



Instytut Wymiaru Sprawiedliwości



Kryminalizacja tzw. mowy nienawiści (analiza rozwiązań niemieckich)

**Paulina Banaszak-Grzechowiak
dr Konrad Burdziak**



Prawo karne i kryminologia
Warszawa 2020

Spis treści

I. Cel pracy i metoda badawcza	5
II. Regulacje prawa niemieckiego odnoszące się do przestępstw z nienawiści	6
III. Podsumowanie	16
Bibliografia	17

I. Cel pracy i metoda badawcza

W roku 2020 Instytut Wymiaru Sprawiedliwości przystąpił do realizacji projektu: „Aktualny stan kryminalizacji mowy nienawiści¹ w wybranych państwach Rady Europy i ONZ”. Jak zasadnie wskazał zlecający projekt, uzasadniając konieczność zajęcia się analizą wskazanego problemu (tj. analizą aktualnego stanu kryminalizacji mowy nienawiści w wybranych państwach RE i ONZ), zagadnienia dotyczące zwalczania mowy nienawiści pozostają w ciągłym zainteresowaniu międzynarodowych mechanizmów ochrony praw człowieka działających w ramach RE i ONZ; posiadanie szczegółowych informacji na temat uregulowań prawnych odnoszących się do tego zjawiska w poszczególnych krajach może nadto – według zlecającego – być istotne z punktu widzenia sprawozdawczości przed organami RE i ONZ.

W ramach projektu zdecydowano się przeanalizować rozwiązania przewidziane w zakresie przeciwdziałania mowie nienawiści w Niemczech. Fakt wykorzystania do analizy **właśnie rozwiązań niemieckich** uzasadnić można przy tym trzema okolicznościami:

- (1 – dop. autorzy) First, the Federal Republic of Germany was formed following the end of the Second World War to differentiate the government from the previous regime that had „distinguished” itself not only by its hate speech, but also by its horrendous hate crimes. (2 – dop. autorzy) Second, Germany’s new constitution, the Basic Law (Grundgesetz or BL), and Germany’s Federal Constitutional Court have gained great international respect. (3 – dop. autorzy) This international acclaim extends to Germany’s treatment of hate speech, which, on the whole, exemplifies the position taken by most European countries and by international law—hate speech must be effectively eliminated².

Jeżeli jeszcze uwzględnimy fakt, że polskie prawo karne i polska doktryna prawa karnego niejednokrotnie korzystają – bądź wprost, bądź w drodze konstruktywnie zorientowanej refleksji krytycznej – z rozwiązań niemieckich, jako zrozumiałe jawić się będzie stwierdzenie, że to właśnie rozwiązania niemieckie powinny stanowić istotny punkt odniesienia dla ewentualnych zmian w prawie polskim.

¹ „Mowa nienawiści” to sformułowanie niejednolicie interpretowane. Dla potrzeb niniejszej pracy przyjęto następującą definicję: mowa nienawiści to mowa wyrażająca silną niechęć, wrogość do kogoś; por. *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/nienawisc;2489079> (dostęp: 28 września 2020 r.).

² W. Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law* (Part I), „German Law Journal” 2003, t. 4, nr 1, s. 2–3.

II. Regulacje prawa niemieckiego odnoszące się do przestępstw z nienawiści

Analizę regulacji odnoszących się do przestępstw z nienawiści w prawie niemieckim poprzedzić warto przytoczeniem unormowań zawartych w niemieckiej ustawie zasadniczej z 23 maja 1949 r. (Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949)³ (dalej: Grundgesetz, GG). Podkreślenia wymaga bowiem okoliczność, że w Grundgesetz zagwarantowana została swoboda wypowiedzi, a mowa nienawiści – niezależnie od tego, jak ją oceniamy – niewątpliwie zaś jest wypowiedzią. Słowem, warto od razu sprawdzić, czy ustrojodawca niemiecki w ogóle przewiduje możliwość ograniczania swobody wypowiedzi, w szczególności, czy operuje on we wskazanym obszarze oddziaływaniem norm prawa karnego.

Swoboda wypowiedzi zagwarantowana została w Grundgesetz w art. 5. Zgodnie z tym przepisem: „1. Każdy ma prawo do swobodnego wypowiadania i rozpowszechniania swoich poglądów w słowie, piśmie i obrazie (a więc niezależnie od formy i treści – dop. autorzy) oraz do pozyskiwania bez przeszkód informacji z powszechnie dostępnych źródeł. Zapewnia się wolność prasy oraz wolność informacji za pośrednictwem radia, telewizji i filmu. Nie stosuje się cenzury”. Deskryptywnie zorientowana wykładnia przywołanego przepisu sugeruje przeto, że każda wypowiedź, niezależnie od jej strony formalnej i merytorycznej, winna podlegać ochronie i nie może być ograniczana, a w konsekwencji – że także mowa nienawiści takiej ochronie winna podlegać. Odnotujmy przy tym, że wskazany rezultat nie jest daleki wszystkim uczestnikom toczonej w omawianej kwestii dyskusji. Sugestywnie w końcu wskazuje Winfried Brugger, że jednym z mocnych argumentów przemawiających za bardzo szeroką ochroną wypowiedzi, obejmującą także mowę nienawiści, jest fakt, że jest ona nader ważna dla mniejszości, które, chcąc wyrażać siebie i swoje opinie, spotykają się często z nierozumieniem, a ich wypowiedzi postrzegane są przez większość jako absurdalne lub – właśnie – obraźliwe⁴.

Podkreślenia wymaga jednak, że w wielu państwach, w tym także w Niemczech, wypowiedź podlega ochronie tak długo, jak długo nie nabiera charakteru nienawistnego. Uznanie danej wypowiedzi za mowę nienawiści oznacza w konsekwencji utratę przez tę wypowiedź części, a nawet całości przewidzianej w ramach zasady swobody wypowiedzi ochrony prawnej. Jak wskazuje przywoływany już W. Brugger:

This group of nations (chodzi m.in. o Niemcy – dop. autorzy) assigns a higher degree of protection to the dignity or equality of those who are attacked by hate speech than to the verbally aggressive speech used to attack them. Under this system, hate speech is not only

³ Tłum. (2008 r.) – <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/niemcy.html> (dostęp: 28 września 2020 r.).

⁴ Zob. W. Brugger, *The Treatment...*(Part I), s. 1.

unprotected, it is frequently punishable under criminal law, and individuals or groups who are the victims of hate speech frequently prevail in court⁵.

Dla potwierdzenia powyższego wskażmy, że już w samym art. 5 (ust. 2) GG ustrojodawca zaznacza, że swoboda wypowiedzi może podlegać ograniczeniom, wskazując, że: „Powyższe prawa podlegają ograniczeniom wynikającym z przepisów ogólnych ustaw, przepisów ustawowych o ochronie młodzieży i prawa do czci osobistej”. Art. 18 niemieckiej konstytucji stanowi z kolei, że:

Kto nadużywa wolności wyrażania poglądów, w szczególności wolności prasy (art. 5 ust. 1), wolności nauczania (art. 5 ust. 3), wolności zgromadzeń (art. 8), wolności zrzeszania się (art. 9), tajemnicy korespondencji, pocztowej i telekomunikacyjnej (art. 10), prawa własności (art. 14) albo prawa azylu (art. 16a) do walki przeciwko wolnościowemu demokratycznemu porządkowi, traci wymienione prawa podstawowe. O utracie praw i zakresie tej utraty orzeka Federalny Trybunał Konstytucyjny.

Warto jeszcze zwrócić uwagę na treść art. 21 ust. 2 GG, zgodnie z którym:

Partie, które poprzez swoje cele lub zachowania swoich zwolenników zmierzają do naruszenia lub obalenia wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego albo zagrażają istnieniu Republiki Federalnej Niemiec, są sprzeczne z konstytucją. O sprzeczności z konstytucją orzeka Federalny Trybunał Konstytucyjny.

Powyższe może sugerować, że partiom politycznym i ich zwolennikom wolno czynić wszystko, tak długo, jak długo nie wypowie się w tym zakresie w sposób negatywny Trybunał Konstytucyjny. Zasadnie wskazuje jednak W. Brugger, że:

Absent being banned by the Court, political parties remain legal and enjoy the protection of the Constitution even if they advocate reprehensible political opinions. However, depending upon the message, the political speech of the party may come into conflict with hate speech limitations⁶.

Wiemy zatem, że swoboda wypowiedzi podlega, a przynajmniej – podlegać może w Niemczech ograniczeniom, także w kontekście tzw. mowy nienawiści. Dla tematu niniejszej pracy kluczowe są – rzecz jasna – ograniczenia o charakterze prawnokarnym⁷. Przejdźmy więc w tym miejscu do charakterystyki przestępstw z nienawiści stypizowanych w niemieckim

⁵ W. Brugger, *The Treatment...*(Part I), s. 2.

⁶ W. Brugger, *The Treatment...*(Part I), s. 5.

⁷ Jak wskazują B. Grell i in.: „In 2006 another law was passed that applies directly to cases of material disadvantages on the grounds of race, age, gender, politics, sexual orientation, religion or handicap. This new law, the General Equality Act (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), allows an individual to file a claim against private persons or private and state institutions if they are discriminated against in either private or public life. This includes discrimination in their ability to access to education, work, social services or goods and services. The General Equality Act, however, does not relate to criminal offenses and, thus, not to hate crimes” (B. Grell i in., *Hate Crime Monitoring and Victim Assistance in Poland and Germany*, https://opub.dsw.edu.pl/bitstream/11479/262/1/Hate_Crime_Monitoring_and_Victim_Assistance_in_Poland_and_Germany.pdf (dostęp: 28 września 2020 r.), s. 41.

kodeksie karnym z 13 listopada 1998 (Strafgesetzbuch vom 13. November 1998)⁸ (dalej StGB), konkretniej zaś – do następujących przepisów tej ustawy: § 86, § 86a oraz § 130 StGB⁹.

1. W pierwszym z wymienionych powyżej przepisów, a zatem w § 86 StGB, stypizowane zostało przestępstwo rozpowszechniania treści propagandowych organizacji, których działalność jest sprzeczna z konstytucją.

Zgodnie z § 86:

Ust. (1). Kto na terytorium Niemiec rozpowszechnia lub wytwarza, przechowuje, przywozi lub wywozi albo czyni publicznie dostępnymi za pośrednictwem nośników danych do rozpowszechniania w kraju i za granicą, materiały propagandowe: pkt 1. partii politycznej, która została uznana za niekonstytucyjną (a ściślej, której działalność została uznana za sprzeczną z konstytucją – dop. autorzy) przez Federalny Trybunał Konstytucyjny albo partii politycznej lub organizacji, która została ostateczną decyzją uznana za organizację zastępczą dla takiej partii, pkt 2. organizacji, której działalność została zakazana ostateczną decyzją, ponieważ skierowana jest ona przeciwko porządkowi konstytucyjnemu lub przeciwko zasadom porozumienia międzynarodowego lub która została ostateczną decyzją uznana za organizację zastępczą dla takiej zakazanej organizacji, pkt 3. rządu, stowarzyszenia lub instytucji, których działalność nie jest objęta zakresem zastosowania tej ustawy, a działa ona chociażby dla jednego z celów, o którym mowa w punkcie 1 albo 2, pkt 4. materiał propagandowy, którego treść ma na celu wspieranie działalności dawnej organizacji narodowo-socjalistycznej, podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech lub karze grzywny. Ust. (2). Materiałem propagandowym w rozumieniu ustępu (1) są materiały, których treść jest skierowana przeciwko wolnemu, demokratycznemu porządkowi konstytucyjnemu lub zasadom porozumień międzynarodowych. Ust. (3). Ustępu (1) nie stosuje się, jeżeli materiały propagandowe lub dokumenty mają służyć edukacji obywatelskiej, przeciwdziałaniu działaniom niekonstytucyjnym, promowaniu sztuki lub nauki, badaniom naukowym lub nauczaniu, informowaniu o aktualnych lub historycznych wydarzeniach lub podobnym celom. Ust. (4). Jeśli szkoda jest niewielka, sąd może powstrzymać się od wymierzenia sprawcy kary.

Przepis § 86 niemieckiego kodeksu karnego umiejscowiony został w rozdziale pierwszym części szczególnej pt. „Przygotowanie wojny napastniczej, zdrada stanu i zagrożenie dla demokratycznego państwa prawa”, a dokładniej w tytule trzecim „Zagrożenie dla demokratycznego państwa prawa”. Najogólniej rzecz ujmując, przepis ten penalizuje

⁸ <https://dejure.org/gesetze/StGB>, dostęp: 28 września 2020 r.

⁹ Oczywiście w niemieckim kodeksie karnym znajdziemy także inne regulacje powiązane z przeciwdziałaniem szeroko pojętej mowie nienawiści. Wskazać można w tym zakresie np. 1) § 185: „Przestępstwo znieważenia zagrożone jest karą pozbawienia wolności do roku albo karą grzywny; jeśli natomiast przestępstwo to polegało również na naruszeniu nietykalności cielesnej pokrzywdzonego, zagrożone jest ono karą pozbawienia wolności do lat dwóch albo karą grzywny”; 2) § 186: „Kto rozpowszechnia o innej osobie informacje, które mogą wywołać wobec tej osoby pogardliwy/lekceważący stosunek albo mogą poniżyć ją w opinii publicznej, jeśli informacje te nie są prawdziwe, podlega karze pozbawienia wolności do roku albo karze grzywny, a jeśli czyn ten popełniony został publicznie albo poprzez rozpowszechnianie materiałów o pokrzywdzonym, zagrożony jest karą pozbawienia wolności do lat dwóch albo karą grzywny”; 3) § 187: „Kto rozpowszechnia o innej osobie informacje, które mogą wywołać wobec tej osoby pogardliwy/lekceważący stosunek albo mogą poniżyć ją w opinii publicznej albo narazić ją na utratę zaufania, wiedząc, że informacje te są nieprawdziwe, podlega karze pozbawienia wolności do lat dwóch albo karze grzywny, a jeśli czyn popełniony jest publicznie, podczas zgromadzenia albo poprzez rozpowszechnianie materiałów o pokrzywdzonym, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat pięciu albo karze grzywny”.

zachowania polegające na rozpowszechnianiu materiałów propagandowych partii i organizacji, których działalność została uznana za sprzeczną z konstytucją. *Ratio legis* art. 86 niemieckiego kodeksu karnego to przeciwdziałanie rozpowszechnianiu materiałów propagandowych organizacji lub partii uznanych za niekonstytucyjne, a to z uwagi na fakt, że działalność taka godzi w chronione przez ustawę zasadniczą zasady wolnego, demokratycznego porządku i porozumienia międzynarodowego¹⁰.

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że w ust. (1) pkt 4 paragrafu 86 kodeksu zdefiniowano pojęcie „materiału propagandowego” poprzez przyjęcie, że jest nim materiał, którego treść ma na celu wspieranie działalności dawnej organizacji narodowo-socjalistycznej.

Niemiecki ustawodawca zdecydował przy tym, że karze nie będzie podlegało zachowanie polegające na wykorzystywaniu materiałów propagandowych do celów związanych z: edukacją obywatelską, przeciwdziałaniem działaniom niekonstytucyjnym, promowaniem sztuki lub nauki, badaniami naukowymi lub nauczaniem, informowaniem o aktualnych lub historycznych wydarzeniach lub też w innych podobnych celach. Co więcej, w ust. (4) ustawodawca przyznał sądowi możliwość powstrzymania się od wymierzenia sprawcy kary w sytuacji, gdy spowodowana przezeń szkoda jest niewielka.

Zdaniem Macieja Dudy, przestępstwo stypizowane w § 86 StGB można uznać za zbliżone do czynu, o którym mowa w art. 256 polskiego Kodeksu karnego¹¹. Przywołany Autor wskazuje, że również klauzula niekaralności z § 86 ust. (3) jest analogiczna do tej z art. 256 § 3 k.k.¹²

2. Paragraf 86a StGB penalizuje zachowania polegające, najogólniej rzecz ujmując, na używaniu symboli organizacji, których działalność została uznana za sprzeczną z konstytucją. Brzmienie tego przepisu jest następujące:

Ust. (1). Karze pozbawienia wolności do lat trzech lub karze grzywny podlega ten, kto: pkt 1. niepublicznie rozpowszechnia symbol jednej z partii lub organizacji, o których mowa w paragrafie 86 ust. (1) pkt 1, 2 lub 4 albo używa ich publicznie podczas zgromadzenia lub w rozpowszechnianych przez siebie materiałach pisemnych, pkt 2. wytwarza, przechowuje, przywozi lub wywozi przedmioty, które przedstawiają lub zawierają takie symbole w celu ich rozpowszechniania albo wykorzystania w kraju lub za granicą, w sposób, o którym mowa w punkcie 1. Ust. (2). Symbolami, o których mowa w ust. (1), są w szczególności flagi, odznaki, mundury i ich elementy, hasła i gesty powitalne. Symbole, podobne do wymienionych w zdaniu 1 do tego stopnia, że mogą być z nimi mylone, są traktowane tak samo, jak te symbole. Ust. (3) Paragraf 86 ust. (3) i (4) stosuje się odpowiednio.

¹⁰ Zob. M. Duda, *Przestępstwa z nienawiści. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2016, s. 150.

¹¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 ze zm.), dalej: k.k.

¹² Zob. M. Duda, *Przestępstwa...*, s. 150.

Przepis § 86a StGB, podobnie jak § 86 StGB, umiejscowiony został w rozdziale pierwszym części szczególnej pt. „Przygotowanie wojny napastniczej, zdrada stanu i zagrożenie dla demokratycznego państwa prawa”, a ściślej w tytule trzecim „Zagrożenie dla demokratycznego państwa prawa”.

W ust. (1) § 86a StGB stypizowane zostały dwie odrębne grupy zachowań. W punkcie 1 mowa jest bowiem o zabronionym pod groźbą kary zachowaniu polegającym na rozpowszechnianiu lub publicznym używaniu podczas zgromadzenia, jak również w rozpowszechnianych przez siebie materiałach pisemnych, symboli jednej z partii lub organizacji wskazanych w paragrafie 86 ust. (1) pkt 1, 2 i 4 StGB. W § 86a ust (1) pkt 2 mowa jest natomiast o zachowaniu polegającym na wytwarzaniu, przechowywaniu, przywożeniu lub wywożeniu przedmiotów, które przedstawiają lub zawierają takie symbole w celu rozpowszechniania ich albo wykorzystania w Niemczech lub za granicą, w sposób określony w punkcie 1. Czynności, o których mowa w pkt 2 wypełniają *de facto* znamiona przygotowania do rozpowszechniania symboli kryminalizowanego w pkt 1.

W § 86a ust. (2) ustawodawca zaprezentował przykładowy katalog symboli, których rozpowszechnianie jest zabronione. Należą do nich m.in. flagi, odznaki, mundury i ich elementy, hasła i gesty powitalne. Z uwagi na użycie przez ustawodawcę w komentowanym przepisie sformułowania „w szczególności”, stwierdzić należy, że katalog ten jest katalogiem otwartym. Co równie ważne, w § 86a ust. (2) zd. 2 ustawodawca wskazał, że symbole, podobne do wymienionych w zdaniu 1 do tego stopnia, że mogą być z nimi mylone, są traktowane tak samo, jak te symbole. Uznać zatem należy, że katalog symboli, których rozpowszechnianie jest w prawie niemieckim zabronione, jest katalogiem bardzo szerokim.

W myśl § 86a ust. (3), przepis § 86 ust. (3) dotyczący niekaralności ze względu na cel związany z: edukacją obywatelską, przeciwdziałaniem działaniom niekonstytucyjnym, promowaniem sztuki lub nauki, badaniami naukowymi lub nauczaniem, informowaniem o aktualnych lub historycznych wydarzeniach lub innymi podobnymi celami, oraz przepis § 86 ust. (4) przyznający sądowi możliwość powstrzymania się od wymierzenia sprawcy kary w sytuacji, gdy spowodowana przezeń szkoda jest niewielka, stosuje się odpowiednio.

3. W § 130 StGB ustawodawca niemiecki przewiduje karalność przestępstwa nawoływania do nienawiści lub przemocy wobec grupy osób lub osoby. Komentowany przepis brzmi następująco:

Ust. (1). Kto, w sposób mogący zakłócić porządek publiczny: pkt 1. nawołuje do nienawiści, do stosowania przemocy, lub arbitralnych środków przeciwko grupie osób albo poszczególnym, pojedynczym osobom ze względu na ich przynależność narodową, rasową religijną lub etniczną lub pkt 2. narusza godność innej osoby poprzez znieważenie,

złośliwe pogardzenie/poniżenie lub zniesławienie/pomówienie grupy, o której mowa w pkt 1, części ludności albo poszczególnych osób z powodu ich przynależności do jednej z wyżej wymienionych grup lub ich części, podlega karze pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat. Ust. (2). Karze pozbawienia wolności do lat trzech albo karze grzywny podlega ten, kto: pkt 1. rozpowszechnia albo czyni publicznie dostępnym albo oferuje, oddaje do dyspozycji lub udostępnia osobie poniżej lat 18 następujące materiały: a) materiały, które nawołują do nienawiści wobec grupy osób, o której mowa w ust. (1) pkt 1, wobec części ludności lub poszczególnych osób z powodu ich przynależności do jednej z wyżej wymienionych grup, b) materiały, które nawołują do przemocy lub arbitralnych działań/środków przeciwko osobom lub grupom osób, o których mowa w lit. a, c) materiały, które naruszają godność ludzką osób lub grup osób, o których mowa w lit. a poprzez znieważenie, złośliwie pogardzenie/poniżenie lub zniesławienie/pomówienie, pkt 2. wytwarza, sprowadza, dostarcza, przechowuje, oferuje, ogłasza/reklamuje przywozi albo wywozi materiały, o treści wskazanej w pkt 1 lit. od a do c w celu użycia ich lub otrzymanych z nich kopii w sposób, o którym mowa w pkt 1 lub 2 albo w celu ułatwienia takiego ich wykorzystania przez inną osobę. Ust. (3). Karze pozbawienia wolności do lat 5 albo karze grzywny podlega ten, kto w celu zakłócenia porządku publicznego publicznie lub podczas zgromadzenia pochwała, zaprzecza popełnieniu lub bagatelizuje czyn popełniony przez narodowych socjalistów, określony w paragrafie 6 ust. 1 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego. Ust. (4). Karze pozbawienia wolności do lat 3 albo karze grzywny podlega, kto publicznie albo podczas zgromadzenia zakłóca porządek publiczny w sposób naruszający godność ofiar poprzez pochwalanie, gloryfikowanie/idealizowanie albo usprawiedliwianie opartych na przemocy i tyranii rządów narodowych socjalistów. Ust. (5). Ustęp (2) pkt 1 i 3 ma również zastosowanie do materiałów o treści wskazanej w ust. (3) i (4). Na podstawie ustępu (2) pkt 2 karze podlega także ten, kto udostępnia treści określone w ustępie (3) i (4) osobom poniżej 18 roku życia za pośrednictwem radia oraz telemediów. Ust. (6). W przypadkach określonych w ust. (2) pkt 1 i 2, również w związku z ustępem (5), karalne jest także usiłowanie. Ust. (7). W przypadkach, o których mowa w ust. (2), również w związku z ustępem (5), a także w przypadkach wskazanych w ust. (3) i (4) § 86 ust. (3) stosuje się odpowiednio.

Przepis § 130 StGB umiejscowiony został w rozdziale siódmym części szczególnej zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”. *Ratio legis* tego przepisu to ochrona porządku publicznego przed ekstremistycznymi poglądami i działaniami, a także ochrona zasady tolerancji i niedyskryminacji oraz idei porozumienia narodów¹³.

W literaturze wskazuje się, że przestępstwo z § 130 ust. (1) pkt 1 StGB można uznać za analogiczne do przestępstwa z art. 256 § 1 polskiego Kodeksu karnego. Przestępstwo z § 130 ust. (1) pkt 2 StGB wykazuje natomiast podobieństwo do przestępstwa z art. 257 k.k. Przestępstwo określone w § 130 ust. (2) pkt 1 i 2 StGB jest uważane za analogiczne do przestępstwa z art. 256 § 1 i 2 k.k. oraz do przestępstwa z art. 257 k.k. Jeśli natomiast chodzi o czyn, którego znamiona określone zostały w § 130 ust. (3) StGB, to w literaturze wskazuje się, że stanowi on odpowiednik przestępstwa z art. 55 ustawy

¹³ Zob. M. Duda, *Przestępstwa...*, s. 152.

z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu¹⁴, zwanego też niekiedy kłamstwem oświęcimskim¹⁵. Przestępstwo z § 130 ust. (4) nie ma dokładnego odpowiednika w polskim prawie karnym. Pewne podobieństwa do niego wykazuje jednak przepis art. 255 § 3 k.k. penaliżujący pochwalanie popełnienia przestępstwa¹⁶.

W kontekście regulacji służących zwalczaniu mowy nienawiści w niemieckim prawie karnym na uwagę zasługuje także art. 111 StGB. Przepis ten zamieszczony został w rozdziale szóstym części szczególnej niemieckiego kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko władzy państwowej”. Jego brzmienie jest następujące: „Ust. (1). Kto publicznie, podczas zgromadzenia albo poprzez rozpowszechnianie materiałów propagandowych, nawołuje do popełnienia czynu niezgodnego z prawem, będzie karany jak za podżeganie. Ust. (2). W przypadku, gdy nawoływanie do popełnienia czynu niezgodnego z prawem jest bezskuteczne, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 5 albo karze grzywny. W przypadku nawoływania skutecznego, kara grożąca za to nawoływanie nie może być surowsza od kary grożącej za niezgodny z prawem czyn, do którego popełnienia sprawca nawoływał”.

Warto nadto wspomnieć w tym miejscu o przestępstwie określonym w § 166 StGB. Przepis ten zamieszczony został w rozdziale jedenastym części szczególnej niemieckiego kodeksu karnego, zatytułowanym „Przestępstwa związane z religią i przekonaniem”. Jego brzmienie jest następujące: „Ust. (1). Kto publicznie lub poprzez rozpowszechnianie materiałów obraża uczucia/przekonania religijne lub ideologiczne innych osób w sposób, który może zakłócić porządek publiczny, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3 albo karze grzywny. Ust. (2). Tej samej karze podlega, kto publicznie lub poprzez rozpowszechnianie materiałów obraża funkcjonujący w kraju Kościół albo inną wspólnotę religijną albo organizację zrzeszającą osoby o określonym światopoglądzie, a także kto obraża ich instytucje albo zwyczaje w sposób mogący zakłócić porządek publiczny”.

Na szczególną uwagę zasługuje wreszcie fakt, że specyfiką niemieckich regulacji dotyczących przestępstw z nienawiści, w szczególności popełnianych za pomocą Internetu, jest dążenie do rozszerzenia zakresu odpowiedzialności na wszystkie osoby uczestniczące

¹⁴ T.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 177.

¹⁵ Przepis ten brzmi w sposób następujący: „Kto publicznie i wbrew faktom zaprzecza zbrodniom, o których mowa w art. 1 pkt 1, podlega grzywnie lub karze pozbawienia wolności do lat 3. Wyrok podawany jest do publicznej wiadomości”. Zbrodnie, o których mowa w art. 1 pkt 1 rzeczony ustawy, to: a) popełnione na osobach narodowości polskiej lub obywatelach polskich innych narodowości w okresie od dnia 8 listopada 1917 r. do dnia 31 lipca 1990 r. zbrodnie nazistowskie, zbrodnie komunistyczne, zbrodnie *ukraińskich nacjonalistów* i członków ukraińskich formacji kolaborujących z Trzecią Rzeszą Niemiecką, inne przestępstwa stanowiące zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne, b) inne represje z motywów politycznych, jakich dopuścili się funkcjonariusze polskich organów ścigania lub wymiaru sprawiedliwości albo osoby działające na ich zlecenie, a ujawnione w treści orzeczeń zapadłych na podstawie ustawy dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego oraz c) działalność organów bezpieczeństwa państwa, o których mowa w art. 5 ustawy o IPN”.

¹⁶ Zob. M. Duda, *Przestępstwa...*, s. 154.

w „rozpowszechnianiu nienawiści”, zarówno te, które same tworzą takie treści, jak i te, które w tym pośredniczą¹⁷. W tym kontekście należy wskazać, że w dniu 1 września 2017 r. Bundestag uchwalił ustawę mającą na celu poprawę egzekwowania prawa w sieciach społecznościowych (Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken¹⁸), która weszła w życie w dniu 1 października 2017 r.¹⁹. Ustawa ta zwana jest w skrócie ustawą o egzekwowaniu prawa w sieci (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG). Ma ona na celu poprawę skuteczności zwalczania przestępstw z nienawiści i innych treści przestępczych na portalach społecznościowych.

Ustawa ma zastosowanie do administratorów, którzy w celach zarobkowych obsługują platformy internetowe przeznaczone dla użytkowników do udostępniania treści innym użytkownikom albo do udostępniania ich publicznie (sieci społecznościowe). W rozumieniu tej ustawy nie są sieciami społecznościowymi platformy zawierające treści dziennikarskie i redakcyjne. Również platformy, które są przeznaczone do indywidualnej komunikacji lub do dystrybucji specjalistycznych treści nie są sieciami społecznościowymi w rozumieniu omawianej ustawy.

Zgodnie z § 1 ust. (3) ustawy, nielegalne treści to treści, które wypełniają znamiona czynów stypizowanych w następujących przepisach niemieckiego kodeksu karnego: § 86 (rozpowszechnianie treści propagandowych organizacji, których działalność jest sprzeczna z konstytucją), § 86a (używanie symboli niekonstytucyjnych organizacji), § 89a (przygotowanie poważnego aktu przemocy zagrażającego państwu), § 91 (udzielanie instrukcji dotyczących popełnienia poważnego aktu przemocy, który zagraża państwu), 100a (zdradzieckie fałszerstwo), § 111 (publiczne nawoływanie do popełnienia czynu zabronionego), § 126 (zakłócanie spokoju publicznego poprzez grożenie przestępstwami), § 129 (tworzenie organizacji przestępczych), § 129a (tworzenie organizacji terrorystycznych), § 129b (tworzenie organizacji przestępczych oraz terrorystycznych za granicą), § 130 (podburzenie mas), 131 (udzielanie instrukcji dotyczących popełniania przestępstw), § 140 (nagradzanie i pochwalanie popełniania przestępstw), § 166 (obraza uczuć/przekonań religijnych lub światopoglądowych), § 184b (rozpowszechnianie, nabywanie oraz posiadanie pornografii dziecięcej) w związku z § 184d (udostępnianie treści pornograficznych za pośrednictwem radia lub telemediów oraz pobieranie treści pornograficznych z udziałem dzieci i młodzieży za pośrednictwem telemediów), § 185 (znieważenie), § 186 (złośliwe pomówienie), § 187 (zniesławienie), § 201a (naruszenie bardzo osobistej sfery życia poprzez robienie zdjęć bez zgody osoby fotografowanej), § 241 (grożenie) lub § 269 (fałszowanie danych istotnych z punktu widzenia dowodów osobistych), jeśli użycie wymienionych treści nie jest uzasadnione ani też usprawiedliwione.

¹⁷ Zob. M. Duda, *Przestępstwa...*, s. 154.

¹⁸ <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html> (dostęp: 28 września 2020 r.).

¹⁹ Warto wspomnieć, że w drodze art. 274 rozporządzenia z dnia 19 czerwca 2020 r. do rzeczonyj ustawy zostały wprowadzone zmiany.

W myśl § 2 ustawy, administratorzy portali społecznościowych, którzy otrzymują ponad 100 skarg w ciągu roku kalendarzowego dotyczących nielegalnych treści, są zobowiązani do opracowania raz na pół roku w języku niemieckim raportu na temat rozpatrywania skarg dotyczących nielegalnych treści na swoich portalach oraz do ogłaszania go w Monitorze Federalnym i na własnej stronie internetowej. Taki raport musi zostać opublikowany nie później niż miesiąc po zakończeniu danego półrocza. Raport ten musi być stale dostępny na stronie internetowej i zawierać m.in. następujące informacje: ogólne informacje o działaniach podjętych przez administratora portalu społecznościowego w celu zapobiegania przestępstwom na tym portalu, przedstawienie mechanizmów składania skarg na treści o charakterze niezgodnym z prawem oraz kryteriów podejmowania decyzji o usuwaniu i blokowaniu treści niezgodnych z prawem, a także informacje dotyczące liczby otrzymanych skarg dotyczących treści niezgodnych z prawem w okresie sprawozdawczym.

Zgodnie z § 3 ustawy, administrator portalu społecznościowego musi zapewnić skuteczną i przejrzystą procedurę rozpatrywania skarg dotyczących nielegalnych treści zgodnie z ust. (2) i (3) tego paragrafu. Procedura musi gwarantować, że:

- administrator portalu społecznościowego niezwłocznie przyjmie do wiadomości skargę i sprawdzi, czy treści, do których się ona odnosi, są niezgodne z prawem i wymagają usunięcia lub zablokowania dostępu do nich;
- administrator portalu społecznościowego usunie lub zablokuje dostęp do oczywiście nielegalnych treści w ciągu 24 godzin od otrzymania skargi, przy czym nie dotyczy to sytuacji, gdy portal społecznościowy uzgodnił dłuższy okres z właściwym organem ścigania na usunięcie lub zablokowanie oczywiście nielegalnych treści;
- wszelkie treści niezgodne z prawem zostaną natychmiast usunięte, zwykle w ciągu siedmiu dni od otrzymania skargi lub zablokowania dostępu do nich. W ściśle określonych w ustawie wypadkach okres siedmiu dni na usunięcie przez portal społecznościowy treści niezgodnych z prawem może zostać wydłużony.

Paragraf 3 ust. (3) ustawy stanowi, że każda skarga i środki podjęte w celu jej naprawienia muszą zostać udokumentowane. Natomiast zgodnie z § 3 ust. (4), po pierwsze, sposób rozpatrywania skarg musi być monitorowany przez kierownictwo sieci społecznościowej poprzez przeprowadzanie comiesięcznych kontroli, po drugie, nieprawidłowości związane z rozpatrywaniem otrzymanych skarg należy natychmiast wyeliminować, a po trzecie, osoby odpowiedzialne za rozpatrywanie skarg muszą być poddawane regularnym szkoleniom w języku niemieckim przynajmniej raz na sześć miesięcy oraz musi być im zapewniony nadzór ze strony kierownictwa portalu społecznościowego

Ważnym zastrzeżeniem jest to, że administrator portalu społecznościowego jest zwolniony z obowiązków wynikających z § 2 oraz z § 3 ustawy, jeżeli sieć społecznościowa ma mniej niż dwa miliony użytkowników zarejestrowanych w Niemczech.

Zgodnie z § 5 ustawy, administratorzy portali społecznościowych zobowiązani są wskazać upoważnionego pełnomocnika do doręczeń w Niemczech i podać informację o nim na swojej platformie w łatwo rozpoznawalny i natychmiast dostępny sposób. Osobie tej doręczana jest korespondencja w postępowaniu przewidzianym w § 4 ustawy (postępowanie w sprawie o wykroczenie polegające na naruszeniu przepisów omawianej ustawy – dop. autorzy) lub w postępowaniu sądowym toczącym się przed sądami niemieckimi w związku z rozpowszechnianiem nielegalnych treści. Dotyczy to również doręczania dokumentów, które wszczynają takie postępowanie.

Konieczne jest również wskazanie osoby uprawnionej do przyjmowania zapytań/prośb o informacje kierowanych przez krajowe organy ścigania dotyczących naruszeń prawa na portalu społecznościowym. Osoba ta jest zobowiązana udzielić odpowiedzi na zapytanie w ciągu 48 godzin od jego otrzymania. Jeżeli w odpowiedzi na zapytanie o informacje nie podano wyczerpujących informacji, należy to uzasadnić.

W § 4 omawianej ustawy zostały natomiast zawarte przepisy regulujące nałożenie kary grzywny za wykroczenia polegające na naruszeniu jej przepisów. Zgodnie z § 4 ust. (1) ustawy, odpowiedzialności za wykroczenie podlega każdy, kto umyślnie albo w wyniku zaniedbania dopuszcza się następujących zachowań:

1. wbrew § 2 ust. (1) zd. 1 ustawy nie sporządza raportu lub sporządza raport nieprawidłowo, niekompletnie lub nieterminowo albo nie publikuje raportu, publikuje go w sposób nieprawidłowy, niekompletny, z naruszeniem przepisów ustawy odnoszących się do sposobu jego publikowania albo opublikuje go nieterminowo;
2. wbrew § 3 ust. (1) zd. 1 ustawy nie dochowuje w ogóle opisanej w tym przepisie procedury określającej sposób rozpatrywania skarg kierowanych przez użytkowników, którzy mają miejsce zamieszkania lub siedzibę w Niemczech albo dopuszcza się naruszenia tej procedury;
3. wbrew § 3 ust. (1) zd. 2 ustawy nie dochowuje wskazanej tam procedury lub dopuszcza się jej naruszenia (zgodnie z § 3 ust. (1) zd. 2 ustawy, administrator portalu społecznościowego zobowiązany jest zapewnić użytkownikom przejrzystą, natychmiast dostępną i stale dostępną metodę składania skarg dotyczących nielegalnych treści);
4. wbrew § 3 ust. (4) zd. 1 ustawy nie nadzoruje rozpatrywania skarg lub nie monitoruje ich odpowiednio;
5. wbrew § 3 ust. (4) zd. 2 ustawy nie usuwa nieprawidłowości w rozpatrywaniu skarg lub nie usuwa ich w odpowiednim czasie (zgodnie z § 3 ust. (4) zd. 2 ustawy rozpatrywanie skarg musi być monitorowane przez kierownictwo portalu społecznościowego w drodze comiesięcznych kontroli. Nieprawidłowości w rozpatrywaniu otrzymanych skarg należy natychmiast wyeliminować);
6. wbrew § 3 ust. (4) zdanie 3 ustawy, nie zapewnia szkolenia lub nadzoru osobom odpowiedzialnym za rozpatrywanie skarg lub nie zapewnia ich w odpowiednim czasie

(zgodnie z § 3 ust. (4) zd. 3 osobom odpowiedzialnym za rozpatrywanie skarg należy regularnie, ale nie rzadziej niż co pół roku, organizować szkolenia z języka niemieckiego oraz zapewniać nadzór ze strony kierownictwa portalu społecznościowego);

7. wbrew § 5 ustawy nie wskazuje upoważnionego pełnomocnika do doręczeń;

8. wbrew § 5 ust. (2) zd. 2 ustawy jako ustanowiony pełnomocnik do doręczeń nie odpowiada na prośby o udzielenie informacji.

Wykroczenia, o których mowa w § 4 ust. (1) pkt 1–6 zagrożone są karą pieniężną w wysokości do 5 milionów euro, zaś za wykroczenia wskazane w § 4 ust. (1) pkt 7 oraz pkt 8 niemiecki ustawodawca przewidział karę pieniężną w wysokości do pięciuset tysięcy euro. Zastosowanie ma w tym przypadku § 30 ust. (2) zdanie 3 ustawy o wykroczeniach²⁰.

III. Podsumowanie

Podsumowując krótko powyższe ustalenia, stwierdzić należy, że prawo niemieckie zapewnia swobodę wypowiedzi, nie traktując jej wszakże jednocześnie jako swobody, której nie można ograniczyć. Wręcz przeciwnie – m.in. niemieckie prawo karne stara się zapobiegać nadużyciom w zakresie swobody wypowiedzi, w tym zwłaszcza nadużyciom mającym charakter tzw. mowy nienawiści.

Zasadnie wskazuje W. Brugger²¹, że:

Germany, many other countries, and international law all view hate speech and the spread of fallacious racial ideologies as sufficiently harmful to justify their prohibition. The broad definition of what may be prohibited found in the pertinent United Nations agreement illustrates that, in this context, racial discrimination includes prejudiced acts based on nearly any unalterable and invariable criterium that is likely to be of personal importance, such as gender, religion, or ethnic affiliation. According to the United Nations agreement, uttered opinions as well as physical acts of discrimination may be punished. That is exactly what Germany has done in §§ 185 ff. and 130 of its Penal Code²².

²⁰ Więcej zob. np. w: V. Claussen, *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, <http://www.medialaws.eu/rivista/fighting-hate-speech-and-fake-news-the-network-enforcement-act-netzdg-in-germany-in-the-context-of-european-legislation/> (dostęp: 28 września 2020 r.); W. Echikson, O. Knodt, *Germany's NetzDG: A key test for combatting online hate*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300636 (dostęp: 28 września 2020 r.); *Online hate speech regulation in the European Union and Germany*, <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/67227/ICTL-Thesis-winter-2018-candidate-number-7024.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (dostęp: 28 września 2020 r.).

²¹ Wypowiedź wskazanego Autora jest nie tylko zasadna, ale również kluczowa z perspektywy wyznaczania kierunków przeciwdziałania mowie nienawiści. Stąd też wypowiedź tę przytaczamy in extenso.

²² W. Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II)*, „German Law Journal” 2003, t. 4, nr 1, s. 39.

I dalej:

Similar to applicable provisions of international law, German statutes specifically refrain from requiring that racist messages lead to a clear and present danger of imminent lawless action before becoming punishable. A distant and generalized threat to the public peace and to life and dignity, particularly of minorities, suffices for legal sanctions irrespective of whether and when such danger would actually manifest itself. Having viewed the horrors of the Second World War as well as more recent racial conflicts on the Balkan peninsula, in Rwanda, and elsewhere, countries following this legal theory collectively believe that tolerating fallacious racial ideologies has the potential for severe consequences. In these legal systems, there need not be any certainty, nor even a particular likelihood, of violence—the spectre of future racial strife suffices. Although the dangers of hate speech are concededly abstract, they are nevertheless seen as being real enough to warrant management by the government, whose task in this area can be termed as control of the political climate. Admittedly, even in these countries, there are certain restrictions on the prohibition of hate speech that favor the freedom of opinion: the hate utterance must be made in public, the hate utterance can occasionally be defended by a showing that it poses no danger, and hate utterances that are considered artistic or scholarly are often permitted. However, hate speech is generally prohibited—it is „speech minus” or „low-value speech”, even if it addresses issues of high political importance. The right to speech is limited by the perceived higher value of eliminating all kinds of racism in the broadest sense. In Germany, many other countries, and international law, this control of racism is considered the preferred duty of governments—a „duty plus”²³.

Bibliografia

- Brugger W., *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law* (Part I), „German Law Journal” 2003, t. 4, nr 1.
- Brugger W., *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law* (Part II), „German Law Journal” 2003, t. 4, nr 1.
- Claussen V., *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, <http://www.medialaws.eu/rivista/fighting-hate-speech-and-fake-news-the-network-enforcement-act-netzdg-in-germany-in-the-context-of-european-legislation/> (dostęp: 28 września 2020 r.).
- Duda M., *Przestępstwa z nienawiści. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2016.
- Echikson W., Knodt O., *Germany’s NetzDG: A key test for combatting online hate*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300636 (dostęp: 28 września 2020 r.).
- Grell B. i in., *Hate Crime Monitoring and Victim Assistance in Poland and Germany*, https://opub.dsw.edu.pl/bitstream/11479/262/1/Hate_Crime_Monitoring_and_Victim_Assistance_in_Poland_and_Germany.pdf (dostęp: 28 września 2020 r.).
- Online hate speech regulation in the European Union and Germany*, <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/67227/ICTL-Thesis-winter-2018-candidate-number-7024.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (dostęp: 28 września 2020 r.).
- Niemiecka ustawa zasadnicza, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/niemcy.html>, (dostęp: 28 września 2020 r.).

²³ W. Brugger, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law* (Part II), s. 39.

<https://dejure.org/gesetze/StGB>, dostęp: 28 września 2020 r.

Ustawa o egzekwowaniu prawa w sieci, <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html> (dostęp: 28 września 2020 r.).

Słownik języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/nienawiść;2489079>, dostęp: 28 września 2020 r.