical or normative dimension but also a practical one belonging to the so called "law in action". Criticizing same-sex practices as immoral and sinful falls within the protection of the First Amendment. A necessary incident to freedom of speech is also the right of expressive association, that is the right to get together with other people with a view of promoting particular viewpoints or ideas, including beliefs that engaging in homosexual conduct is contrary to being "morally straight". Public debate demands that even hurtful speech on public issues be shielded from prosecution and liability. Disapproval of anti-homosexual rhetoric does not allow the State to interfere with this speech for no better reason than discouraging a disfavored message. The author urges to make responsible use of freedom of speech. Condemnation of homosexual behavior should always respect the dignity of homosexual men and women.*

### **Wstęp**

Stany Zjednoczone przeszły w ostatnich dekadach istotną ewolucję w podejściu do homoseksualizmu. Zmiana w społecznym postrzeganiu tego zjawiska znalazła przełożenie na praktykę zarówno tworzenia, jak i stosowania prawa, a także symboliczne akty organów władzy publicz-

nej<sup>1</sup>. W sprawie *Romer v. Evans* Sąd Najwyższy USA stwierdził niekonstytucyjność stanowych przepisów, które zakazywały czynić orientację homoseksual-

<sup>1</sup> Np. Proklamacja Prezydenta USA z dnia 29 maja 2015 r. ogłaszająca czerwiec Miesiącem Duma środowisk LGBT (*LGBT Pride Month*).

na kryterium prawnej ochrony osób lub kryterium zakazanej dyskryminacji<sup>2</sup>. W 2003 r. wyrokiem w sprawie *Lawrence v. Texas* zniósł penalizację aktów homoseksualnych<sup>3</sup>. Dziesięć lat później orzekł, iż władza federalna ma obowiązek uznawania małżeństw osób homoseksualnych zawartych w tych stanach, w których małżeństwa te są legalne i przyznawania im uprawnień gwarantowanych w prawie federalnym<sup>4</sup>. W połowie 2015 r. Sąd Najwyższy USA, powołując się na zasadę równej ochrony prawnej z XIV poprawki, uznał, iż władza stanowa

Coraz powszechniejsze poparcie Amerykanów dla praw członków środowisk LGBT (z ang. *Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender*)<sup>7</sup> nie oznacza jednak, iż homoseksualizm przestał być kontrowersyjnym zagadnieniem – stanowi wciąż przedmiot żywej publicznej debaty. Znaczna część obywateli, głównie pod wpływem wyznawanych przekonań religijnych, uważa akty homoseksualne za grzeszne i niemoralne. Sprzeciwia się też przyznawaniu osobom homoseksualnym możliwości zawierania małżeństw czy adoptowania przez takie pary dzieci.



## Publiczne krytykowanie praktyk homoseksualnych znajduje umocowanie w konstytucyjnej wolności słowa wyrażonej w pierwszej poprawce do amerykańskiej ustawy zasadniczej.

nie może zakazywać zawierania małżeństw parom tej samej płci, tym samym ostatecznie zalegalizował małżeństwa homoseksualne w całym kraju<sup>5</sup>. Mocą ustawy z 2009 r. do przestępstw z nienawiści (*hate crime*) zaliczono także przestępstwa motywowane rzeczywistą czy zakładaną przez sprawcę „orientacją seksualną” ofiary<sup>6</sup>.

2 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

3 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Siedemnaście lat wcześniej ten sam sąd potwierdził konstytucyjność przepisów kryminalizujących stosunki homoseksualne, a sędzia Burger w zdaniu polemicznym (*concurrency*), sięgając do poglądów osiemnastowiecznego angielskiego prawnika Williama Blackstone’a, scharakteryzował homoseksualizm jako „niesławną zbrodnię przeciwko naturze” o „większej szkodliwości” niż gwałt, ohydny czyn, „o którym samo wspomnienie jest hańbą dla natury człowieka”, „zbrodnię, którą niestosownie jest nazywać”. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 197 (1986).

4 *United States v. Windsor*, 570 U.S. 133 S. Ct. 2675 (2013).

5 *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 1039 (2015).

6 Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act. 18 U.S.C. § 249 (2009).

Publiczne krytykowanie praktyk homoseksualnych znajduje umocowanie w konstytucyjnej wolności słowa wyrażonej w pierwszej poprawce do amerykańskiej ustawy zasadniczej. Zgodnie z Konstytucją Stanów Zjednoczonych „żadna ustawa Kongresu nie może (...) ograniczać wolności słowa lub prasy (...)”. Zakaz ten mocą XIV poprawki wiąże także władzę stanową.

Wolność słowa rozumiana jako niemal *ius absolutum* uchodzi za fundamentalną zasadę porządku prawnego USA. Niniejsze opracowanie służy zweryfikowaniu tego, na ile rzeczywistość przedmiotowa wolność legitymuje do formułowania wypowiedzi postrzeganych za politycznie niepoprawne, na przykładzie publicznej dezaprobaty homoseksualizmu<sup>8</sup>.

7 Około 55% Amerykanów popiera małżeństwa osób tej samej płci. *Changing Attitudes on Gay Marriage*, <http://www.pewforum.org/2015/07/29/graphics-slideshow-changing-attitudes-on-gay-marriage/> (dostęp 9.12.2015).

8 Najczęściej krytyka nie dotyczy homoseksualizmu *per se* jako orientacji homoseksualnej, lecz praktyk homoseksualnych i uwzględniania postulatów środowisk LGBT przez organy

Analiza orzecznictwa pozwoli ustalić ramy dopuszczalnej reglamentacji antyhomoseksualnej retoryki. Obranie za punkt odniesienia sądowych wyroków, czyli tzw. *law in action*, a nie aktów normatywnych bądź poglądów jurysprudencji pozwoli mówić o realnych współczesnych prawnych standardach debaty wokół homoseksualizmu, a nie tyle o normatywnych czy doktrynalnych postulatach odnośnie do tej debaty.

W pierwszej kolejności przedstawiono standardy wolności słowa wykształcone w praktyce jurysdykcyjnej Sądu Najwyższego USA. Następnie przez pryzmat tych standardów omówiono sprawy sądowe dotyczące krytykowania homoseksualizmu na „tradycyjnym forum publicznym”, co jest egzempli-

od zachowania przez te organizacje autonomii, np. w sprawach zasad swojego członkostwa. Poszanowanie wolności słowa tych podmiotów wymaga jednoczesnego poszanowania wolności zrzeszania się.

### I. Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA

Wolność słowa chroni obywateli przed indoktrynacją czy prozelityzmem ze strony władzy, dzięki czemu nie są oni pozostawieni „na łasce *noblesse oblige*”<sup>9</sup>. Zarówno władza federalna, jak i stanowa nie może kwalifikować jako przestępstwa „pokojowego wyrażania niepopularnych poglądów”<sup>10</sup>. Poszanowanie autonomii jednostki wymaga pozostawienia jej światopoglądowych wyborów. „Żaden

## Stany Zjednoczone uchodzą za państwo, w którym wolność słowa jest egzemplifikacją „świeckiej świętości”.

fikacją klasycznej mowy w dyskursie publicznym. Ramy opracowania nie pozwalają na kompleksową charakterystykę wszystkich typów wypowiedzi komunikujących etyczne obiekcje wobec homoseksualizmu, np. mowy uczniów i studentów w szkole i na uczelni czy mowy pracowników sektora prywatnego i publicznego w miejscu pracy. W ostatnim punkcie opracowania zwrócono uwagę na wolność słowa podmiotów zbiorowych, z czym łączy się „prawo do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów”. Dezaprobatą homoseksualizmu przez pewne organizacje, przykładowo harcerskie, jest uzależniona

urzędnik, wysokiego czy niskiego szczebla, nie może nakazywać, co ma być ortodoksją w polityce, nacjonalizmie, religii czy innych sprawach opinii”<sup>11</sup>.

Stany Zjednoczone uchodzą za państwo, w którym wolność słowa jest egzemplifikacją „świeckiej świętości”. Niniejsza wolność uprawnia do samodzielnego decydowania o tym, co mówić, jak mówić i gdzie mówić, obejmując także „wolność mówienia głupio i bez umiaru”<sup>12</sup>. Kontrowersyjność tematu czy nawet wulgarność obranych środków językowych czy pozajęzykowych nie dyskwalifikuje uczestnika dyskursu publicznego i nie pozbawia go ochrony gwarantowanej pierwszą poprawką. Sąd

władzy prawodawczej i wykonawczej (tzw. homoseksualna agenda). Niektórzy, przyjmując iż orientacja homoseksualna jest kwestią indywidualnego wyboru, poddają krytyce bezpośrednio sam homoseksualizm. W opracowaniu autor będzie posługiwał się terminem „homoseksualizm”, sprowadzając go do aktu homoseksualnego. Ten konceptualny redukcjonizm, nieobcy opracowaniom naukowym, służy pewnej ekonomii i przejrzystości językowej artykułu.

<sup>9</sup> *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 480 (2010). Zob. Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011.

<sup>10</sup> *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229, 237 (1963).

<sup>11</sup> *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943).

<sup>12</sup> *Baumgartner v. United States*, 322 U.S. 665, 673–674 (1944).

Najwyższy zauważa, że wielu osobom wydaje się, że „niezwłoczną konsekwencją tej wolności może być jedynie słowny tumult, niezgoda czy nawet wypowiedzi obraźliwe”, niemniej jednak te uboczne skutki są ceną wartą zapłaty dla ochrony „wartości, jakie proces otwartej debaty umożliwi nam osiągnąć”. Zatem „powietrze czasami może wydawać się być wypełnione słowną kakofonią, co jest jednak oznaką nie słabości, ale siły”<sup>13</sup>.

Wolność słowa, będąc fundamentalnym prawem człowieka, nie ma jednak charakteru w pełni absolutnego. Potrzeba równoległej ochrony innych wartości uzasadnia reglamentację wolności słowa. Zakres dopuszczalnych ograniczeń jest inny w stosunku do różnych rodzajów mowy. Najsilniejsza ochrona przysługuje mowie politycznej czy dotyczącej spraw publicznych (*political/public concern speech*), gdyż znajduje się ona „w sercu ochrony pierwszej poprawki”<sup>14</sup> i „zajmuje najwyższą rangę w hierarchii wartości pierwszej poprawki”<sup>15</sup>. Mowa dotycząca spraw publicznych jest bowiem „czymś więcej niż autoekspresją, ona jest istotą władztwa nad sobą”<sup>16</sup>. Nieco dalej idące obostrzenia są udziałem natomiast mowy komercyjnej (*commercial speech*) i mowy autorstwa władzy (*governmental speech*).

Sąd Najwyższy bardzo szeroko ujmuje „sprawy publiczne”, zaliczając do nich „jakiegokolwiek sprawy polityczne, społeczne czy inne będące przedmiotem zainteresowania wspólnoty”<sup>17</sup> lub będące „przedmiotem ogólnego zainteresowania, wartości i znaczenia dla społeczeństwa”<sup>18</sup>. Przyznaniu wypowiedzi statusu mowy w sprawach publicznych nie stoi na przeszkodzie jej „nieodpowiedni czy kontrolerski charakter”<sup>19</sup>. O kategoryzacji partykularnej wypowiedzi decydują „treść, forma i kontekst”<sup>20</sup>.

Legalność ograniczeń wolności słowa w odniesieniu do spraw publicznych zależy od tego, czy działania władz były motywowane treścią lub przesłaniem zakazanej mowy. Regulacje, które tłumią wolność słowa ze względu na treść komunikatu (*content based*), są *a priori* konstytucyjnie wątpliwe. Władza publiczna nie ma bowiem „prawa ograniczania wypowiedzi z powodu jej przesłania, idei, przedmiotu czy treści”<sup>21</sup> i „musi pozostać neutralna na rynku idei”<sup>22</sup>. Przepisy zawężające zakres pierwszej poprawki w oparciu o kryterium treściowe tylko w wyjątkowych przypadkach uchodzą za zgodne z ustawą zasadniczą, np. przepisy dotyczące dystrybucji treści obscenicznych.

O treściowym charakterze partykularnego ograniczenia wolności słowa decyduje nie tylko brzmienie przepisów, ale także antycypowany przez prawodawcę ich cel w postaci uciszenia poszczególnych nieakceptowanych przez władzę poglądów. „Nawet regulacja neutralna na pierwszy rzut oka może być oparta o treść mowy, jeśli jej oczywistym celem jest reglamentacja komunikatu z powodu wiadomości, jaką on przekazuje”<sup>23</sup>. Sąd, rekonstruując cel prawodawcy, nie poprzestaje na autodeklaracjach legislatywy. „Samo twierdzenie o neutralnym treściowo celu nie wystarcza do utrzymania prawa, które (...) dyskryminuje ze względu na treść”<sup>24</sup>. Obiekcji co do konstytucyjności przepisów nie znosi również okoliczność, że „władza obiecuje stosować je odpowiedzialnie”<sup>25</sup>. Motywy ustawodawcy można ustalać, sięgając do tzw. historii legislacyjnej czy obserwując praktykę egzekwowania kontrolowanych przepisów. Jeśli organy władzy konkludują o naruszeniu przepisów opierają na „ocenie treści przekazywanego komunikatu”<sup>26</sup>, to dowodzi to, iż cel niniejszych przepisów nie był treściowo neutralny.

13 *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 24–25 (1971).

14 *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.* 472 U.S. 749, 759 (1985); *Schenck v. Pro-Choice Network of Western New York*, 519 U.S. 357, 377 (1997).

15 *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 145 (1983).

16 *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 74–75 (1964).

17 *Connick v. Myers*, 461 U.S. 146.

18 *San Diego v. Roe*, 543 U.S. 77 (2004).

19 *Rankin v. McPherson*, 483 U.S. 378, 387 (1987).

20 *Dun & Bradstreet, Inc.* 472 U.S. 761.

21 *Police Dept. of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95 (1972).

22 *Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 745–746 (1978), zdanie odrębne sędziego Stevensa.

23 *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 645 (1994).

24 *McCullen v. Coakley*, 134 S. Ct. 2518, 2544 (2014), zdanie odrębne sędziego Scali.

25 *Stevens*, 559 U.S. 480.

26 *McCullen*, 134 S. Ct. 2531.

Ograniczenie wolności słowa jest motywowane treściowo także wtedy, gdy przepisy ustanowiono ze względu na społeczną krytyczną reakcję wobec reglamentowanej mowy. Zezwolenie społeczeństwu na uciszanie niewygodnych, nieakceptowanych czy kontrowersyjnych opinii równałoby się unicestwie-

instrumentem tłumienia (...) gwałtownych, ostrych, a czasem nieprzyjemnych” wypowiedzi<sup>31</sup>. Taka groźba zdaniem Sądu Najwyższego USA jest nie do zaakceptowania.

Najtrudniej uzasadnianym rodzajem treściowych restrykcji wolności słowa są ograniczenia



## Zezwolenie społeczeństwu na uciszanie niewygodnych, nieakceptowanych czy kontrowersyjnych opinii równałoby się unicestwieniu publicznej debaty.

niu publicznej debaty. Nie można zakazywać komunikatu, kierując się „wrogością czy sympatią wobec przesłania, jakie komunikat ten wyraża”<sup>27</sup>. Publiczny dyskurs staje się pozorny, jeśli jego uczestnikom przyzna się „weto zagłuszacza” (tzw. *heckler’s veto*), służące „uniknięciu dyskomfortu czy nieprzyjemności, które zawsze towarzyszą niepopularnym poglądom”<sup>28</sup>. Sam „fakt, że społeczeństwo może postrzegać komunikat za obraźliwy, nie jest wystarczającym powodem, aby go poddać reglamentacji”<sup>29</sup>.

Amerykańskie orzecznictwo odrzuca kryterium „oburzania” jako dyskwalifikujące legalność wypowiedzi. „Oburzający” jest bardzo nieokreślonym standardem z „nieodłączną subiektywnością, która umożliwiałyby ławie przysięgłych pociąganie do odpowiedzialności w oparciu o gusta czy poglądy przysięgłych, czy być może w oparciu o ich antypatię wobec pewnych poglądów”<sup>30</sup>. Nadawanie prawnej relewantności pojęciu „oburzanie” groziłoby pogwałceniem wymogu neutralności organów stosowania prawa. Powstałoby wówczas niebezpieczeństwo, że ława przysięgłych czy sąd „stanie się

dotyczące rozpowszechniania pewnych poglądów (*viewpoint*)<sup>32</sup>. Represyjne prawo ma charakter treściowy, gdy np. zakazuje komunikatów, tak pro- jak i antyhomoseksualnych. Jest natomiast źródłem dyskryminacji pewnych poglądów, gdy zabrania wyłącznie wypowiedzi krytycznych wobec homoseksualizmu, dopuszczając zarazem zgodne ze stanowiskiem środowisk LGBT. Tego typu dyskryminacja przez władze określonych poglądów co do zasady jest sprzeczna z ustawą zasadniczą.

Konstytucyjność reglamentacji mowy neutralnej treściowo lub reglamentacji motywowanej treścią zależy od spełnienia – odpowiednio – trójelementowego testu, pośredniego lub ścisłego. Przepisy przechodzą pozytywnie przez test pośredni, gdy jednocześnie:

- służą ważnemu interesowi władzy,
- są środkiem proporcjonalnym do celu, czyli nie ograniczają wolności słowa w stopniu istotnie większym od koniecznego do osiągnięcia zakładanego celu,
- pozostawiają alternatywne możliwości komunikowania reglamentowanych treści.

Test ścisły jest zaliczany wtedy, gdy ograniczenie wolności słowa było uzasadnione nagłym intere-

27 *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 386 (1992).

28 *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503, 509 (1969).

29 *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 55 (1988).

30 *Hustler*, 485 U.S. 55.

31 *Bose Corp. v. Consumers Union*, 466 US 485, 510 (1984).

32 *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455, 463 (1980).

sem władzy, zastosowany środek był najmniej represyjnym spośród konkurencyjnych środków prowadzących do tego samego celu, a ograniczenie nie wyłączało innych sposobów wyrażania danych poglądów<sup>33</sup>. Ciężar udowodnienia, że powyższe wymogi zostały spełnione, spoczywa na władzy.

Dopuszczalne ograniczenia wolności słowa mają charakter ekstraordynaryjny. Każdy przypadek pozbawienia jednostki wolności gwarantowanych pierwszą poprawką, choćby „przez nawet bardzo krótki czas, niewątpliwie stanowi nieodwracalną szkodę”<sup>34</sup>.

Z ochrony pierwszej poprawki wyłączone są tzw. słowne ataki (*fighting words*), słowa podburzające (*words of incitement*), prawdziwe groźby (*true threats*), a także treści pornograficzne (*obscenity*) i znieważające (*defamation*). Zatem mowa „jest chroniona przed cenzurą lub karą, chyba że wykaże się, iż jest zdolna wywołać oczywiste i aktualne niebezpieczeństwo poważnego materialnego zła wykraczającego daleko poza społeczną niedogodność, niepokój czy ferment”<sup>35</sup>.

Przez *fighting words* rozumie się „osobiście obraźliwe epitety, które – adresowane do zwykłego obywatela – według powszechnej wiedzy mogą sprokocować do gwałtownej reakcji”<sup>36</sup>. Na tolerancję nie zasługuje mowa, która „wyrządza szkodę lub zmierza do natychmiastowego naruszenia pokoju”<sup>37</sup>. Sąd Najwyższy nadaje dość wąskie rozumienie pojęciu „słowne ataki”. Po pierwsze, przyjmuje się, iż *fighting words* odnoszą się do wypowiedzi adresowanych do konkretnych osób i mają postać zniewagi<sup>38</sup>. Po drugie, słowa tego typu łączą się z wystąpieniem lub realną groźbą wystąpienia niezwłocznej

gwałtownej reakcji. Nie wystarczy, iż dana wypowiedź wywołuje gniew czy oburzenie, władza nie może bowiem zakładać, że „każde wyrażenie prowokacyjnej idei doprowadzi do zamieszek”<sup>39</sup>.

Słowami podburzającymi są słowa „ukierunkowane na podżeganie lub wywoływanie niezwłocznego bezprawnego działania oraz mogące podlegać czy prowokować takie działanie”<sup>40</sup>. Obok zamiaru sprawcy skierowanego na wywołanie natychmiastowej przemocy istotna jest także obiektywna zdolność jego wypowiedzi do zrodzenia takiego skutku. Do słów podburzających nie zalicza się samego „popierania użycia siły czy naruszenia prawa”<sup>41</sup>.

Na *true threats* (prawdziwe groźby) składają się z kolei wypowiedzi, poprzez które mówca komunikuje „zamiar popełnienia aktu bezprawnej przemocy przeciwko konkretnej osobie czy grupie osób. Mówca nie musi rzeczywiście zamierzać zrealizować groźbę. Raczej zakaz prawdziwych groźb chroni jednostki przed strachem przed przemocą i przed zakłóceniami, jakie rodzi strach – obok chronienia ludzi przed ewentualnością, że grożąca przemoc nastąpi”<sup>42</sup>.

Niejednokrotnie *words of incitement* (słowa podburzające) i *fighting words* (słowne ataki) utożsamia się ze sobą. Z tego powodu terminem „słowa podburzające” objęto w rozdz. II artykułu obie wymienione kategorie mowy.

Równie wąskie ramy Sąd Najwyższy USA przyznaje ochronie „istotnych interesów prywatności” – jako kryterium dopuszczalnej reglamentacji wolności słowa. Wolność słowa obejmuje „prawo do wyrażania swoich poglądów wobec tych, którzy chcą słuchać”, ale już nie „prawo do narzucania swojego przesłania publiczności pozbawionej możliwości odmówienia przyjęcia go”<sup>43</sup>. Realizacja wolności słowa nie może oznaczać sprowadzania słuchaczy do pozycji zakładników czy „zniewolonej publicz-

33 *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 791 (1989); *Sanble Communications of California v. Federal Communications Commission*, 492 U.S. 115, 126 (1989). Por. F. Longchamps de Brier, *Wolność słowa w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Zagadnienia podstawowe* (w:) *'Ratio est anima legis'. Księga jubileuszowa ku czci prof. Janusza Trzczińskiego*, Warszawa 2007, s. 424–431.

34 *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347, 373 (1976).

35 *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 4 (1949).

36 *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 20 (1971).

37 *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 572 (1942).

38 *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 302–303 (1940).

39 *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 409 (1989).

40 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969).

41 Tamże, 447.

42 *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 359–360 (2003). Według SN „groźby przemocy znajdują się poza pierwszą poprawką”. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 388 (1992).

43 *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298, 306–307 (1974).

ności”. Ochrona prywatności przed niepożądanym komunikatem generalnie nie ma jednak zastosowania do głoszenia poglądów w miejscach publicznych, gdyż oznaczałoby to „upoważnienie większości do

stytucyjności ograniczenia wolności słowa czasami decyduje wybiórczy charakter regulacji, tzn. obejmowanie zakresem przepisów tylko jednej kategorii zachowań, a pomijanie innych analogicznych



## Amerykańskie orzecznictwo stoi na stanowisku, że troska o komfort psychiczny w miejscach publicznych – mimowolnych słuchaczy czy widzów – nie uzasadnia tłumienia wolności słowa, a „w celu unikania dalszego bombardowania swojej wrażliwości [należy] po prostu odwrócić oczy”.

uciszania dysydentów<sup>44</sup>. Amerykańskie orzecznictwo stoi na stanowisku, że troska o komfort psychiczny w miejscach publicznych – mimowolnych słuchaczy czy widzów – nie uzasadnia tłumienia wolności słowa, a „w celu unikania dalszego bombardowania swojej wrażliwości [należy] po prostu odwrócić oczy<sup>45</sup>. Władza może ograniczać wolność słowa, chroniąc inne osoby, „pod warunkiem wykazania, że istotne interesy prywatności zostały naruszone w sposób wysoce nieakceptowany<sup>46</sup>, np. w przypadku pikietowania przed czymś miejscem zamieszkania czy otrzymywania niechcianej obraźliwej poczty<sup>47</sup>.

W ocenie Sądu Najwyższego przepisy regulujące wolność słowa powinny być sformułowane w sposób precyzyjny. Językowa nieklarowność może być przyczyną ich zakwestionowania jako niespełniających wymogu określoności prawa. O niekon-

w stosunku do celu unormowania. Powodem kwestionowania przez Sąd Najwyższy przepisów nakładających na wolność słowa pewne restrikcje jest też upatrywanie w tych przepisach źródła nadmiernej dyskrecjonalności dla władzy wykonawczej<sup>48</sup>.

### II. Dezaprobata homoseksualizmu na tradycyjnym forum publicznym

Intensywność ochrony wolności słowa zależy od miejsca, w którym wyrażane są poglądy. Szczególnie silne gwarancje przysługują mowie w sprawach społecznie doniosłych formułowanej na tradycyjnym forum publicznym (*traditional public forum*)<sup>49</sup>. Publiczne ulice, chodniki, place czy parki histo-

48 *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 884 (1990).

49 Obok „tradycyjnego forum publicznego” orzecznictwo wyróżnia „wyznaczone forum publiczne” (*designated public forum*) i „forum niepubliczne” (*nonpublic forum*). Wyznaczone forum publiczne to miejsce, które na mocy pewnych regulacji lub praktyki postępowania zostało udostępnione ogółowi społeczeństwa lub pewnym grupom społecznym dla celów ekspresji, np. kampus uczelni wyższej. Natomiast forum niepubliczne to teren należący do władzy publicznej

44 *Cohen*, 403 U.S. 21.

45 *Erznoznik v. Jacksonville*, 422 U.S. 205, 210–211 (1975).

46 *Cohen*, 403 U.S. 21.

47 *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988); *Rowan v. Post Office Dept.*, 397 U.S. 728 (1970).

rycznie i zwyczajowo uchodzą za przestrzeń dialogu i debaty. „Od niepamiętnych czasów służą celom zgromadzeń, wymiany poglądów między obywatelami i dyskusowania publicznych kwestii”<sup>50</sup>. Miejsca te zajmują „szczególną pozycję w warunkach ochrony pierwszej poprawki”<sup>51</sup>, gdyż są „archetypem tradycyjnego publicznego forum”<sup>52</sup>. Gwarantowanie tutaj swobody wypowiedzi jest „rdzeniem” pierwszej poprawki<sup>53</sup>.

Jedynym wyrokiem Sądu Najwyższego, w którym bezpośrednio odniesiono się do publicznej krytyki homoseksualizmu, było orzeczenie z dnia 2 marca 2011 r. w sprawie *Snyder v. Phelps*<sup>54</sup>. Przedmiotowa sprawa dotyczyła legalności działań kontrowersyjnego protestanckiego Kościoła Baptystycznego Westboro. Kościół ten od ponad 20 lat pikietuje podczas pogrzebów amerykańskich żołnierzy, głosząc swoje przekonanie, że Bóg nienawidzi USA za ich tolerancję wobec homoseksualizmu, zwłaszcza w amerykańskiej armii<sup>55</sup>. Za karę Bóg rzekomo zezwala na śmierć amerykańskich żołnierzy na polu walki czy dopuścił zamach z 11 września 2001 r. Wspólnota Westboro potępia również Kościół katolicki za skandale seksualne z udziałem jego księży.

Założyciel kościoła Fred Phelps i sześciu innych jego wyznawców, a zarazem krewnych Phelpsa, przybyli 10 marca 2006 r. do Westminster w Maryland, aby protestować w czasie pogrzebu Matthew Snydera, żołnierza poległego w Iraku. Wcześniej uprzedzili miejscowe władze i postępowali zgodnie z ich instrukcjami. Pikieta miała miejsce na terenie publicznym przyległym do publicznej ulicy, w odległości około 300 m. od kościoła, w którym odbywało się nabożeństwo pogrzebowe. Jej uczest-

zasadniczo niewykorzystywany dla potrzeb publicznej debaty, np. więzienie, baza wojskowa.

50 *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496, 515 (1939).

51 *United States v. Grace*, 461 U.S. 171, 180 (1983).

52 *Frisby*, 487 U.S. 480.

53 *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 469 (2009).

54 *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 131 S.Ct. 1207 (2011). Por. F. Longchamps de Bérier, *Cena wolności słowa* (w:) R. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012, t. 1, s. 260–266.

55 Zob. *McQueary v. Conway*, 634 F.Supp.2d 821 (E.D. Ky. 2009).

nicy pokojowo prezentowali plakaty z obraźliwymi napisami, nie krzycząc ani nie wchodząc na teren kościoła czy cmentarza<sup>56</sup>. Pikiecie nie towarzyszyły też akty przemocy. Podczas procesji na cmentarz kondukt pogrzebowy od protestujących dzieliła odległość 60–90 m.

Ojciec zmarłego żołnierza, po tym jak wieczorem w dniu pogrzebu zobaczył w mediach hasła pikietujących, wniósł pozew przeciwko Phelpsowi i jego kościołowi, zarzucając im dopuszczenie się pięciu przewidzianych w prawie stanowym deliktów: zniesławienia, celowego wywołania emocjonalnego udręczenia, ujawniania informacji dotyczących życia prywatnego, ingerencji w prywatność oraz zмовy przeciwko prawom powoda. Ława przysięgłych uznała, iż popełniono trzy delikty i obciążyła kościół wielomilionowym odszkodowaniem rekompensacyjnym i karnym o łącznej wysokości blisko 11 mln. dolarów. Sąd okręgowy zmniejszył wysokość karnego odszkodowania. Federalny Sąd Apelacyjny dla Czwartego Okręgu uchylił jednak wyrok, przyjmując, że wypowiedzi członków Westboro są objęte wolnością słowa. W jego ocenie dotyczą one spraw publicznych, nie można udowodnić ich fałszywości<sup>57</sup> i zostały ujęte w formie retorycznej hiperboli. Stanowisko to podtrzymał Sąd Najwyższy, uznając, że pierwsza poprawka chroni Westboro od odpowiedzialności deliktowej za pikietowanie w przedmiotowej sprawie.

Pikieta w ocenie sądu stanowiła formę wyrażenia poglądów w sprawie publicznej, za czym przemawiały zarówno treść, jak i forma oraz kontekst całego protestu. Treść plakatów Westboro dotyczyła kwestii publicznie doniosłych, a nie prywatnych:

56 Treść plakatów to: „Dzięki Bogu za martwych żołnierzy”, „Pedały zatracają narody”, „Ameryka jest skazana na zagładę”, „Idziesz do piekła”, „Bóg nienawidzi USA”, „Dzięki Bogu za 9/11”, „Nie módl się za USA”, „Bóg nienawidzi Ciebie”, „Maryland Taliban”, „Zawsze wierni pedalom”, „Nie błogosławieni, ale przeklęci”, „Papież w piekle”, „Księża gwałcą chłopców”.

57 Sąd przyjął, iż pierwsza poprawka chroni także wypowiedzi w sprawach publicznych, które „nie zawierają stwierdzeń odnośnie do faktów, których fałszywości można by dowieść”. *Snyder v. Phelps*, 580 F.3d 206, 220 n. 13 (4<sup>th</sup> Cir. 2009).



homoseksualizmu w armii USA, politycznej i moralnej oceny postępowania władz USA i ich obywateli, losu narodu amerykańskiego, skandali z udziałem katolickich duchownych. Głoszone treści były skierowane do opinii publicznej i służyły jej pozyskaniu, nawet jeśli niektóre z nich („Idziesz do piekła”, „Bóg nienawidzi Ciebie”) adresowano do konkretnych osób, w szczególności Snydera. Prawem Kościoła Westboro było wybrać czas, miejsce i sposób protestu. Ograniczanie tego prawa tylko ze względu na „skandaliczność” pikiety nie spełnia wymogu racjonalności ograniczenia. W odniesieniu do kontekstu sąd zauważył, iż pikietowanie w czasie pogrzebu Snydera nie było formą zakamuflowanego personalnego ataku na zmarłego żołnierza, obliczonego na uniknięcie odpowiedzialności. Treści komunikowane w czasie tej konkretnej pikiety głoszone podczas kilkuset innych pogrzebów w różnych miejscach USA. Nie było też wcześniej jakichkolwiek związków między Snyderem a wyznawcami Westboro.

Okoliczności sprawy nie zaliczają się do żadnego z przypadków uzasadniających reglamentację wolności słowa. Hasła plakatów nie były ani mową podburzającą, ani obsceniczną. Nie można zakwalifikować ich jako *fighting words* ze względu jedynie na to, że są „zasmucające lub wzbudzają pogardę”<sup>58</sup>. Ojciec Snydera nie należał też do „zniewolonej publiczności” podczas pogrzebu swego syna. Treść plakatów poznał dopiero z relacji mediów. Protestujący stali z daleka od miejsca uroczystości pogrzebowych i ich nie zakłócili. W ocenie sądu – uwzględniając kontekst sprawy, należy przyjąć, iż zarówno to „co”, „jak” i „gdzie” Westboro zdecydowało się mówić, jest objęte szczególną ochroną pierwszej poprawki, której nie może znieść uznanie pikiety za „oburzającą”. „Westboro uważa, że Ameryka jest moralnie skażona, wielu Amerykanów może mieć podobne odczucia o Westboro. Pikiety pogrzebowe Westboro z pewnością są krzywdzące, a ich wkład do publicznego dyskursu niewielki. Ale Westboro podnosi kwestie publicznej wagi w miejscu publicznym,

58 *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 131 S.Ct. 1207 (2011). Zob. P. E. Salamanca, *Snyder v. Phelps: A Hard Case That Did Not Make Bad Law*, „Cato Supreme Court Review” 2010–2011, s. 57–80.

w pokojowy sposób, w pełnej zgodzie ze wskazaniami lokalnych funkcjonariuszy”<sup>59</sup>.

O ile Sąd Najwyższy USA dość konsekwentnie ogranicza mowę obraźliwą od mowy podburzającej, o tyle sądom niższemu szczebla zdarza się obie kategorie łączyć ze sobą, czego przykładem jest wyrok federalnego Sądu Apelacyjnego dla Trzeciego Okręgu z dnia 25 października 2005 r. w sprawie *Gilles v. Davis*<sup>60</sup>. Sprawa dotyczyła wydarzeń z 5 października 2001 r. na terenie kampusu Uniwersytetu Indiana w stanie Pensylwania. W tym dniu James G. Gilles – samozwańczy „uniwersytecki ewangelista” – wraz z grupą około 25 wspierających go osób na publicznie dostępnym placu należącym do uczelni nauczał o zлу, jakim jest przedmałżeński seks, alkoholizm i homoseksualizm. Wokół niego zgromadziło się 75–100 studentów. Między nim a studentami wywiązała się sprzeczka niewolna od wulgaryzmów z obu stron. Szczególne wzburzenie wywołały jego uwagi na temat homoseksualizmu<sup>61</sup>. Przybyła na miejsce policja aresztowała Gillesa za zakłócanie porządku na terenie kampusu. Sąd pierwszej instancji (*Court of Common Pleas*) uniewinnił go, stwierdzając, iż nie dopuścił się zarzucanych mu czynów.

Sąd apelacyjny, rozpatrując samą legalność aresztowania, po pierwsze przyjął, iż Gilles mógł przemawiać w obranym przez siebie miejscu kampusu, gdyż teren ten zasadniczo był powszechnie dostępny także dla osób spoza uczelni. Większość wypowiedzi Gillesa zakwalifikowano za mieszczącą się w granicach wolności słowa. Jednak niektóre z użytych

59 Tamże.

60 *Gilles v. Davis*, 427 F.3d 197, 211 (3d Cir. 2005).

61 J. Gilles od lat 80. pojawia się w kampusach szkół wyższych i naucza przeciwko, jak sam określa, „wielkiej zwróce”, tj. „narkotykom, seksowi, upijaniu się i rock and roll-owi”. Na Uniwersytecie Indiana mówił m.in.: „uważajcie, ponieważ homoseksualiści szukają was w tym kampusie”, „nic nie jest niższe niż lesbijka”, „homoseksualiści i lesbijki zmierzają do piekła”, „nie ma czegoś takiego jak chrześcijańska lesbijka (...) czy chrześcijański homoseksualista”. Wobec jednej z kobiet, która określiła się mianem chrześcijańskiej lesbijki, powiedział: „Ona myśli, że jest chrześcijańską lesbo. Ona jest lesbijką dla Jezusa”. Zapytał się też jej: „Śpisz z psami? Jesteś zwierzęcem kochankiem? (...) Czy można być zwierzęcem kochankiem i jednocześnie chrześcijaninem?”.

przez niego sformułowań uznano za słowa podburzające wyłączone spod ochrony pierwszej poprawki, co usprawiedliwiało aresztowanie go przez policję. Za *fighting words* potraktowano „szczególnie obraźliwe” słowa skierowane przeciwko studentce

Zapis wideo całego zdarzenia ujawnia bowiem, że w momencie przybycia policji nie zanościło się na zamieszki. Zebrani zachowywali się relatywnie spokojnie, pomimo słownych wulgarnych utarczek Gillesa z kilkoma osobami. „Zawstydzające, hańbiące,



## Za *fighting words* potraktowano „szczególnie obraźliwe” słowa skierowane przeciwko studentce będącej chrześcijanką i lesbijką.

będącej chrześcijanką i lesbijką. Charakteru takiego w ocenie sądu nie można przypisać sformułowaniom adresowanym nie do jednostki, lecz do ogółu osób, np. „na tym kampusie są tysiące cudzołożników” czy „pijacy są wszędzie na tym kampusie”, choćby były to sformułowania poniżające, gdyż nie rodzą prawdopodobieństwa natychmiastowego naruszenia porządku. Rozróżnienie na wypowiedzi kierowane do indywidualnego i kolektywnego adresata nie jest jednak przesądzające dla przyjęcia *fighting words*. Sąd wyróżnił bowiem znieważające określenia skierowane przeciwko konkretnym osobom, np. „papierosowy oddech”, „diabeł”, „komunista”, „przeklęty do piekła”. Analizując je kontekstualnie, tj. w połączeniu z gestami, sposobem mówienia, pewną przesadną teatralizacją występu, zakwalifikował je jako nieprzyjemne, ale łagodne i wystarczająco nieprovokacyjne, aby mogły stanowić słowa podburzające.

Poczyniona przez sąd dystynkcja budzi obiekcje. Zastosowane kryterium podziału poszczególnych wypowiedzi jest wysoce nieostre i ocenne. Sąd apelacyjny opierał się na poniekąd intuicyjnie ustalonym stopniu obraźliwości poszczególnych zwrotów, a nie na określonym kontekstualnie ryzyku wywołania zamieszek. Sędzia Fuentes w zdaniu odrębnym do wyroku zasadnie podnosi, iż do zaistnienia „mowy podburzającej” konieczne jest, aby celem mowy było doprowadzenie do przemocy albo aby mowa rodziła realne prawdopodobieństwo wywołania aktów fizycznej przemocy. W ocenie sędziego nic takiego nie miało miejsca w danej sprawie.

piętnujące, wulgarnie czy obraźliwe słowa nie są automatycznie słowami podburzającymi”<sup>62</sup>.

Konkluzji o podburzaniu przez Gillesa do przemocy nie nadano kategorycznej postaci. W ocenie sądu policjant aresztujący kaznodzieję mógł uważać, że ten dopuszcza się naruszenia porządku, „nawet jeśli inwektywy dotyczące lesbizmu i zwierzęcości nie stanowią *fighting words*”<sup>63</sup>. Założenie po stronie funkcjonariusza, iż okoliczności zdarzenia uzasadniały aresztowanie, „nie było nieracjonalne”.

Szerszą interpretację mowy podburzającej przyjął kilkanaście lat wcześniej przeciwko Gillesowi Sąd Apelacyjny stanu Indiana – w sprawie analogicznej do sprawy powyższej. Skazał on Gillesa za naruszenie porządku publicznego poprzez wygłoszenie podczas festynu „kazania”, w którym użył określeń „dziwki”, *queers*, „ludzie AIDS”, „ziemskie szumowiny”, „pijacy”. Sformułowaniami tymi „Gilles umieścił swoich słuchaczy w kategoriach definiowanych przez aktywność seksualną, orientację seksualną i choroby przenoszone drogą płciową. Ten język naturalnie mógł sprowokować gwałtowną reakcję”<sup>64</sup>.

Rozumienie „mowy podburzającej” przez zarówno federalny sąd apelacyjny, jak i stanowy sąd apelacyjny wydaje się być sprzeczne z orzecznictwem Sądu Najwyższego USA. Wyrok w sprawie *Snyder*

<sup>62</sup> *Gilles v. Davis* (62).

<sup>63</sup> Tamże (26).

<sup>64</sup> *Gilles v. Indiana*, 531 N.E.2d 220, 222–223 (Ind. App. 4 Dist.1988).

v. *Phelps* potwierdza, iż krytyczne wypowiedzi wobec homoseksualizmu i homoseksualistów – jakkolwiek obraźliwe, niestosowne i przejawiające brak szacunku – nie stanowią *fighting words*<sup>65</sup>.

Przypadki jawnie obraźliwej antyhomoseksualnej retoryki na podobieństwo niewyszukanego, a nie-

cy miasta, sprzecznie z prawem miejscowym, które zakazywało „włóczenia się czy gromadzenia się na Bourbon Street w celu rozpowszechniania antyspołecznych, politycznych czy religijnych wiadomości pomiędzy zachodem słońca a wschodem słońca”<sup>66</sup>.

Publiczne potępienie praktyk homoseksualnych



## Publiczne potępienie praktyk homoseksualnych może doznawać ograniczeń na podstawie przepisów gwarantujących porządek i bezpieczeństwo publiczne.

kiedy rażąco skandalicznego i zasługującego na potępienie języka Gillesa są w zdecydowanej mniejszości. Nie oznacza to jednak, iż kulturalna w formie i w treści krytyka homoseksualizmu nie jest poddawana reglamentacji. Sąd Okręgowy dla Wschodniego Dystryktu Luizjany wyrokiem z 16 grudnia 2013 r. orzekł, iż policja naruszyła konstytucyjne wolności pastora Paula Grosa i innych członków grupy ewangelizacyjnej Bible Believers, aresztując ich w dniu 1 września 2012 r. podczas święta gejowskiego w Nowym Orleanie (*Southern Decadence*). Powodem aresztowania było głoszenie przez nich nauczania religijnego na reprezentacyjnej uli-

65 Przeciwnicy antyhomoseksualnej retoryki podejmują próby eliminowania krytyki homoseksualizmu, nie tylko sięgając do koncepcji mowy podburzającej, ale nawet stawiając swoim adwersarzom zarzut zbrodni przeciwko ludzkości. Przedmiotem sądowego postępowania jest sprawa z powództwa grupy LGBT (*Center for Constitutional Rights*, reprezentującego ugandyjską grupę *Sexual Minorities Uganda*) przeciwko pastrowi Scottowi Lively, przewodniczącemu chrześcijańskiej organizacji *Abiding Truth Ministries* propagującej na całym świecie biblijne nauczanie w kwestii małżeństwa i wyrażającej stanowczy sprzeciw wobec homoseksualizmu. *Sexual Minorities Uganda v. Lively*, No. 12-CV-30051-MAP, 2013 WL 4130756 (D. Mass. Aug. 14, 2013). Livelyemu zarzuca się, iż inspirował władze ugandyjskie do przyjęcia prawa przewidującego dla homoseksualistów karę śmierci.

może doznawać ograniczeń na podstawie przepisów gwarantujących porządek i bezpieczeństwo publiczne. Niekiedy władza lokalna nadużywa tych przepisów, podejmując próby eliminowania przy ich pomocy z przestrzeni publicznej nieakceptowanych przez siebie treści, czego przykładem jest sprawa Briana Johnsona. Od 1995 r. Johnson podczas dwudniowego święta gejowskiego *Twin Cities Pride*, organizowanego przez grupę LGBT, ustawiał w miejskim parku w Minneapolis za zgodą organizatora festynu stragan, na którym rozdawał egzemplarze Biblii. W 2009 r. przedstawiciel *Twin Cities Pride* przed rozpoznaniem wniosku Johnsona o rozstawienie stoiska zadał mu pytania dotyczące postrzegania homoseksualizmu. Johnson, odpowiadając na nie, stwierdził, iż nie miałby oporów przed zatrudnieniem do pomocy przy straganie homoseksualisty oraz że zgodnie z Pismem Świętym postrzega akty homoseksualne, ale już nie same skłonności homoseksualne, za grzeszne. Odpowiedź ta nie usatysfakcjonowała organizatora *Twin Cities Pride*, który tym razem nie wyraził zgody na umieszczenie stoiska. Johnson w związku z tym rozdawał Biblię w czasie festynu, przechadzając się po terenie par-

66 *Gros v. New Orleans City*, No. 12-2322 (E.D. La. Dec. 16, 2013). Po wniesieniu pozwu miasto zmieniło kwestionowane przepisy, tj. *New Orleans City Ordinance* § 54-419(c)(4).

ku. Został aresztowany przez policję pod zarzutem bezprawnego wejścia na teren parku (*trespass*), który to zarzut następnie cofnięto. W 2011 r. zarządca parku (*Minneapolis Park and Recreation Board*) po zawarciu porozumienia z *Twin Cities Pride* podjął uchwałę określającą zasady dystrybucji literatury podczas festynu. Wyróżniono trzy kategorie miejsc, w których można było rozdawać czy sprzedawać materiały: stragany zaaprobowane przez organizatora, stragany zaaprobowane przez zarządcę parku poza terenem goszczącym festyn oraz miejsca peryferyjne na terenie festynu. Zgodnie z nowymi regulacjami Johnsonowi pozwolono rozprowadzać Biblię w zasadzie poza obszarem, na którym odbywał się festyn lub na terenie zajęтым wprowadzicie przez festyn, lecz nie uczęszczanym przez jego uczestników.

Federalny Sąd Apelacyjny dla Ósmego Okręgu wyrokiem z 11 września 2013 r. uznał przepisy ustanowione przez zarządcę parku za sprzeczne z ustawą zasadniczą. Zakwalifikował je do neutralnych treściowo ograniczeń co do czasu, miejsca i sposobu korzystania z wolności słowa na tradycyjnym forum publicznym. Ich konstytucyjność ocenił z wykorzystaniem trzystopniowego testu – przywołanego w rozdz. I niniejszego artykułu. Według sądu kontrolowane przepisy spełniają pierwsze kryterium, tj. służą istotnemu interesowi władzy. Ich *ratio legis* są bowiem względy bezpieczeństwa towarzyszące organizacji imprezy masowej (sprawny ruch pieszych, nieutrudniony dojazd karettek itp.). Przepisy te naruszają jednak wymóg proporcjonalności. Zarządca parku nie przedstawił dowodów, z których by wynikało, że reglamentacja dystrybucji literatury podczas festynu służy celom bezpieczeństwa. Sąd zauważył, iż rzekome względy bezpieczeństwa nie przeszkodziły zarządcy parku wyrazić zgody na przemieszczanie się po terenie parku w czasie święta gejowskiego performerów oraz osób prowadzących zbiórkę publiczną, pomimo tego, iż osoby te w większym stopniu niż dystrybuujący literaturę wywołują obstrukcję ruchu pieszych<sup>67</sup>.

67 *Johnson v. Minneapolis Park & Recreation Bd.*, 729 F.3d 1094 (8<sup>th</sup> Cir. 2013).

Po spełnieniu wymogu proporcjonalności reglamentacja publicznej antyhomoseksualnej mowy, motywowana treściowo neutralnymi kryteriami, uchodzi za legalną. W sprawie *Ovadal v. City of Madison* powód protestował przeciwko homoseksualizmowi, trzymając plakaty na kładce dla pieszych. Policja otrzymała zawiadomienie od kierowców, że plakaty wywołują problemy w ruchu drogowym. Funkcjonariusze wezwali powoda do zaprzestania prezentowania ich w tym miejscu. W ocenie federalnego Sądu Apelacyjnego dla Siódmego Okręgu troska o bezpieczeństwo w ruchu drogowym oraz o bezpieczeństwo przechodniów może uzasadniać ograniczenia wolności słowa<sup>68</sup>. Powyższe cele w pewnych przypadkach usprawiedliwiają obostrzenia wolności słowa nawet na tradycyjnym forum publicznym, jakim jest chodnik<sup>69</sup>.

Osoby decydujące się publicznie głosić religijnie motywowaną krytykę homoseksualizmu niejednokrotnie muszą liczyć się też z groźbą odpowiedzialności prawnokarnej za czyny chuligańskie. Podczas ulicznego święta gejowskiego w Filadelfii pięciu członków chrześcijańskiej grupy *Repent America*, zostało 10 października 2004 r. aresztowanych po scysji z gejowskimi aktywistami. Oskarżono ich o wywoływanie zamieszek, znowę do popełnienia przestępstwa, spowodowanie zagrożenia dla zdrowia innych, zakłócanie ruchu ulicznego, odmowę rozejścia się i zakłócanie porządku. Zarzucono im także przestępstwo z nienawiści wobec osób homoseksualnych. Groziło im do 47 lat (!) pozbawienia wolności. Sąd pierwszej instancji (*Court of Common Pleas*) wyrokiem z 17 lutego 2005 r. uniewinnił oskarżonych od wszystkich stawianych im zarzutów, bazując na zapisie wideo całego incydentu. W ocenie sądu: „Jesteśmy jednym z nielicznych państw, które chronią niepopularne poglądy (...), nie możemy tłumić mowy, ponieważ nie chcemy jej słuchać czy

68 *Ovadal v. City of Madison*, 416 F.3d 531 (7<sup>th</sup> Cir. 2005).

69 *Victory Outreach Center v. Melso*, 281 Fed.Appx. 136 (3d Cir. 2008). W sprawie tej powód blokował przejście po chodniku, trzymając plakat z napisem „Cudzołożnicy i pijacy dołączają do Tupaca [Tupac Shakur – G.M.] w piekle. Słuchaj Jezusa. Pierwszy List do Koryntian 6:9”.

nie chcemy jej teraz słuchać”<sup>70</sup>. Przedmiotowa sprawa dowodzi łatwości, z jaką można stawiać w stan oskarżenia za głoszenie kontrowersyjnych opinii<sup>71</sup>.

### III. Prawo do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów (*right to expressive association*)

Wolność słowa obejmuje nie tylko prawo do mówienia o czymś, ale także prawo do nieformułowania określonych poglądów oraz do nieprzyjmowania za własne poglądów cudzych. Ten negatywny aspekt wolności słowa przejawia szczególną doniosłość w przypadku podmiotów zbiorowych. Amerykań-

W 1993 r. grupa Irlandzko-Amerykańskich Gejów, Lesbijek i Biseksualistów (GLIB) zwróciła się do stowarzyszenia weteranów wojennych organizującego corocznie w Bostonie za aprobatą władz miejskich uliczną paradę w związku z Dniem Świętego Patryka i Dniem Ewakuacji o umożliwienie jej wzięcie udziału w tej paradzie. Grupa GLIB chciała w ten sposób „wyrazić dumę swoich członków z irlandzkiego dziedzictwa jako jawnych gejów, lesbijek i biseksualistów, pokazać, że takie osoby są w społeczeństwie oraz wesprzeć podobnych mężczyzn i kobiety pragnących uczestniczyć w paradzie z okazji Dnia Świętego Patryka w Nowym Yorku”<sup>72</sup>.



## Wolność słowa obejmuje nie tylko prawo do mówienia o czymś, ale także prawo do nieformułowania określonych poglądów oraz do nieprzyjmowania za własne poglądów cudzych.

skiemu porządkowi prawnemu znane jest pojęcie *expressive association*, przez które rozumie się różnego rodzaju organizacje – niezależnie od ich prawnej formy – skupiające osoby zrzeszające się w celu wyrażania pewnych wspólnych poglądów. Ochrona wolności słowa tych grup wymaga, aby mogły swobodnie decydować, kogo chcą przyjąć w swoje szeregi, w jakich wydarzeniach partycypować oraz kogo dopuszczają do udziału w podejmowanych przez siebie inicjatywach.

<sup>70</sup> *Commonwealth v. Marcavage, Philadelphia Cty.* (Ct. of Common Pleas. Feb. 17, 2005).

<sup>71</sup> Członkowie *Repent America* za podobne uliczne kaznodziejstwo kilkakrotnie byli aresztowani i stawiani w stan oskarżenia. W ich sprawie zapadały zarówno wyroki uniewinniające, jak i skazujące. Zob. *United States v. Marcavage*, 609 F.3d 264 (3<sup>rd</sup> Cir. 2010); *Commonwealth v. Marcavage*, 918 N.E.2d 855 (Mass. App. Ct. 2009).

Kiedy stowarzyszenie weteranów wojennych nie zaaprobowało wniosku, GLIB i niektórzy jej członkowie wnieśli pozew do sądu, podnosząc naruszenie prawa stanowego zakazującego dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Sąd stanowy pierwszej instancji pozew uwzględnił, nakazując włączyć GLIB do parady, a jego wyrok utrzymany został w mocy przez stanowy sąd najwyższy.

Sąd Najwyższy USA wyrokiem z 19 czerwca 1995 r. jednogłośnie orzekł, że wymaganie od prywatnego organizatora parady włączenia do maszerujących grupy osób komunikujących przesłanie, z którą on sam się nie utożsamia, narusza pierwszą poprawkę. Poprawka ta uprawnia organizatora parady do doboru czy selekcji jej uczestników. Parada jest formą wyrażania przekonania, a nie tylko prze-

<sup>72</sup> *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995).

marszem, ponieważ gromadzi osoby artykułujące pewne wspólne poglądy nie wobec siebie samych, ale wobec ludzi zgromadzonych wzdłuż trasy pochodu. Ochrona tej kategorii ekspresji nie zawęża się do treści banerów czy śpiewów towarzyszących paradzie, ale rozciąga się także na akty symbolicznego w niej uczestnictwa. Orzeczenia sądów niższych instancji oznaczały bezpodstawne potraktowanie przesłania parady jako „usługi publicznej”. Skoro każda grupa partycypująca w paradzie wpływa na wiadomość komunikowaną przemarszem, to zmuszenie stowarzyszenia weteranów do włączenia

Do podobnego wniosku doszedł dwa i trzy lata wcześniej Sąd Okręgowy dla Południowego Dystryktu Nowego Jorku. W wyrokach z dnia 26 lutego 1993 r. i 16 marca 1992 r. orzekł, iż niekonstytucyjne było wymaganie od katolickiego bractwa włączenia do parady z okazji Dnia Świętego Patryka organizacji irlandzkich gejów i lesbijek<sup>75</sup>.

Na ścisłe powiązanie wolności słowa i prawa do zrzeszania się, przybierające postać „prawa do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów” (*right to expressive association*), zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w sprawie *Boy Scouts of America v. Dale*. Uznał, iż



## Według *Boy Scouts of America (BSA)* homoseksualne zachowania są niezgodne z przysięgą i prawem skauta, co wyrażają zwłaszcza słowa o byciu „moralnie prawym” i „czystym”.

do parady organizacji homoseksualnej zakłóciłoby przesłanie parady, jakkolwiek samo to przesłanie nie zostało wyraźnie zdefiniowane. Osoby homoseksualne mogły indywidualnie uczestniczyć w paradzie, ale nie jako wyodrębniona grupa z formalną akredytacją organizatora parady.

Zgodnie z zasadą wolności słowa „mówcy przysługuje autonomia w wyborze treści swojego własnego przesłania i odwrotnie – decydowania o tym, czego nie chce powiedzieć”, czyli możliwość „kształtowania swojej wypowiedzi poprzez mówienie na jeden temat i milczenie na inny, bez ingerencji ze strony państwa”<sup>73</sup>. Niselektywność stosowania pierwszej poprawki służy temu, aby z ochrony mogły korzystać także te treści, które „w czyichś oczach są błędne, a nawet szkodliwe”<sup>74</sup>.

prawo to, implikatywnie wyartykułowane w pierwszej poprawce, jest udziałem prywatnej organizacji *non-profit* skupiającej skautów, mającej za cele przekazywanie systemu wartości dzieciom i młodzieży. Według *Boy Scouts of America (BSA)* homoseksualne zachowania są niezgodne z przysięgą i prawem skauta, co wyrażają zwłaszcza słowa o byciu „moralnie prawym” i „czystym”. Organizacja swoją działalnością, w tym także swoimi decyzjami personalnymi, nie chce promować homoseksualizmu jako uprawnionej formy zachowania.

Broniąc obranego systemu wartości, organizacja skautowska BSA pozbawiła Jamesa Dale’a stanowiska asystenta harcmistrza drużyny harcerskiej, po

73 Tamże, 558 i 573.

74 Tamże, 574.

75 *New York County Bd. Of Ancient Order of Hibernians v. Dinkins*, 814 F.Supp. 358 (S.D.N.Y.1993); *Irish Lesbian & Gay Organization v. New York State Bd. Of Ancient Order of Hibernians*, 788 F.Supp. 172 (S.D.N.Y.1992). Zob. też *Irish Lesbian and Gay Organization v. Giuliani*, 143 F.3d 638, (2d Cir.1998).

tym jak dowiedziała się, że jest on jawnym homoseksualistą i aktywistą gejowskim, otwarcie eksponującym swoją orientację seksualną. Dale wniósł pozew do *New Jersey Superior Court*, twierdząc, iż BSA naruszyła przepisy stanowe zakazujące dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. I choć sąd pierwszej instancji nie doszukał się w przedmiotowej sprawie naruszenia prawa przez organizację harcer-

dzy do ingerencji w wewnętrzne sprawy prywatnej organizacji z pogwałceniem jej wolności do zrzeszania się w celu wyrażania przekonań.

W ocenie Sądu Najwyższego organizacja *Boy Scouts of America* stanowi *expressive association*, skoro przekazuje młodzieży pewne poglądy i wartości, w tym naucza, że praktyki homoseksualne naruszają harcerski etos. Sąd wskazał, iż o syste-



## Odwołanie przez BSA swoich liderów od głoszenia pewnych poglądów w sprawach seksualnych należy uznać za własną chronioną formę ekspresji.

ską, to stanowy sąd apelacyjny i Sąd Najwyższy stanu New Jersey doszły do odmiennego wniosku.

Sąd Najwyższy USA wyrokiem z 28 czerwca 2000 r. głosami 5 do 4 orzekł, że zmuszanie BSA do uczynienia swym członkiem Dale'a pogwałca pierwszą poprawkę. „Wymuszone włączenie niechcianej osoby do grupy narusza wolność grupy do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów, jeśli obecność tej osoby wpływa w istotny sposób na zdolność grupy do popierania poglądów w sprawach publicznych czy prywatnych”<sup>76</sup>. Jakkolwiek wolność ta nie jest absolutna, to jednak może być ograniczana tylko „w celu realizacji niecierpiących zwłoki interesów państwa, niezwiązanych z tłumieniem poglądów, których nie można osiągnąć środkami istotnie mniej inwazyjnymi dla wolności zrzeszania się”<sup>77</sup>. W przedmiotowej sprawie uznano, iż *ratio legis* stanowych przepisów zakazujących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną nie legitymuje wła-

mie wartości danej organizacji decyduje ona sama. „Nie jest rolą sądów odrzucać deklarowane wartości grupy, ponieważ nie zgadzają się z tymi wartościami czy stwierdzają, że są one wewnętrznie niespójne”<sup>78</sup>, bądź „uważają konkretny pogląd za niemądry lub nieracjonalny”<sup>79</sup>. Podobnie „religijne przekonania nie muszą być akceptowalne, logiczne, spójne czy zrozumiałe dla innych, aby korzystać mogły z ochrony pierwszej poprawki”<sup>80</sup>. Organizacja nie tylko określa swoje przesłanie, ale także decyduje o tym, co zakłóca to przesłanie. Jej własnego szczerego osądu nie można zastąpić oceną państwa czy sądu<sup>81</sup>.

Wymuszone członkostwo Dale'a jako asystenta harcmistrza istotnie wpłynęłoby na możliwość rozpowszechniania przez BSA ich przesłania i osłabiłoby to przesłanie. „Obecność Dale'a w *Boy Scouts* co najmniej zmusiłaby organizację do zakomunikowania

76 *Boy Scouts of America v. Dale* 530 U.S. 640, 648 (2000). Zob. A. Zahner, *A Comprehensive Approach to Conflicts between Antidiscrimination Laws and Freedom of Expressive Association after Boy Scouts of America v. Dale*, „Chicago-Kent Law Review” 2001, vol. 77, nr 1, s. 373–405.

77 Tamże, 640–641.

78 Tamże, 651.

79 *Democratic Party of United States v. Wisconsin ex rel. La Follette*, 450 U.S. 107, 124 (1981).

80 *Thomas v. Review Bd. of Indiana Employment Security Div.*, 450 U.S. 707, 714 (1981).

81 *Democratic Party of United States v. Wisconsin ex rel. La Follette*, 450 U.S. 123–124.

wania tak młodym członkom, jak i światu, że *Boy Scouts* akceptują homoseksualne postępowanie jako legitymowaną formę zachowania<sup>82</sup>. Nie uszanowano by tym samym woli BSA niegłoszenia poglądów sprzecznych z własnymi przekonaniem oraz naruszono by konstytucyjne prawo stowarzyszenia do „wybrania zakomunikowania jednej wiadomości, ale już nie innej”<sup>83</sup>.

Sąd podniósł, iż stowarzyszenie nie musi zrzec się bezpośrednio w celu propagowania konkretnego przesłania, aby uzyskać ochronę. Wystarczy, że zaangażuje się w taką aktywność. Odwodzenie przez BSA swoich liderów od głoszenia pewnych poglądów w sprawach seksualnych należy uznać za własną chronioną formę ekspresji. Pierwsza poprawka

Najwyższego USA nie zawsze jest uwzględniana. Komisja Praw Człowieka Dystryktu Kolumbii uznała, że niepowierzenie dwóm gejom pozycji lidera skautów w BSA stanowi niedozwoloną dyskryminację ze względu na orientację seksualną. W jej ocenie dopuszczenie homoseksualistów do stanowiska liderów nie wpłynie istotnie na możliwość wyrażania swoich poglądów czy swego przesłania przez BSA. Obaj skarżący w przeciwieństwie do Dale’a nie byli aktywistami gejowskimi, nie było też dowodów, że jako liderzy będą popierali homoseksualizm czy publicznie komunikowali o swoim homoseksualizmie czy gejowskim stylu życia – poprzez samo zajmowanie pozycji lidera. Komisja stwierdziła nawet, że „sprzeciwianie się homoseksualizmowi nie jest



## Nie zawsze łatwo rozgraniczyć samo wyrażanie poglądów od dyskryminacyjnego traktowania.

nie wymaga też zgodności wszystkich członków grupy w konkretnej kwestii, aby grupa ta uchodziła za *expressive association*.

Sąd Najwyższy podkreślił, iż jego wyrok nie jest weryfikacją trafności poglądów BSA w przedmiocie oceny zachowań homoseksualnych. „Społeczna czy sądowa dezaprobatą wypowiedzi organizacji nie usprawiedliwia wysiłków władzy zmuszania tej organizacji do akceptowania członków, jeśli skutkowałyby to odstępstwem organizacji od swojego przesłania. «Jakkolwiek prawo może promować jakikolwiek rodzaj zachowania w miejsce zachowania szkodliwego, to jednak nie może ingerować w mowę ze względu na promowanie aprobowanego przesłania i odwodzenia od tego, któremu jest się niechętnym, bez względu to, jak światły jest każdy z tych celów»”<sup>84</sup>.

Późniejsza praktyka stosowania prawa pokazuje, iż wydawałoby się klarowna argumentacja Sądu

poglądem BSA”. Sąd Apelacyjny Dystryktu Kolumbii wyrokiem z dnia 7 listopada 2002 r. uchylił decyzję tej komisji, twierdząc, że naruszyła ona prawo BSA do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów. Nie podzielili tezy, że kwestia gejowskiego aktywizmu czyni tę sprawę inną od przypadku Dale’a. Uznał, iż BSA nadal nie chce promowania homoseksualnego postępowania jako legitymowanej formy zachowania<sup>85</sup>.

Pogodzenie prawa do wolności słowa z prawem do bycia niedyskryminowanym wymaga niekiedy kontekstualnych rozważań. W kolejnej sprawie z udziałem BSA kwestią sporną było to, czy organizacja ta mogła odmówić zatrudnienia jawnego homoseksualisty. Komisja Praw Człowieka miasta Chicago stwierdziła, że taka odmowa stanowiłaby dyskryminację ze względu na orientację seksualną. Sąd Apelacyjny Illinois uchylił decyzję komisji, nakazując zweryfikować, o jakie stanowisko ubiegał się konkretny homoseksualista. Podkreślił, iż ocena działań BSA zależy od tego, czy stanowisko do obsa-

82 *Dale*, 530 U.S. 653.

83 Tamże, 656.

84 Tamże, 661.

85 *Boy Scouts of America v. District of Columbia Commission on Human Rights*, 809 A.2d 1192, 1196 (D.C. App. 2002).



dzenia było związane z komunikowaniem poglądów przez BSA, czy też nie (*nonexpressive position*)<sup>86</sup>.

Nie zawsze łatwo rozgraniczyć samo wyrażanie poglądów od dyskryminacyjnego traktowania. W jednej z spraw władze katolickiej uczelni odmówiły gejowskiej organizacji studenckiej funduszy oraz dostępu do infrastruktury uczelnianej. W pozwie organizacja podniosła, że uniwersytet

sektora publicznego na cele dobroczynne (*Public Employee Charitable Campaign*). Władze stanowe (*Connecticut State Employee Campaign Committee*) swoją decyzję oparły na rozstrzygnięciu Komisji Praw i Szans Człowieka stanu Connecticut, zgodnie z którym BSA dyskryminuje homoseksualistów, wyłączając ich z grona swoich członków czy nie dopuszczając do pewnych stanowisk, sprzecznie z pra-



## Praktyka stosowania prawa pokazuje, iż wolność słowa w amerykańskim porządku prawnym nie ma wymiaru teoretycznego, lecz stanowi efektywne narzędzie gwarantujące autentyczność dyskursu publicznego.

jako instytucja edukacyjna naruszył prawny zakaz dyskryminowania ze względu na orientację seksualną. Sąd Apelacyjny Dystryktu Kolumbii wyrokiem z 20 listopada 1987 r. co prawda uznał, że uczelnia jest *expressive association*, ale przyjął, że także na niej spoczywa obowiązek zapewnienia gejowskiej organizacji studenckiej takich samych świadczeń jak innym tego typu grupom studenckim. Uniwersytet nie musi natomiast formalnie uznawać tej organizacji. W ocenie sądu – o ile samo uznanie organizacji gejowskiej jest wyrażaniem poglądów, o tyle zapewnianie jej równych warunków funkcjonowania już tym nie jest<sup>87</sup>.

Zdarzają się też przypadki, gdy krytyczne wobec homoseksualizmu poglądy skutkują dyskryminacją podmiotów, które takie poglądy głoszą. W 2000 r. wykluczono BSA z grona beneficjentów odpisów podatkowych dokonywanych przez pracowników

wem stanowym. Federalny Sąd Apelacyjny dla Druhiego Okręgu wyrokiem z 9 lipca 2003 r. uznał, że nie naruszono prawa BSA do zrzeszania się w celu wyrażania poglądów. W jego ocenie BSA, dyskryminując gejów, musi liczyć się z tym, że utraci świadczenia warunkowane przez prawo od przestrzegania polityki niedyskryminacji<sup>88</sup>. Rozumowanie sądu przeczy dyrektywie wykładni systemowej, odwołującej się do spójności systemu prawnego. Z jednej strony praktyka BSA wykluczania z grona swoich liderów jawnych homoseksualistów jest konstytucyjna, jak wyraźnie orzekł Sąd Najwyższy. Z drugiej strony pocyżanie tej konstytucyjnej praktyki za dyskryminacyjną skutkuje rzekomo legalnym pozbawieniem BSA uprawnień podatkowych. Legalne zachowanie jest zatem przyczyną poniesienia sankcji.

### Podsumowanie

Studium orzeczeń amerykańskich sądów zasadniczo – choć nie bez wyjątków – potwierdza, iż konstytucyjna wolność słowa w praktyce obejmuje także wypowiedzi dotyczące krytyki homoseks-

86 *Chicago Area Council of Boy Scouts of America v. City of Chicago Commission on Human Relations* 748 N.E.2d 759 (Ill. App. 2001).

87 *Gay Rights Coalition of Georgetown University Law Center v. Georgetown University*, 536 A.2d 1 (D.C. 1987).

88 *Boy Scouts v. Wyman*, 335 F.3d 80 (2d Cir. 2003).

sualizmu. Kontrowersyjność tych wypowiedzi oraz ich „pozamainstreamowość” nie uzasadnia w ocenie judykatury wyjęcia ich spod ochrony pierwszej poprawki. Praktyka stosowania prawa pokazuje, iż wolność słowa w amerykańskim porządku prawnym nie ma wymiaru teoretycznego, lecz stanowi efektywne narzędzie gwarantujące autentyczność dyskursu publicznego. Parafrazując tytuł głośnej publikacji R. Dworkina (*Taking Rights Seriously*), należy stwierdzić, iż przedmiotowa wolność „jest brana na poważnie”. Sięgając do terminologii szkoły realizmu prawnego, można powiedzieć, że wolność słowa jest nie tylko artykułowana na poziomie tekstu aktu normatywnego (*law in books*), ale także determinuje „prawo w działaniu” (*law in action*). Autodeklaracja amerykańskich sądów, iż wolność słowa uprawnia do obrażania i zasmucania innych, znajduje swoje pokrycie w rozstrzygnięciach poszczególnych spraw. Ten stan rzeczy odróżnia amerykańską judykaturę od orzecznictwa innych państw – uchodzących również za demokratyczne i pluralistyczne – czy od orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka<sup>89</sup> (ETPC). Niewątpliwie antyhomoseksualne pikiety Freda Phelps’a nie mogłyby liczyć na ochronę w ramach wolności słowa nie tylko w orzecznictwie strasburskim<sup>90</sup>, ale także w wielu państwach, zarówno kultury *common law*, jak i kultury prawa stanowionego<sup>91</sup>.

Istotna różnica w pojmowaniu wolności słowa w USA i w porządku prawnym Rady Europy jest następstwem przyjmowania nieco innej hierarchii wartości. Znamionujący Stany Zjednoczone liberalny indywidualizm legitymuje jednostkę w imię wolności do nieskrępowanego komunikowania swoich poglądów i opinii bez uwzględniania społecznych reakcji na nie. Z kolei Trybunał Strasburski anty-

cypuje potrzebę wyważenia gwarancji dla jednostkowej ekspresji z poszanowaniem godności osoby ludzkiej. Upatrywywanie przez ETPC w nietolerancji, ksenofobii i dyskryminacji zagrożeń dla godności człowieka przekłada się na dopuszczalność reglamentacji mowy nienawiści, podczas gdy w USA *hate speech* uchodzi za co prawda mało wartościową, ale w pełni chronioną kategorię wypowiedzi. Realności tej ochrony służy także zasadnicze wykluczenie możliwości potraktowania mowy nienawiści za podżeganie czy pomocnictwo do ewentualnych przestępstw z nienawiści (*hate crimes*)<sup>92</sup>.

W orzecznictwie strasburskim w pewien sposób przejawia się komunitarystyczne podejście do wolności słowa. Mowa, która potencjalnie grozi społecznym wyalienowaniem pewnych grup osób czy która godzi w ich równoprawny status we wspólnocie, traci konwencyjną ochronę. Dlatego też ETPC czasami odstępuje od własnej deklaracji, iż wolność słowa odnosi się również do informacji i idei, które „obrażają, szokują i przeszkadzają”<sup>93</sup>. Nie zawsze udana próba pogodzenia *in concreto* konkurencyjnych wartości – jak wolność słowa i „społeczny pokój” czy „spokojny społeczny klimat” – powoduje, że strasburskiemu *case-law* zarzuca się niespójność i podwójne standardy<sup>94</sup>.

Amerykański porządek prawny o wiele konsekwentniej pozostaje wierny słowom Woltera: „Nie zgadzam się z twoimi poglądami, ale po kres moich dni będę bronił twego prawa do ich głoszenia”. Przyznanie sądom dyskrecjonalnej kompetencji do odmawiania ochrony poszczególnym pokojowym wypowiedziom (tj. niepodżegających do przemocy ani jej nieafirmujących) ze względu na ich „nikłą” wartość, sytuowałoby wymiar sprawiedliwości

<sup>92</sup> *Glenn v. Holder*, 690 F.3d 417 (6<sup>th</sup> Cir. 2012).

<sup>93</sup> Wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 5493/72.

<sup>94</sup> Zob. np. wyrok ETPC z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie *Féret przeciwko Belgii*, skarga nr 15615/07 (legalność reglamentacji mowy antyimigranckiej); Wyrok ETPC z dnia 13 września 2005 r. w sprawie *I.A. przeciwko Turcji*, skarga nr 42571/98 (legalność reglamentacji mowy antyrelijijnej). Por. G. Maroń, *Prawne standardy debaty aborcyjnej w świetle orzecznictwa strasburskiego*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 3, s. 47–65.

<sup>89</sup> Zob. R. Kiska, *Hate Speech: A Comparison Between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence*, „Regent University Law Review” 2012, vol. 25, s. 107–151.

<sup>90</sup> Wyrok ETPC z dnia 9 lutego 2012 r. w sprawie *Vejdeland i inni przeciwko Szwecji*, skarga nr 1813/07.

<sup>91</sup> Zob. *Hammond v. DPP* [2004] EWHC 69; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Van Zyl v. Goeree*, 1990 RvdW Nr. 41 (HR Neth).

w pozycji recenzenta czy cenzora debaty publicznej. Edward H. Lipsett przestrzega, że żadne pokolenie nie może być „absolutnie pewne prawdziwości akceptowanych idei czy nawet «kierunku», w którym społeczeństwo podąży. Wydaje się prze-

wystawia świadectwo krytykującemu, a nie krytykowanemu. Przywołane przykłady skandalicznej antyhomoseksualnej retoryki F. Phelpsa czy J. Gillesa są egzemplifikacją złego spożytkowania wolności słowa, ubocznie rzutując negatywnie na tych, któ-



## Publiczne wyrażanie przeświadczenia o grzeszności czy niemoralności aktów homoseksualnych mieści się w wolności słowa.

to niebezpieczne i niewłaściwe karanie tych, którzy kwestionują te idee i chcą prowadzić nas w innym kierunku (nawet jeśli niektórzy nazwą ten kierunek «krokiem wstecz»)<sup>95</sup>. Publiczne wyrażanie przeświadczenia o grzeszności czy niemoralności aktów homoseksualnych mieści się w wolności słowa. Coraz powszechniejsze postrzeganie poglądów nawet umiarkowanych krytyków homoseksualizmu jako przejawów „zacofania”, „bigoteryjności”, „fanatyzmu” czy „niewiedzy” – paradoksalnie samo w sobie mało tolerancyjne i dowodzące nowej ortodoksji – nie odbiera prawnej ochrony wyrażaniu tych poglądów.

Nie oznacza to jednak, iż każdy legalny sposób korzystania z wolności słowa zasługuje na etyczną aprobatę. Krytyka zachowań drugiej osoby dokonywana bez poszanowania godności tej osoby

rzy, jakkolwiek tak jak oni postrzegają akty homoseksualne za niemoralne, potrafią swój punkt widzenia artykułować bez potrzeby znieważania czy sztydzenia z drugiego człowieka<sup>96</sup>.

Jak zauważył Sąd Najwyższy USA: „Mowa ma wielką władzę. Może pobudzać do działania, wywoływać łączy zarówno radości, jak i smutku oraz (...) zadawać wielki ból. W świetle rozpoznawanych faktów nie możemy reagować na ten ból, karząc mówiącego. Jako Naród wybraliśmy inną drogę: chronienia mowy w sprawach publicznych, nawet tej, która rani, tak aby nie tłumić publicznej debaty”<sup>97</sup>.

95 E. Lipsett, *A Proposed Hate Communication Restriction and Freedom of Expression Protection Act: A Possible Compromise to a Continuing Controversy*, „Underneath the Golden Boy” 2009, vol. 6, s. 31.

96 Zob. kanony 2356–2358 *Katechizmu Kościoła Katolickiego*, które homoseksualizm określają jako „poważne zepsucie”, a akty homoseksualizmu za „nieuporządkowane”, ale zarazem stanowią, iż osoby o skłonnościach homoseksualnych powinno się traktować „z szacunkiem, współczuciem i delikatnością. Powinno się unikać wobec nich jakichkolwiek oznak niesłusznej dyskryminacji”.

97 *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443, 131 S.Ct. 1207 (2011).