

Hanna Wiczanowska

Prawa pamięci w kontekście art. 17 EKPC – prawo do negacjonizmu czy negacjonizm prawa pamięci?

Streszczenie: Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie mechanizmów ochrony praw pamięci na gruncie strasburskiego systemu ochrony praw jednostki, opartego na literalnym brzmieniu europejskiej konwencji praw człowieka (EKPC), jak również praktyce orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC). Powyższa problematyka zostanie poddana analizie w oparciu o metodę dogmatyczno-prawną, sprowadzającą się do wykładni poszczególnych postanowień konwencji, jak również linii orzeczniczej ETPC. Podstawową hipotezą stawianą przez autorkę jest istnienie dwupoziomowego standardu ochrony przed negacjonizmem praw pamięci, w zależności od rodzaju zanegowanego prawa pamięci.

Słowa kluczowe: prawa pamięci, ETPC, Holokaust, art. 17 EKPC, ludobójstwo Ormian.

Wprowadzenie

Rzetelna analiza wspomnianej tematyki będzie wymagała udzielenia odpowiedzi na trzy zasadnicze pytania badawcze:

1. Czy ochronę praw pamięci na gruncie systemu strasburskiego można uznać za realizację ochrony praw jednostki?

2. Czy negacja praw pamięci może stanowić pogwałcenie któregoś z praw wysłowionych w europejskiej konwencji praw człowieka?
3. Czy istnieje jednolity standard orzekania we wspomnianej materii?

Szczególnie odpowiedź na ostatnie z powyższych pytań wiąże się z niemalymi kontrowersjami, dostrzegalnymi zarówno wśród przedstawicieli doktryny, jak i w praktyce orzeczniczej ETPC. Podstawową hipotezą badawczą stawianą przez autorkę jest stwierdzenie, iż ze względu na specyficzny związek z genezą europejskiej konwencji praw człowieka i rudymenarne znaczenie dla kształtowania mechanizmu europejskiej tożsamości, prawa pamięci dotyczące zbrodni Holokaustu podlegać będą silniejszej ochronie przed negacjonizmem w porównaniu do innych praw pamięci. Teza ta zostanie udowodniona w dalszej części niniejszego artykułu.

Na wstępie powyższych rozważań koniecznym wydaje się wyjaśnienie pojęcia *negacjonizmu*. Odwołując się do definicji zamieszczonej w *Słowniku języka polskiego*, należy przyjąć, iż termin ten oznacza zaprzeczenie istnienia zbrodni Holokaustu, czyli kłamstwo oświęcimskie¹. Tak skonstruowana definicja implikuje pytanie, czy fakt negacjonizmu może odnosić się jedynie do zbrodni Holokaustu, a przez to z jego zakresu wyłączone są inne prawa pamięci. Na tak postawione pytanie należy oczywiście udzielić odpowiedzi negatywnej, wskazując m.in. przykład Grzegorza Kucharczyka, który mianem pierwszego negacjonizmu określił negacjonizm eksterminacji Ormian w Turcji na początku XX w.² Pomimo to, literalne brzmienie definicji słownikowej prowadzi do przekonania, iż istnieją dwie odmienne kategorie praw pamięci, których ochrona przed negacjonizmem nie jest tożsama. W tym miejscu pojawia się zatem pytanie, czy pozostałe kategorie praw pamięci zostały apriorycznie wyłączone spod ogólnie przyjętej ochrony przed negacjonizmem,

¹ *Słownik języka polskiego*, www.sjp.pwn.pl, 29.12.2016.

² G. Kucharczyk, *Pierwsze ludobójstwo i pierwszy negacjonizm – eksterminacja Ormian w Turcji na początku XX wieku*, [w:] *Krwawy cień genocydu. Interdyscyplinarne studia nad ludobójstwem*, red. B. Machul-Telus, Kraków 2001, s. 115–137.

czy też jest to jedynie mniejszy zakres ochrony. Wątek ten zostanie rozwinięty w dalszej części niniejszego artykułu.

Kolejną kwestią wymagającą wyjaśnienia na tym etapie rozważań jest związek pomiędzy genezą mechanizmu ochrony praw człowieka na gruncie Rady Europy (strasburskiego systemu ochrony praw jednostki) a doświadczeniami II wojny światowej, włączając w to także okrucieństwo zbrodni Holokaustu. Nawiązując do opinii Davida P. Forsythe, zauważyć należy, iż „europejska konwencja praw człowieka w momencie swojego powstania stanowiła innowację wynikającą z pragnienia aliantów, którzy podczas II wojny światowej walczyli przeciwko nazistowskim Niemcom, faszystowskim Włochom oraz imperialistycznej Japonii. Dopiero bowiem zwycięstwo aliantów podczas II wojny światowej pozwoliło na wznowienie wspólnych starań na rzecz ochrony praw człowieka oraz umocnienia regulacji prawa międzynarodowego, zabraniających ludobójstwa, zbrodni wojennych oraz zbrodni przeciwko ludzkości”³. Wyrazem tych starań jest również europejska konwencja praw człowieka. Podobnego zdania jest James Sweeney, który zauważa, że „europejska konwencja praw człowieka została uchwalona zarówno jako odpowiedź na okrucieństwo II wojny światowej, jak i reakcja na siłę komunistycznego bloku wschodniego. Konwencja została zbudowana na demokratycznych zasadach, które, zgodnie ze Statutem Rady Europy, stanowiły wspólne dziedzictwo i podzielane przez wszystkie państwa wartości kulturowe”⁴. W świetle tak poczynionych uwag, dalszym celem niniejszego artykułu będzie zrekonstruowanie wspomnianego katalogu wartości europejskiej demokracji, a następnie umiejscowienie w nim postulatu ochrony praw pamięci przed negacjonizmem. Zabieg ten umożliwi odpowiedź na pytanie, czy szczególny związek pomiędzy okrutnymi doświadczeniami II wojny światowej a potrzebą wspólnej ochrony praw jednostki na poziomie europejskim jest na tyle silny, by uzasadniał szczególną pozycję Holokaustu na tle innych praw pamięci.

³ D.P. Forsythe, *Encyclopedia of Human Rights*, Vol. 1, Oxford 2009, s. 174.

⁴ J. Sweeney, *The European Court of Human Rights in the Post Cold-War Era: Universality in Transition*, London and New York 2013, s. 114.

Ochrona przed negacjonizmem zbrodni Holokaustu na gruncie europejskiej konwencji praw człowieka

Powyższą część rozważań wypada rozpocząć od stwierdzenia, iż ochrona prawna przed negacjonizmem poszczególnych praw pamięci na gruncie strasburskiego systemu ochrony praw jednostki dokonywana jest zależnie od okoliczności przez pryzmat art. 10 bądź też art. 17 EKPC. Pierwszy ze wspomnianych przepisów statuuje ogólny nakaz ochrony wolności wypowiedzi wraz z jej ewentualnymi ograniczeniami. Zostanie on szczegółowo omówiony w dalszej części niniejszego artykułu. Natomiast przepis art. 17 EKPC zawiera ogólny zakaz nadużycia praw. Zgodnie ze wspomnianą regulacją:

„Żadne z postanowień niniejszej Konwencji nie może być interpretowane jako przyznanie jakiegokolwiek państwu, grupie lub osobie prawa do podjęcia działań lub dokonania aktu zmierzającego do zniweczenia praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji albo ich ograniczenia w większym stopniu, niż to przewiduje Konwencja”⁵.

Jak zatem wynika z literalnego brzmienia niniejszego przepisu, jednym z celów badawczych powyższego rozdziału będzie próba rekonstrukcji katalogu „działań zamierzających do zniweczenia praw i wolności” zawartych w europejskiej konwencji praw człowieka w zakresie, w jakim jest to niezbędne dla analizy kwalifikacji prawnej negacjonizmu praw pamięci. Na wstępie powyższych rozważań konieczne jest jednak poczynienie kilku spostrzeżeń o charakterze ogólnym, które posłużą lepszemu zrozumieniu istoty oddziaływania art. 17 EKPC. Zdaniem części przedstawicieli doktryny anglosaskiej przepis ten prowadzi do tzw. niezgodności merytorycznej konkretnej skargi (ang. *substantive incompatibility*). Tak rozumiana niedopuszczalność przeciwstawiana jest ogólnej niezgodności (ang. *general incompatibility*), utożsamianej z przesłankami stypizowanymi w art. 35 ust. 3 lit. a konwencji⁶.

⁵ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284.

⁶ E. Brems, *Shaping rights in the ECHR*, Cambridge 2013, s. 205.

Równocześnie już na tym etapie artykułu należy zwrócić uwagę na jedną istotną kwestię. Oczywisty wydaje się fakt, iż akt polegający na negacjonizmie konkretnego prawa pamięci zostanie zakwalifikowany jako przejaw korzystania z wolności wypowiedzi, wysłowionej w art. 10 EKPC (na tym etapie rozważań autorka nie rozstrzyga jeszcze, czy jest on zgodny ze strasburskimi standardami ochrony wolności wypowiedzi). Dla kontrastu, podkreślenia wymaga fakt, iż na gruncie konwencji nie istnieje konkretne prawo, które chroniłoby pamięć danej grupy narodowościowej bądź etnicznej o ważnych dla niej wydarzeniach historycznych.

W świetle tak poczynionych uwag wypada przejść do analizy linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, która została zapoczątkowana poprzez sprawę *Garaudy przeciwko Francji*⁷. W stanie faktycznym analizowanej sprawy, skarżący był autorem książki pt. *Założycielskie mity polityki Izraela*. Treść przedmiotowej książki sprowadzała się do kontrowersyjnych twierdzeń na temat początków Izraela i dotyczyła między innymi kwestionowania natury oraz okoliczności popełnienia zbrodni Holokaustu, liczby zamordowanych Żydów, istnienia komór gazowych oraz legitymizacji Trybunału Norymberskiego dla osądzenia zbrodni wojennych. W ramach postępowań przed sądami francuskimi, skarżący został uznany za winnego negacjonizmu zbrodni przeciwko ludzkości, publikowania stwierdzeń zniesławiających rasowo oraz podlegania do nienawiści rasowej. W efekcie sprawa trafiła do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pod zarzutem naruszenia przez władze francuskie art. 10 EKPC. Rozpatrując powyższą sprawę, Trybunał uznał, iż intencją skarżącego było zaprzeczenie faktowi masowej eksterminacji ludności żydowskiej, jak również metodom dokonania zbrodni Holokaustu sprowadzającej się do zesłania tych, którzy nie potrafili bądź też nie byli w stanie dłużej chodzić na śmierć w komorach gazowych oraz spalenia ich ciał. Wniosek ten jest uzasadniony stwierdzeniem, iż zaprzeczając rzeczywistym i jasno stwierdzonym historycznym faktom, takim jak zbrodnia Holokaustu, jak czyni to na łamach swojej książki skarżący, nie przyczynia się on do rozwoju historycz-

⁷ *Garaudy przeciwko Francji* z dnia 24.06.2003, nr sprawy 65831/01.

nego dyskursu nastawionego na odkrycie prawdy. Rzeczywistym celem takiego postępowania jest bowiem próba zrehabilitowania reżimu narodowego socjalizmu, a w konsekwencji próba oskarżenia ofiar zbrodni o fałszowanie historii. W świetle tego stwierdzenia, negacjonizm zbrodni przeciwko ludzkości należy uznać za jedną z najpoważniejszych form dyskryminacji rasowej oraz podżegania do nienawiści względem Żydów. Zaprzeczenie bądź przerabianie tego typu historycznych faktów prowadzi do podważenia wartości, które stanowią podstawę walki z rasizmem oraz antysemityzmem, a jednocześnie stwarza poważne zagrożenie dla porządku publicznego. Postawa skarżącego jest niezgodna z założeniami demokracji i praw człowieka z uwagi na fakt, iż narusza ona prawa i wolności innych. Z tego względu zachowania te w sposób niebudzący wątpliwości powinny zostać uznane za mieszczące się w zakresie zachowań art. 17 EKPC. Z tego względu w stanie faktycznym analizowanej sprawy skarga jako przejaw nadużycia prawa w rozumieniu art. 17 EKPC została uznana za niedopuszczalną.

W tym miejscu należy wspomnieć, że omówiona decyzja nie stanowi przypadku jednostkowego, lecz element spójnej i utrwalonej praktyki orzeczniczej. Ponadto, podkreślenia wymaga fakt, iż zgodnie z rozstrzygnięciem w sprawie *Witzsch przeciwko Niemcom*⁸, okoliczność, iż skarżący nie dopuścił się negacjonizmu samej zbrodni Holokaustu, ani też istnienia komór gazowych, pozostaje bez znaczenia dla kwalifikacji prawnej jego czynu w sytuacji, gdy zaprzeczał on równie istotnemu i potwierdzonemu faktowi, że Hitler oraz Narodowosocjalistyczna Niemiecka Partia Robotnicza (*NSDAP*) zaplanowały, zainicjowały i przeprowadziły akcję masowej eksterminacji Żydów. Nie wpływa również na ocenę postępowania zachowania skarżącego fakt, iż akt negacjonizmu został dokonany w prywatnym liście, nie zaś na forum publicznym, jak miało to miejsce w stanie faktycznym sprawy *Garaudy przeciwko Francji*. Warto również zauważyć, iż zaistnienie przesłanki niweczenia konwencyjnych praw i wolności w rozumieniu art. 17 EKPC stanowi usprawiedliwienie również dla skazania winnego przestępstwa negacjonizmu na

⁸ *Witzsch przeciwko Niemcom* z dnia 20 kwietnia 1999 r., nr sprawy 41448/98.

bezwzględną karę pozbawienia wolności. Legalność tego typu ograniczenia została umotywowana spełnieniem wymogu konieczności w demokratycznym społeczeństwie oraz działaniem w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu. W ocenie autorki odrębną kwestią, przy tak daleko idącym ograniczeniu pozostaje jednak spełnienie wymogu proporcjonalności jako trzeciego z elementów strasburskiej klauzuli limitacyjnej.

Szczególnie dwa ostatnie z przytoczonych rozstrzygnięć wskazują na zaostrzenie standardów konwencyjnych oraz oderwanie ich od strasburskiej klauzuli limitacyjnej, opartej na kryteriach ograniczeń: przewidzianych prawem, koniecznych w demokratycznym społeczeństwie i proporcjonalnych. Uwagę tę potwierdza spostrzeżenie Luke'a McNamary, zgodnie z którym: „w niewielkiej większości przypadków artykuł 10 jest przez Trybunał stosowany jako zaporę powstrzymująca przed karnoprawnym skazaniem w przypadku mowy nienawiści”⁹. Należy wprowadzić podzielić pogląd Ł. Gruszczyńskiego, iż art. 17 EKPC „stanowi podstawę dla zaniechania badania legalności danego ograniczenia bez odwołania się do spełnienia wymogu proporcjonalności w sytuacji, gdy korzystanie z podlegającego ograniczeniu prawa stanowi zaprzeczenie podstawowych zasad europejskiej konwencji praw człowieka”¹⁰, niemniej brak precyzyjnego rozgraniczenia zakresów zastosowania obu przepisów, może prowadzić do stanu niepewności prawnej.

Reasumując rozważania dotyczące negacji zbrodni Holokastu na gruncie strasburskiego systemu ochrony praw jednostki, należy zauważyć, iż w analizowanym zakresie konieczność ochrony demokratycznych założeń stanowiących podstawę aksjologiczną konwencji (art. 17 EKPC) tryumfuje nad wolnością wypowiedzi (art. 10 EKPC). Nawiązując do opinii B. Winstona, głównego wyjaśnienia takiego

⁹ L. McNamara, *Human Rights Controversies: The Impact of Legal Form*, Abingdon 2007, s. 180.

¹⁰ Ł. Gruszczyński., W. Werner, *Deference in International Courts and Tribunals. Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford 2014, s. 269.

stanu rzeczy należy upatrywać w funkcji odstraszałającej (ang. *deterrence*)¹¹. Zdanie to podziela także Michael Whine, według którego „pomimo, iż negacjonizm Holokaustu jest stypizowany w ustawach prawnokarnych kilkunastu (w 2010 r. – czternastu) państw, jedno wydaje się pewne – tego rodzaju ustawy nie odstraszą sprawców”¹². W tym kontekście należy podzielić zdanie Ludovica Hennebela, iż Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatruje potwierdzone fakty historyczne w kategoriach rzeczy prawomocnie osądzonej (*res iudicata*), która nie może zostać podważona bądź to poprzez orzecznictwo samego Trybunału strasburskiego, bądź też poprzez akt negacjonizmu dokonany przez osoby powołujące się na poszczególne postanowienia konwencji¹³. Stwierdzenie to implikuje pytanie, czy w braku konsensusu dotyczącego uznania pamięci o danym wydarzeniu historycznym lub braku jego potwierdzenia przez międzynarodowy sąd (trybunał) stanowi przesłankę dla usprawiedliwienia negacjonizmu tych wydarzeń. Wątek ten będzie przedmiotem analizy w kolejnym rozdziale niniejszego artykułu.

Ochrona przed negacjonizmem innych zbrodni na gruncie europejskiej konwencji praw człowieka

Niniejszą część rozważań należy rozpocząć od bardziej dogłębnej analizy art. 10 konwencji, który statuuje generalną zasadę ochrony wolności wypowiedzi. Na wstępie należy przyjąć, iż zgodnie z jurysprudencją Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, wolność wypowiedzi stanowi fundament demokratycznego społeczeństwa. Równocześnie nie należy zapominać, iż zgodnie z art. 17 EKPC zakaz podejmowania działań niweczących konwencyjne prawa i wol-

¹¹ B. Winston, *A Right to Offend: Freedom of Expression in the Twenty-first Century*, London and New York, s. 123.

¹² M. Whine, *Expanding Holocaust Denial and Legislation against it*, w: I. Hare, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford 2010, s. 124.

¹³ L. Hennebel, T. Hochmann, *Genocide Denials and the Law*, Oxford 2011, s. 169.

ności (w tym także negacjonizmu Holocaustu) podyktowany jest ochroną wartości demokratycznych. W tym miejscu należy postawić pytanie, w jaki sposób standardy tradycyjnie kojarzone z ustrojem demokratycznym wpływają na kształt rozumienia wolności wypowiedzi oraz jej dopuszczalnych ograniczeń na gruncie systemu strasburskiego. Zgodnie z twierdzeniem Jacka Skrzydło należy zauważyć, że znaczenie koncepcji demokratycznego społeczeństwa jest szczególnie widoczne przy określaniu szerokości krajowego marginesu swobody w związku z oceną przesłanki konieczności ingerencji państwa w wolność wypowiedzi. W sprawach, których przedmiotem jest wypowiedź na tematy publiczne (zwłaszcza polityczne), Trybunał pozostawia państwom stosunkowo niewielkie pole manewru, wychodząc z założenia, że swobodna debata ma zasadnicze znaczenie dla procesu demokratycznego¹⁴. Jeżeli jednak w grę wchodzi zagrożenie bezpieczeństwa państwa (chodzi tu oczywiście o państwo demokratyczne), krajowy margines uznania ulegnie znacznemu poszerzeniu, gdyż wolność słowa ustąpi wartości, którą sama realizuje. Koncepcja demokracji jako normatywnych ram aksjologicznych uzasadniających swobodę wypowiedzi powoduje zatem poszerzenie zakresu marginesu swobodnej oceny przyznanego władzom krajowym w przypadku wypowiedzi na tematy artystyczne lub komercyjne, gdyż zdaniem Trybunału ich znaczenie dla procesu demokratyzacji jest marginalne. Z powyższej opinii wynika zatem, iż zakres dopuszczalnej wolności wypowiedzi na gruncie europejskiej konwencji praw człowieka determinowany jest nie tylko poprzez jej treść (w stopniu, w jakim może ona zostać uznana za sprzeczną z art. 17 EKPC), ale także poprzez przewidzianą dla każdej sprawy szerokość marginesu swobodnej oceny.

Powyższe uwagi wywarły niebagatelny wpływ na rozstrzygnięcie Trybunału strasburskiego w sprawie *Perincek przeciwko Szwajcarii*¹⁵. W okolicznościach rozpatrywanej sprawy skarżący brał udział

¹⁴ J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013, s.163.

¹⁵ *Perincek przeciwko Szwajcarii* z dnia 17.12.2013 r., nr sprawy 27510/08.

w kilku konferencjach w Szwajcarii. W trakcie swoich prelekcji publicznie negował fakt, iż Imperium Otomanów dopuściło się ludobójstwa Ormian. W rezultacie sąd w Lozannie uznał go za winnego przestępstwa dyskryminacji rasowej, stypizowanego w szwajcarskim kodeksie karnym, uznając, że przyświecające mu motywy cechowały się naznaczeniem rasistowskim oraz nie przyczyniały się do debaty historycznej. W skardze do ETPC skarżący stwierdził, że władze szwajcarskie naruszyły jego wolność wypowiedzi.

Rozpatrzenie niniejszej sprawy Trybunał rozpoczął od zbadania, czy skarga ta może zostać uznana za merytorycznie niedopuszczalną w rozumieniu art. 17 EKPC. Tytułem ciekawostki dodać należy, iż wspomniane badanie zostało podjęte wskutek własnej inicjatywy ETPC. W ramach poczynionej analizy Trybunał przypomniał, iż art. 17 konwencji może być powoływany jedynie wyjątkowo oraz w ekstremalnych przypadkach. Jednocześnie zaskakująca wydaje się konstatacja Trybunału, iż ostatecznie rozstrzygnięcie kwestii, czy postępowanie skarżącego miało na celu zniweczenie wartości konwencyjnych, w pewnym zakresie przenika się z pytaniem, czy ograniczenie przysługującej skarżącemu wolności wypowiedzi spełniało wymóg konieczności w demokratycznym społeczeństwie. Konsekwencją przedstawionego rozumowania było rozpatrzenie zgodności skargi z art. 17 EKPC łącznie z merytorycznym zarzutem naruszenia art. 10 EKPC. Już wspomniane wnioski mogą budzić wątpliwości, zwłaszcza że istotą art. 17 EKPC jest odrzucenie skargi ze względu na jej niezgodność z fundamentalnymi założeniami Konwencji. Wątpliwości te są szczególnie uzasadnione, gdyż badanie skargi w świetle art. 17 EKPC następuje jeszcze przed weryfikacją skargi pod względem przesłanek formalnych, wysłowionych w art. 35 EKPC. Wreszcie, jest to bezpośrednie podważenie rozumowania Trybunału dokonanego w sprawie *Garaudy*, według którego w świetle 17 EKPC skarżący nie może powoływać się na przepis art. 10 konwencji dotyczący jego aresztowania w związku z negacjonizmem popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości. Ponadto, zgodnie z komentarzem badając sprawę pod kątem naruszenia art. 17 Konwencji, Trybunał nie kieruje się tradycyjnymi pojęciami „konieczności” czy „pilnej potrzeby społecznej”, a zamiast tego w świetle

całości kształtu sprawy ocenia arbitralność dokonanego przez państwo ograniczenia¹⁶.

W tym miejscu związłego wyjaśnienia wymaga wzajemna relacja pomiędzy artykułem 10 i artykułem 17 EKPC. W tym kontekście rudymen tarne znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czy wypowiedzi ocenione przez pryzmat art. 17 EKPC zostają automatycznie wyłączone spod ogólnej ochrony gwarantowanej przez art. 10 konwencji. Na tak postawione pytanie nie istnieje jedna prawidłowa i w pełni wyczerpująca odpowiedź. Wynika to z faktu, iż zakres zastosowania art. 17 EKPC podlega ciągłym modyfikacjom. Nawet rozpatrując poprzednio analizowane sprawy dotyczące negacjonizmu zbrodni Holokaustu, relacja między dwoma omawianymi przepisami nie wydaje się jednoznaczna. W sprawie *Garaudy przeciwko Francji* Trybunał strasburski stwierdził bowiem, że zaprzeczenie zbrodni przeciwko ludzkości jest zgodnie z art. 17 EKPC całkowicie wyłączone spod ochrony konwencyjnej. Do złagodzenia powyższego standardu doszło w okolicznościach sprawy *Schimanek przeciwko Austrii*, gdzie Trybunał niejako „zmieszał” oba analizowane przepisy, stwierdzając, iż skazanie skarżącego na karę bezwzględnego pozbawienia wolności spełnia wymóg konieczności w demokratycznym społeczeństwie w rozumieniu art. 10 ust. 2 EKPC. Pomimo faktu, iż okoliczność ta pozornie wskazuje na podobieństwo ze sprawą *Perincek przeciwko Szwajcarii*, nie należy zapominać, że w austriackim kazusie chodziło o wymierzenie kary bezwzględnego pozbawienia wolności, co zgodnie z regułami interpretacyjnymi konwencji powinno wpływać na zawężenie zasady marginesu uznania przysługującej władzom krajowym. Stwierdzenie to jest również uzasadnione opinią Jonasa Christoffersena, według którego aprioryczne wyłączenie negacji zbrodni przeciwko ludzkości z zakresu zastosowania art. 10 EKPC pozwala państwom na wykorzystywanie nieproporcjonalnych środków do zwalczania mowy nienawiści. Poza tym, nie należy także zapominać, iż sprawa

¹⁶ W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – a commentary*, Oxford 2015, s. 1969

Schimanek, w przeciwieństwie do sprawy *Perincek*, zakończyła się uznaniem skargi za niedopuszczalną¹⁷.

Reasumując powyższy wątek, należy stwierdzić, iż we współczesnej praktyce orzeczniczej Trybunału przypadki powoływania się wyłącznie na art. 17 EKPC są niezwykle rzadkie. Ciekawostką może stanowić również fakt, iż niektórzy przedstawiciele doktryny dostrzegają związek pomiędzy art. 17 oraz art. 3 EKPC (zakaz tortur oraz innego okrutnego, poniżającego nieludzkiego traktowania lub karania). Celem prawidłowego zrozumienia powyższej zależności, należy zgodzić się z opinią Lorenza Langer¹⁸, iż przez pryzmat wyłącznie art. 17 EKPC Trybunał ocenia sprawy dotyczące generalnego i żarliwego ataku wymierzonego przeciwko wszystkim przedstawicielom danej grupy jako całości (nie zaś tylko poszczególnym jednostkom), nierzadko związanego z poważnym aktem terroryzmu. Do podobnych wniosków doszedł sam Trybunał, rozpatrując sprawę *Jersild przeciwko Danii*¹⁹, kiedy to stwierdził, że akty mowy nienawiści względem poszczególnych grup niewątpliwie są całkowicie wyłączone spod generalnej ochrony przewidywanej przez art. 10 konwencji. W ten sposób negatywny obowiązek władz państwowych w postaci konieczności ochrony wolności wypowiedzi ustępuje miejsca zobowiązaniom pozytywnym wynikającym z art. 3 EKPC. Zdaniem J. Christoffersena to właśnie wspomniany przepis stanowi uzasadnienie dla pozytywnych obowiązków państw Rady Europy w postaci zapobieżenia destrukcji konwencyjnych praw i wolności zgodnie z art. 17 EKPC. W tym miejscu należy dodać, iż nie jest to powszechnie przyjmowana interpretacja, niemniej dotychczasowe orzecznictwo ETPC wskazuje na istnienie pewnego związku pomiędzy omawianymi przepisami²⁰.

Powracając natomiast do stanu faktycznego sprawy *Perincek przeciwko Szwajcarii*, Trybunał zauważył jednak, iż jedną z funk-

¹⁷ J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of Human Rights*, Leiden-Boston 2009, s. 55.

¹⁸ L. Langer, *Religious Offence and Human Rights: the implications on defamation rights of religion*, Cambridge 2014, s. 144.

¹⁹ *Jersild przeciwko Danii* z dnia 23 września 1999 r., nr sprawy 15890/89.

²⁰ J. Christoffersen, *Fair Balance...*, s. 145.

cji art. 10 EKPC jest ochrona wypowiedzi szokujących, bądź też wzbudzających niepokój. Równocześnie Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, iż odrzucenie kwalifikacji prawnej ludobójstwa nie miało ze swej natury cechy podlegania do nienawiści wobec narodu ormiańskiego. Okoliczność ta ostatecznie przesądziła o fakcie, iż na gruncie analizowanej sprawy Trybunał nie dopatrywał się nadużycia prawa.

Przechodząc do analizy sprawy pod kątem artykułu 10 EKPC, Trybunał orzekł, że ingerencja władz szwajcarskich została dokonana na podstawie powszechnie obowiązującego prawa oraz spełniała wymogi w zakresie celowości, gdyż służyła ona ochronie honoru bliskich ofiar zbrodni popełnionej na Ormianach. Z drugiej strony Trybunał podkreślił fakt, iż nie może on odgrywać roli arbitra w kwestiach historycznych, a jego jedynym zadaniem jest ocena, czy wykorzystane przez państwo sporne środki były proporcjonalne do realizacji konkretnego celu. Należy mieć na względzie, iż art. 10 ust. 2 pozostawia niewiele miejsca na ograniczenie wolności wypowiedzi w dziedzinie wypowiedzi politycznych bądź też w kwestiach interesu ogólnego. Dodatkowo, zadaniem art. 10 EKPC jest również ochrona informacji bądź idei mogących ranić, wzbudzać niepokój lub nawet szokować, szczególnie gdy w grę wchodzi debata publiczna (w tym historyczna), w której spór jest nadal aktualny. Równocześnie Trybunał przypomniał, że dla oceny proporcjonalności danej ingerencji należy brać również pod uwagę istnienie wśród państw europejskich jednolitej koncepcji dotyczącej danej dziedziny. ETPC zauważył, iż nadal istnieją spory co do kwalifikacji masakry Ormian jako zbrodni ludobójstwa. Rozbieżności w ocenie tych wydarzeń były widoczne również wśród szwajcarskich organów władzy publicznej, bowiem uznanie ludobójstwa Ormian dokonał jedynie parlament, nie zaś rząd tego państwa. W świetle bardzo wąskiej definicji ludobójstwo kwalifikowane jest jako akt, który popełniony jest w zamiarze całkowitego bądź częściowego zniszczenia danej grupy. Ponieważ oficjalnego uznania masakry Ormian za ludobójstwo dokonało jedynie około 20 państw (na ponad 190 państw świata), nie można mówić o ukształtowaniu się konsensusu w tej materii. W konsekwencji ETPC uznał zatem, iż postępowanie władz szwajcarskich stanowiło

przekroczenie marginesu swobodnej oceny, a w konsekwencji doszło do naruszenia przysługującej skarżącemu wolności wypowiedzi. Równocześnie podkreślenia wymaga fakt, iż wspomniany wyrok został utrzymany rozstrzygnięciem Wielkiej Izby z dnia 15 października 2015 r.²¹

Analizowany wyrok wywołał również liczne kontrowersje w doktrynie. Wystarczy tu przywołać stanowisko Antoine'a Buyse'a, że „z praktyki orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie wynika dostatecznie jasno, które przypadki zaprzeczenia istnienia zbrodni przeciwko ludzkości powinny być kwalifikowane jako naruszenie art. 17 EKPC, a które oceniane przez pryzmat art. 10 Konwencji”²². Rozpatrując wspomniane przypadki, Trybunał argumentował, iż w stanie faktycznym sprawy *Garaudy* nie doszło do podważenia kwalifikacji prawnej dokonanej zbrodni, a do negacji konkretnych faktów historycznych. Ponadto, skazania za zbrodnie popełnione przez reżim nazistowski zostały dokonane w oparciu o wyraźną podstawę prawną, którą stanowi art. 6 lit. c Statutu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze. Oprócz tego, fakty historyczne dotyczące zbrodni Holokaustu zostały w sposób niebudzący wątpliwości ustalone przez międzynarodowy wymiar sprawiedliwości. W rezultacie, wspomniane różnice zdaniem ETPC przesądzają o odmiennej ocenie prawnej postawy obu skarżących, co przekłada się na kształt gwarantowanej im ochrony konwencyjnej.

Wspomniane argumenty Trybunału strasburskiego nie wydają się przekonywujące. Należy bowiem podzielić opinię Łukasza Gruszczyńskiego, zgodnie z którą dotychczasowe rozważania na temat wzajemnej relacji pomiędzy art. 10 a art. 17 EKPC nasuwają wniosek, że w kwestii wolności słowa rola art. 17 konwencji ogranicza się do sporów dotyczących zaprzeczenia zbrodni Holokaustu²³. Dotychczasowa praktyka orzecznicza w niebudzący wątpliwości sposób wskazuje

²¹ *Perincek przeciwko Szwajcarii (wyrok Wielkiej Izby)* z dnia 15.10.2015 r., nr sprawy 27510/08.

²² A. Buyse, M. Hamilton, *Traditional Jurisprudence of ECHR; Justice, Politics and Rights*, Cambridge 2011, s. 142.

²³ Ł. Gruszczyński, W. Werner, *Deference...*, s. 99.

na uprzywilejowanie pewnej kategorii zbrodni przeciwko ludzkości, a mianowicie tych związanych ze zbrodnią Holokaustu kosztem pozostałych praw pamięci. W literaturze pojawiają się nawet sugestie, iż ETPC wypracował dwupoziomowy standard dotyczący ochrony wolności wypowiedzi, która objęta jest mniejszą ochroną w przypadku dopuszczenia się negacji Holokaustu oraz innych udowodnionych faktów dotyczących historii II wojny światowej (ocenianych przez pryzmat art. 17 EKPC) niż w sytuacji innych form mowy nienawiści, bądź też dyskryminacji na tle rasistowskim, które podpadają pod zakres art. 10 EKPC²⁴. Ponadto, należy również podzielić pogląd Jana Oстера, zdaniem którego rozstrzygnięcie Trybunału w sprawie *Perincek przeciwko Szwajcarii* stanowiło odejście od tradycyjnej reguły powściągliwości sędziowskiej, w opinii wielu przedstawicieli doktryny charakterystycznej dla systemu strasburskiego. Zdaniem cytowanego autora „naruszenie wartości leżących u podstaw systemu strasburskiego, takich jak: równość, zakaz dyskryminacji, tolerancja i demokracja jest zazwyczaj wystarczającą przesłanką dla ingerencji w wolność słowa bądź też całkowitego wyłączenia wypowiedzi spod zakresu ochrony gwarantowanej przez art. 10 EKPC”²⁵. Nawet przy założeniu, że uzasadniały obiektywne przesłanki dla zróżnicowania stopnia ochrony w sprawach *Perincek i Garaudy*, nie wyklucza to legalności ingerencji władz szwajcarskich w świetle klauzuli limitacyjnej wyrażonej w art. 10 ust. 2 EKPC.

Problemy i wnioski

Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału nie udziela odpowiedzi na pytanie, czy kompetentne władze państwowe dążąc do ochrony przed negacjonizmem, posiadają skuteczne środki prawne ukarania sprawcy działań o charakterze negacjonistycznym i pozwalające na

²⁴ D. Keane, *Attacking Hate Speech under Article 17 of European Convention on Human Rights*, „Netherlands Quarterly on Human Rights” 2007, No. 641, s. 642–678.

²⁵ J. Oster, *Media Freedom as the Fundamental Right*, Cambridge 2015, s. 230

nieprzekroczenie przysługującego im marginesu swobodnej oceny. Obecny kształt praktyki orzeczniczej ETPC wskazuje na fakt, iż brak swoistego stanu *res iudicata*, a zatem usankcjonowania konkretnej zbrodni przeciwko ludzkości za pomocą rozstrzygnięcia wyspecjalizowanego trybunału międzynarodowego, pozbawia podmiot konkretnych praw pamięci jakiegokolwiek ochrony prawnej. Trybunał strasburski bowiem konsekwentnie podkreśla, iż ustalanie prawdy historycznej wykracza poza zakres jego kompetencji. Równocześnie podmioty poszczególnych praw pamięci zostają pozbawione ochrony ze strony kompetentnych organów państwowych, gdyż ich postępowanie może zostać uznane za przekroczenie dopuszczalnego marginesu uznania w sytuacji, gdy autor wypowiedzi o charakterze negacjonistycznym zdecyduje się złożyć skargę na naruszenie przysługującej mu wolności wypowiedzi.

Należy także powiedzieć, że dwupoziomowy standard ochrony praw pamięci (dotyczących Holokustu oraz innych zbrodni) nie może być usprawiedliwiony jedynie za pomocą odwołania do doświadczeń II wojny światowej, stanowiącej część europejskiej tożsamości. Należy bowiem wspomnieć o sprawie *Dżugaszwili przeciwko Rosji*²⁶, w której skarżącym był wnuk Józefa Stalina. W stanie faktycznym analizowanej sprawy, opozycyjna „Nowaja Gazieta” opublikowała 22 kwietnia 2009 r. w specjalnym dodatku historycznym artykuł o zbrodni katyńskiej. W powyższym artykule przypomniano, że do zbrodni katyńskiej doszło w następstwie decyzji Biura Politycznego sowieckiej partii komunistycznej, najwyższego organu państwa, na czele którego stał Stalin, a sprawcy nigdy nie ponieśli odpowiedzialności za „wyjątkowo poważną zbrodnię”. W treści artykułu J. Stalin został również nazwany „krwiożerczym ludojadem”²⁷.

Skargę do Trybunału skierował wnuk Józefa Stalina, który uznał wspomniany artykuł za zniesławiający oraz godzący w jego prawo do życia prywatnego i rodzinnego, wysłowione w art. 8 EKPC. Nie wdając się w szczegółowe uzasadnienie rozstrzygnięcie powyższej

²⁶ *Dżugaszwili przeciwko Rosji* z dnia 15 stycznia 2015 r., nr sprawy 41123/10.

²⁷ I.C. Kamiński, *Wnuk „krwiożerczego ludojada w Strasburgu”*, <http://www.hfhr.pl/wnuk-krwiozerczego-ludojada-w-strasburgu/>, 29.12.2016.

sprawy, zauważyć należy, iż skarga została uznana za niedopuszczalną, gdyż zgodnie z utrwaloną praktyką orzecniczą sprawy dotyczące zastosowania art. 8 konwencji mają charakter osobisty i z tego względu nie podlegają przekazaniu, czy też przejściu przez innych członków rodziny. Wyjątek od wspomnianej reguły stanowiła sprawa *Putistin przeciwko Ukrainie*, w której Trybunał ustanowił prawo do tzw. dobrej pamięci²⁸.

Pomimo faktu, iż Trybunał odmówił zastosowania modelu ze sprawy *Putistin* w okolicznościach sprawy *Dżugaszwili*, należy zwrócić uwagę na pewien dość kontrowersyjny fragment uzasadnienia rozstrzygnięcia analizowanej sprawy. Trybunał posłużył się zwrotem, iż „nie jest gotowy, by dostrzec podobieństwo między skargą *Putistina* i *Dżugaszwilego*. Należy bowiem odróżnić zniesławiające słowa dotyczące zmarłą osobą prywatną i „uzasadnioną krytykę osoby publicznej, która pełniąc przywódcze funkcje, wystawia się na publiczną krytykę”.

Przytoczony fragment orzeczenia stwarza realne niebezpieczeństwo, iż w perspektywie kilku lat nastąpi wyłom, który pozwoli na zagwarantowanie krewnym dyktatorów odpowiedzialnych za zbrodnie przeciwko ludzkości ochrony praw do „dobrej pamięci” o ich przodkach. Konstatacja ETPC dotycząca faktu, iż możliwość lub brak możliwości powołania się na „prawo do dobrej pamięci” uzależniona jest jedynie od okoliczności, czy dana osoba sprawuje funkcję publiczną, stanowi najlepszy dowód atrofii wspólnego dziedzictwa aksjologicznego systemu strasburskiego, które w dużym stopniu wywodzi się z doświadczeń II wojny światowej. Zastosowanie mechanizmu ochrony praw pamięci przez Trybunał obraca się nie tylko przeciwko rzeczywistym ofiarom naruszeń, ale także przeciwko standardom demokratycznym, a co za tym idzie, celowi uchwalenia europejskiej konwencji praw człowieka.

Reasumując, należy stwierdzić istnienie dwupoziomowego standardu ochrony praw pamięci na gruncie systemu strasburskiego. Silniejsza ochrona pamięci o zbrodni Holokaustu pozornie podyktowana jest ścisłym związkiem z aksjologią konwencji, niemniej

²⁸ *Putistin przeciwko Ukrainie* z dnia 21 listopada 2013 r., nr sprawy 16882/03.

najnowsze orzecznictwo Trybunału wskazuje na nieuzasadnione różnicowanie pomiędzy zbrodniami nazistowskimi i komunistycznymi. Według obecnej linii orzeczniczej ETPC uzasadnia możliwość efektywnej ochrony praw pamięci od usankcjonowania danej zbrodni przez powołany do tego trybunał międzynarodowy. Równocześnie jednak nie należy zapominać, że założeniem ustroju demokratycznego powinna być ochrona mniejszości, w tym także grup, które nie doczekały się historycznego *res iudicata*, co doprowadziłoby do uznania przysługujących im praw pamięci za „powszechnie uznane fakty historyczne”. Powyższy artykuł należy zakończyć cytatem Karla Poppera, iż „nieograniczona tolerancja prowadzi do całkowitego zaniku tolerancji”²⁹. W rezultacie zatem tolerancja wobec wypowiedzi o charakterze negacjonistycznym prowadzi do zaniku zrozumienia wobec rzeczywistych ofiar naruszeń praw człowieka.

Bibliografia

- Brems E., *Shaping rights in the ECHR*, Cambridge 2013.
- Buyse A., Hamilton M., *Traditional Jurisprudence of ECHR; Justice, Politics and Rights*, Cambridge 2011.
- Christoffersen J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of Human Rights*, Leiden–Boston 2009.
- Dżugaszwili przeciwko Rosji* z dnia 15 stycznia 2015 r., nr sprawy 41123/10.
- Forsythe D.P., *Encyclopedia of Human Rights*, Vol. 1, Oxford 2009.
- Garaudy przeciwko Francji* z dnia 24.06.2003, nr 65831/01.
- Gruszczyński Ł., W. Werner, *Deference in International Courts and Tribunals. Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford 2014.
- Hennebel L., Hochmann T., *Genocide Denials and the Law*, Oxford 2011.
- Jersild przeciwko Danii* z dnia 23 września 1999 r., nr sprawy 15890/89.
- Kamiński I.C., *Wnuk „krwiozerczego ludojada w Strasburgu”*, <http://www.hfhr.pl/wnuk-krwiozerczego-ludojada-w-strasburgu>, 29.12.2016.
- Keane D., *Attacking Hate Speech under Article 17 of European Convention on Human Rights*, „Netherlands Quarterly on Human Rights” 2007, No. 641.
- Kucharczyk G., *Pierwsze ludobójstwo i pierwszy negacjonizm – eksterminacja*

²⁹ K. Popper., *Spółeczeństwo otwarte i jego wrogowie*, tłum. W. Jedlicki, Warszawa 2006, s. 59

- Ormian w Turcji na początku XX wieku*, [w:] *Krwawy cień genocydu. Interdyscyplinarne studia nad ludobójstwem*, red. B. Machul-Telus, Kraków 2001.
- Langer L., *Religious Offence and Human Rights: the implications on defamation rights of religion*, Cambridge 2014.
- McNamara L., *Human Rights Controversies: The Impact of Legal Form*, Abingdon 2007.
- Oster J., *Media Freedom as the Fundamental Right*, Cambridge 2015.
- Perincek przeciwko Szwajcarii z dnia 15.10.2015 r.*, nr sprawy 27510/08.
- Perincek przeciwko Szwajcarii z dnia 17.12.2013 r.*, nr sprawy 27510/08.
- Putistin przeciwko Ukrainie z dnia 21 listopada 2013 r.*, nr sprawy 16882/03.
- Popper K., *Spółczesność otwarte i jego wrogowie*, tłum. W. Jedlicki, Warszawa 2006.
- Schabas W.A., *The European Convention on Human Rights – a commentary*, Oxford 2015.
- Skrzydło J., *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013.
- Słownik języka polskiego*, www.sjp.pwn.pl, 29.12.2016.
- Sweeney J., *The European Court of Human Rights in the Post Cold-War Era: Universality in Transition*, London and New York 2013.
- Whine M., *Expanding Holocaust Denial and Legislation against it*, [w:] I. Hare, *Extreme Speech and Democracy*, Oxford 2010.
- Winston B., *A Right to Offend: Freedom of Expression in the Twenty-first Century*, London and New York 2010.
- Wiztsch przeciwko Niemcom z dnia 20 kwietnia 1999 r.*, nr sprawy 41448/98.

Memory rights in the context of article 17 ECHR – right to negationism or negationism of the memory rights?

Summary: The objective of the article hereto is to present the mechanisms of the memory rights' protection within the Strasbourg system, based upon the literal resonance of the European Convention of Human Rights and judicial practice of the European Court of Human Rights. Such topic will be subjected to analysis through the legal-dogmatic method which relies upon the construction of the concrete provisions of the Convention as well as jurisprudence of ECHR. The basic hypothesis of the author is the existence of the double standards of memory rights' protection against negationism, depending from the type of denied memory right.

Keywords: memory rights, ECHR, Holocaust, art. 17 ECHR, Armenian Genocide.