

Mateusz Woźniński⁺
O pojęciu przestępstwa nienawiści (*hate crime*)

Niniejsze opracowanie jest poświęcone zagadnieniom natury terminologicznej, związanym w przeważającej mierze z ustaleniem znaczenia używanego w obrocie językowym określenia *przestępstwo nienawiści* (*hate crime*). Perspektywa, z której analiza tej problematyki zostanie dokonana, jest perspektywą historyczną. Punkt odniesienia będą zaś stanowić przede wszystkim definicje wypracowane na gruncie anglosaskiego – głównie amerykańskiego – systemu prawnego. To w prawodawstwie, doktrynie i judykaturze Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej należy bowiem upatrywać genezy tej kategorii czynów zabronionych.

Nie ulega wątpliwości, że termin *hate crime* powstał i wszedł do użytku językowego w połowie lat 80. w Stanach Zjednoczonych. Wśród wielu czynników, które wpłynęły na jego upowszechnienie się w świadomości użytkowników języka, jako decydujący wskazuje się wzrost samoświadomości rasowej, płciowej i związanej z orientacją seksualną, dokonujący się w tamtym okresie w społeczeństwie amerykańskim¹. Za autorów terminu uchodzi troje senatorów – członków Partii Demokratycznej – J. Conyers, B. Kennedy i M. Biggi, wnioskodawcy projektu ustawy noszącej tytuł *Hate Crime Statistics Act* (1985), której istota sprowadza się do nałożenia na Departament Sprawiedliwości prawnego obowiązku gromadzenia i publikowania danych statystycznych na temat charakteru i liczby przestępstw motywowanych uprzedzeniami związanymi z rasą, religią czy pochodzeniem etnicznym pokrzywdzonych². Już teraz należy jednak poczynić pewne zastrzeżenie związane z tym, że w praktyce nierzadko zamiennie stosuje się określenia *hate crime*, *hate speech* (*mowa nienawiści*) oraz *bias/prejudice crime* (*przestępstwo z uprzedzeń*).

Relacja terminów *hate crime* i *hate speech* jest nietrudna do uchwycenia. Aczkolwiek potraktować je można jako pojęcia służące za oręż w kampanii przeciwko ufundowanym na fanatyzmie formom zachowań³ – w tym wypowiedzi – to jednak potraktowanie tych określeń jako nazw uzasadnia twierdzenie, że mają odmienny zakres desygnatów. Na gruncie prawa polskiego nie ulega przecieży kwestii, że *przestępstwem nienawiści* może być jedynie zachowanie się człowieka zabronione przez ustawę pod groźbą kary jako zbrodnia lub występki, bezprawne, zawinione i społecznie szkodliwe w stopniu wyższym niż znikomy⁴; taka brzmi bowiem przyjmowana – nie bez wątpliwości⁵ – na gruncie polskiego prawa karnego definicja przestępstwa. Nie każdy zaś przejaw mowy, który może stanowić czyn w rozumieniu prawa karnego, a zatem: zewnętrzne zachowanie się człowieka sterowane jego wolą, stanowi czyn zabroniony, czyli taki czyn, który nosi znamiona przestępstwa określonego w ustawie karnej. Innymi słowy, nie każde użycie mowy stanowi czyn zabroniony; można wręcz pokusić się o twierdzenie, że zachowań tych jest – również na gruncie prawodawstwa amerykańskiego – ogromna mniejszość. Z drugiej strony nie każde *przestępstwo nienawiści* jest realizowane w formie werbalnej. Przyjęcie roboczej definicji *hate crime* jako przestępstwa motywowanego nienawiścią do określonej grupy osób wyodrębnionej poprzez prawnie relewantne kryterium, jasne stanie się, że do tej kategorii można zaliczyć nie tylko dokonywane za pomocą słów znieważenie, lecz także zabójstwo, spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu czy zniszczenie mienia motywowane na przykład pochodzeniem etnicznym ofiary. Są to zaś przestępstwa dokonywane zazwyczaj przez zastosowanie siły fizycznej. Pomiedzy zakresami desygnatów omawianych nazw zachodzi zatem stosunek krzyżowania się. Tę wspólną kategorię można by określić jako *przestępstwo mowy nienawiści*. Warto podkreślić, że anglojęzyczny odpowiednik tego pojęcia (*hate speech crime*) w literaturze amerykańskiej nie występuje; przyczyny tego należy, jak się wydaje, upatrywać w tym, że przejawy mowy nienawiści, poza przypadkami tzw. *walczących słów* (*fighting words*) podlegają ochronie wynikającej z Pierwszej Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Do tej kwestii przyjdzie jeszcze wrócić w dalszej części opracowania.

Jeżeli natomiast idzie o terminy *hate crime* i *bias/prejudice crime*, w literaturze amerykańskiej często są one stosowane zamiennie; wydaje się zatem, że są one bliskoznaczne, a nawet według niektórych autorów – synonimiczne. Warto bowiem zauważyć, że w myśl jednej z koncepcji *przestępstwo nienawiści* definiuje się jako „czyn bezprawny znamieny intencjonalnym wyborem ofiary opartym na uprzedzeniach (przesądach) odnoszących się do postrzeganego lub rzeczywistego jej statusu”⁶. Wskazuje się jednak i na to, że *uprzedzenie* jest terminem amorficznym i możliwym do zdefiniowania zwięźajaco oraz rozszerzajaco; przyjęcie jednego z dopuszczalnych znaczeń rodzi zaś określone skutki dla zakreslenia granic czynów, które stanowić będą kategorię *hate crimes*⁷. Przyjmuje się bowiem, że intensywność zinternalizowanego przez sprawcę uprzedzenia ma wpływ na ocenę mocy istniejącego pomiedzy tymże uprzedzeniem (traktowanym jako przyczyna) a wypełniajacego

+ Mateusz Woźniński jest asystentem w Katedrze Prawa Karnego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie oraz doktorantem w Katedrze Prawa Karnego Porównawczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

¹ J. B. Jacobs, K. Potter, *Hate Crimes. Criminal Law & Identity Politics*, Oxford University Press, Nowy Jork 1998, s. 3

² *Ibidem*, s. 4

³ *Ibidem*, s. 7

⁴ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2010, s. 47

⁵ A. Zoll w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 K.K.* pod red. A. Zolla, Warszawa 2007, s. 22

⁶ K.M. Craig, *Examining hate-motivated aggression: a review of the social psychological literature on hate crimes as a distinct form of aggression*, *Aggression and Violent Behaviour*, nr 7/2002, s. 85-101; cyt. za N. Hall, *Hate Crime*, Devon 2005, s. 3

⁷ J.B. Jacobs, K. Potter, *op. cit.*, s. 28

znamiona przestępstwa zachowaniem się sprawcy (traktowanym jako skutek) związku przyczynowego⁸.

Uznanie za kryterium wyodrębnienia kategorii *hate crime* uprzedzenia, którego to nosicielem ma być sprawca, rodzi w polskim prawie karnym pewne wątpliwości natury teoretycznej. Nienawiść jest pewnym uczuciem, to jest: przeżyciem o charakterze emocjonalnym, występującym w przepisach penalizujących określone typy zachowań w roli pobudki. Jest to zatem znamię strony podmiotowej określane tradycyjnie jako *dolus coloratus*, czyli zamiar szczególnie zabarwiony, charakterystyczny dla tzw. przestępstw kierunkowych⁹. Taką pobudką jest np. współczucie, które musi wystąpić u osoby pozbawiającej życia inną osobę na jej żądanie, aby poniosła odpowiedzialność karną za zagrożony niższą karą typ uprzywilejowany zabójstwa, nazywany zabójstwem eutanatycznym (art. 150 § 1 kodeksu karnego). Tymczasem intuicja językowa skłania ku twierdzeniu, że *uprzedzenie* może wprawdzie stanowić przeżycie o charakterze emocjonalnym, ale nie jest wykluczone, że będzie miało charakter intelektualny, być może nawet uzasadniony obiektywną rzeczywistością. *Uprzedzenie* może zatem wystąpić także jako tzw. motyw, również właściwy dla przestępstw kierunkowych. Wskazać jednak należy, że praktyczne konsekwencje tego rozróżnienia są trudne do określenia. Być może z tego również względu w literaturze podział tychże znamion bywa kwestionowany; w jego miejsce postuluje się natomiast używanie zbiorczego określenia *motywacja*¹⁰. Tym niemniej w literaturze amerykańskiej wskazuje się zasadnie na to, że sformułowane w doktrynie definicje *przestępstwa nienawiści* upatrują jego istoty w istniejących po stronie sprawcy uprzedzeniach, spośród których jedynie niewielka część jest możliwa do określenia jako nienawiść¹¹. Przyjmowane przez podmiot (nosiciela) uprzedzeń założenie o negatywnych cechach przedstawicieli pewnych grup społecznych nie występuje przecież wtedy i tylko wtedy, gdy jest on także podmiotem nienawiści.

Rozstrzygnięcie tego problemu wykracza poza ramy tego opracowania, dlatego ze względu na polski *usus* językowy, w którym sformułowanie *przestępstwa z uprzedzeń* występuje nieporównanie rzadziej niż *przestępstwo nienawiści*, w dalszej części artykułu posługiwać się będziemy tymże terminem i jego anglojęzycznym odpowiednikiem.

Wydaje się, że w procesie tworzenia się kategorii *hate crimes* w federalnym prawie amerykańskim można wskazać na trzy kamienie milowe, pozwalające na oznaczenie pewnych etapów rozwoju prawodawstwa mającego za przedmiot tę właśnie – zmienną w czasie – grupę zachowań. Chodzi więc o etapy powstawania aktów normatywnych stanowiących prawną podstawę wyodrębnienia kategorii *przestępstw nienawiści*. Pierwszy okres jest związany z wprowadzeniem do obrotu prawnego na szczeblu federalnym przepisów mających zagwarantować egzekucję uprawnień uzyskanych przez ludność dotychczas niewolniczą po zakończeniu wojny secesyjnej (tzw. *civil rights acts/civil rights statutes*)¹². Okres ten rozciąga się od lat 70. XIX wieku aż po lata 60. wieku XX. W taki sposób określony cel miał zostać zrealizowany m.in. poprzez uchwalenie przepisu § 241 tytułu 18. Kodeksu Stanów Zjednoczonych, który stanowi, że karze podlegają m.in. zachowania polegające na tym, że „dwie lub więcej osób biorą udział w spisku aby zranić, uciskać, grozić albo zastraszyć inną osobę (...) w swobodnym wykonywaniu lub korzystaniu z jakiegokolwiek prawa lub przywileju zapewnionego jej przez Konstytucję lub ustawy Stanów Zjednoczonych”¹³. Dla tego trwającego niemal wiek okresu charakterystyczny jest jednak rozdźwięk pomiędzy prawodawstwem federalnym, zorientowanym na zagwarantowanie zestawu równych dla wszystkich praw, a legislacją stanową (zwłaszcza stanów południowych), określaną powszechnie jako „prawo Jima Crowa” („*Jim Crow*” laws). Przepisy stanowe, utrzymywane w mocy przez Federalny Sąd Najwyższy, stanowiły bowiem w istocie podstawę prawną segregacji rasowej, a nawet „(...) zinstytucjonalizowały przejawy przemocy i nienawiści wobec ludności afroamerykańskiej ery postniewolniczej”¹⁴. Choć nie jest to wyrażone *expressis verbis* w cytowanym wyżej przepisie, nie ulega kwestii, że obejmował on zakresem penalizacji zestaw zachowań o charakterze dyskryminacyjnym, częściowo zbieżny z tym, który można by współcześnie zakwalifikować do kategorii *hate crimes*. Drugi z przepisów stworzonych w tamtym okresie, tj. przepis § 242 tytułu 18. Kodeksu Stanów Zjednoczonych był natomiast skierowany na zwalczanie zachowań osób pełniących funkcję publiczną w organach władzy federalnej, stanowej lub lokalnej, polegających na pozbawieniu obywateli praw, przywilejów i immunitetów zagwarantowanych w prawie federalnym, a także na poddaniu jakiegokolwiek osoby karom czy innym dolegliwościom odmiennym niż przewidziane dla obywateli ze względu na bycie osobą obcą, na kolor skóry czy rasę¹⁵.

Początku drugiego okresu można upatrywać w uchwaleniu w ramach Ustawy o Prawach Obywatelskich (*Civil Rights Act*) z 1968 roku przepisu § 245 tytułu 18. Kodeksu Stanów Zjednoczonych. Uważa się ten przepis za prekursora i wzorzec obecnych ustawodawstw karnych w odniesieniu do *hate crimes*¹⁶. Znamienna jest tutaj już jego intylulacja: „Czyny zabronione na szczeblu ogólnopaństwowym (federalnym)”. W istocie, zakres penalizacji

⁸ *Ibidem*, s. 26 i n.

⁹ L. Gardocki, *op. cit.*, s. 80-81

¹⁰ M. Całkiewicz, *Modus operandi sprawców zabójstw*, Warszawa 2010, s. 43

¹¹ N. Hall, *op. cit.*, s. 22

¹² J.B. Jacobs, K. Potter, *op. cit.*, s. 36-37

¹³ Tekst dostępny na stronie internetowej <http://uscode.house.gov/download/ascii.shtml>

¹⁴ W.J. Krouse, *Hate Crime Legislation w: Hate Crimes. Legal Issues and Legislation*, Nowy Jork 2008, s. 6

¹⁵ Zob. J.B. Jacobs, K. Potter, *op. cit.*, s. 37

¹⁶ *Ibidem*, s. 38

rozciga się na naruszenia praw związanych z udziałem w głosowaniu (wyborach), udziałem w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, otrzymywaniem korzyści czy pomocy federalnej, stanowej i lokalnej, dostępem do miejsc użyteczności publicznej – w tym szkół publicznych i uniwersytetów, korzystaniem z komunikacji publicznej, wreszcie – dostępem do zatrudnienia i in.¹⁷. Należy podkreślić, że przepis punktu 2 lit. a § 245 tytułu 18. Kodeksu Stanów Zjednoczonych stanowi *expressis verbis*, iż karze podlega ten, kto przemocą lub groźbą jej użycie umyślnie rani, powstrzymuje czy powoduje naruszenie, albo usiłuje zranić, powstrzymać czy spowodować naruszenie innej osoby ze względu na jej rasę, kolor skóry, religię lub pochodzenie narodowe¹⁸; ochronie podlega tutaj jednak – jak wskazano wyżej – bardzo szeroko zakreślona kategoria „działalności państwowej i lokalnej”. W praktyce od oskarżyciela wymagane jest przedstawienie dowodu na to, że oskarżony działając w wyniku motywu określonego przez uprzedzenie względem danej grupy dokonał zamachu na ofiarę, która brała udział w objętej ochroną formie aktywności stanowej czy lokalnej¹⁹.

Okres trzeci wiąże się z wejściem w życie ustaw stanowiących podstawę prawną gromadzenia i przetwarzania danych statystycznych na temat zjawiska *hate crimes*. Chronologicznie pierwszą jest *Hate Crime Statistics Act* z 1990 roku (dalej: HCSA). Nakładała ona na ministra sprawiedliwości obowiązek opracowania raportów na temat przestępczości, w których przejawiają się wyraźne (ewidentne) dowody uprzedzeń opartych na rasie, religii, orientacji seksualnej lub przynależności etnicznej pokrzywdzonego²⁰. Obowiązek gromadzenia danych wynikający z HCSA dotyczył 8 kategorii przestępstw – morderstwa, zabójstwa, zgwałcenia z użyciem przemocy, napaści w typie podstawowym i kwalifikowanym, groźby (zastraszania), podpalenia oraz zniszczenia mienia²¹. HCSA zawiera definicję legalną uprzedzenia (*prejudice*); jest nim mianowicie „wstępnie ukształtowana negatywna opinia lub stosunek względem grupy osób, oparta na jej rasie, religii, przynależności etnicznej, pochodzeniu narodowym lub orientacji seksualnej”²². W definicji tej charakterystyczny i bardzo widoczny jest brak kryterium płci (czy tożsamości płciowej), jako znamienia relewantnego dla bytu *przestępstwa nienawiści* w rozumieniu HCSA. Opuszczenie to jest jednak świadomym zabiegiem legislacyjnym; argumentując zasadność takiego pominięcia projektodawcy opierali się głównie na dwóch twierdzeniach. W świetle jednego, dane statystyczne na temat zgwałceń i przemocy domowej, które mają stanowić przeważającą część przestępczości motywowanej przynależnością płciową ofiary, były gromadzone także przed wejściem w życie HCSA. Po drugie, przemoc wobec kobiet jest jakościowo odmienna od innych *hate crimes*; sprawcy są bowiem w tych wypadkach związani z ofiarami więziami o charakterze osobistym, dlatego przyświecająca im motywacja jest związana nie tyle z przynależnością płciową, co raczej z cechami osobniczymi pokrzywdzonych²³. Innymi słowy, ofiarą jest tutaj nie tyle „kobieta”, co raczej „konkretna osoba będąca kobietą”. Wydaje się jednak, że należy przyznać rację tym analitykom polityki kryminalnej, którzy upatrują w analizowanym zabiegu legislacyjnym wyniku sprostowania, że ze względu na liczbę przypadków przemocy wobec kobiet w relacji do liczby innych *hate crimes*, uwzględnienie w statystykach pierwszej z kategorii mogłoby spowodować zbagatelizowanie skali drugiej kategorii²⁴.

Przejawy regulacji *przestępstw nienawiści* w prawodawstwie stanowym przybierają zwykle formę tzw. sentence enhancement statutes. Określenie to odnosi się do dokonywanych w rozmaitej, jeżeli idzie o technikę legislacyjną, formie przypadków wyodrębnienia kategorii *hate crimes* w celu zwiększenia stopnia prawnokarnej dolegliwości ponoszonej przez ich sprawców. Redakcja takiego przepisu może przybrać postać wzorowaną np. na ust. 2 art. 222 rozdziału 5. Tytułu 45 Kodeksu Montany (2009)²⁵, który stanowi, że „osoba uznana za winną jakiegokolwiek przestępstwa (...) [z pewnymi wyjątkami, których opis wykraczałby poza ramy opracowania – dop. M.W.] popełnionego z powodu rasy, wyznania, religii, koloru skóry, pochodzenia narodowego lub zaangażowania w działalność na rzecz praw człowieka lub obywatela (...) poza karą przewidzianą dla danego przestępstwa (...) może zostać dodatkowo skazana na karę pozbawienia wolności od lat 2 do 10 (...)”²⁶. Zwiększenie stopnia represji karnej zostało tutaj dokonane przez fakultatywne zaostrożenie sądowego wymiaru kary w wypadku przestępstw dokonywanych m.in. na tle rasowym poprzez – praktycznie rzecz biorąc – podniesienie górnej granicy ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności o 10 lat. Zakwalifikowanie określonego zachowania do kategorii *hate crimes* może również wpłynąć na ustawowe zagrożenie karą w dolnym jego aspekcie. Dla przykładu, tytuł 13A Kodeksu Alabamy (2009)²⁷ stanowiący zresztą – jak wynika z intyulacji – Kodeks Karny,

¹⁷ B. Levin, *From Slavery to Hate Crime Laws: The Emergence of Race and Status-Based Protection in American Criminal Law* w: *Journal of Social Issues. Understanding the Harm of Hate Crime*, Nr 2/2002, s. 235-236

¹⁸ „Whoever, whether or not acting under color of law, by force or threat of force willfully injures, intimidates or interferes with, or attempts to injure, intimidate or interfere with (...) any person because of his race, color, religion or national origin and because he is or has been (...) enrolling in or attending any public school or public college (...)”

¹⁹ J.B. Jacobs, K. Potter, *op. cit.*, s. 38

²⁰ W.J. Krouse, *op. cit.*, s. 11-12

²¹ J.B. Jacobs, K. Potter, *op. cit.*, s. 40

²² *Ibidem*

²³ *Ibidem*, s. 72

²⁴ *Ibidem*, s. 73

²⁵ Używane w obrocie skrótowe oznaczenie tego przepisu jest następujące: 45-5-222. Tekst dostępny jest na stronie internetowej <http://law.justia.com/codes/montana/2009/>

²⁶ Tekst dostępny jest na stronie internetowej <http://law.justia.com/codes/montana/2009/>

²⁷ Tekst dostępny jest na stronie internetowej <http://law.justia.com/codes/alabama/2009/>

zawiera w rozdziale 5. „Kary i wyroki” przepis lit. c art. 13²⁸. Przepis ten znajduje zastosowanie do osoby uznanej za winną popełnienia przestępstwa przestępstwa, wobec którego ponad rozsądną wątpliwość ustalono, że zostało popełnione w wyniku motywacji związanej z rzeczywistą albo wyobrażoną (postrzeganą) rasą, kolorem skóry, religią, pochodzeniem narodowym, przynależnością etniczną, fizyczną lub psychiczną niepełnosprawnością. W takich przypadkach nastąpić może podniesienie dolnej granicy ustawowego zagrożenia ustalonego odrębnie dla poszczególnych grup przestępstw. Dla przykładu, wymiar kary za tzw. zbrodnie kategorii A (*Class A felonies*) popełnione w opisanych wyżej warunkach nie może być niższy niż 15 lat pozbawienia wolności, za zbrodnie kategorii B nie może być niższy niż 10 lat pozbawienia wolności itd.

Na poziomie federalnym kwestia ta została uregulowana w §3A1.1. części A rozdziału 3. wydawanego przez (Stanów Zjednoczonych) Komisję ds. Wyrokowania *Federalnego Podręcznika Zasad Wyrokowania (Sądowego Wymiaru Kary)*²⁹, który stanowi, że jeżeli sąd ustali ponad rozsądną wątpliwość, iż „(...) oskarżony umyślnie wybrał jakąkolwiek ofiarę albo przedmiot własności [jako przedmiot wykonawczy przestępstwa – dop. M.W.] ze względu na rzeczywistą albo postrzeganą rasę, kolor skóry, religię, pochodzenie narodowe, przynależność etniczną, płeć, tożsamość płciową, niepełnosprawność lub orientację seksualną tejże osoby”, wymiar kary ulega zwiększeniu o trzy poziomy.

Już na tle powyższych rozważań mających za przedmiot akty normatywne regulujące, chociażby wycinkowo, *przestępstwa nienawiści* można zaobserwować powodujące zasadnicze rozbieżności. Są one związane z ustaleniem katalogu cech wyróżniających grupy społeczne, które stanowić mogą podstawę wyodrębnienia podkategorii w ramach *hate crimes* w ogólności. W literaturze wskazuje się bowiem, że nie wszystkie podstawy motywacyjne generujące uprzedzenia³⁰ stanowić mogą we współczesnym społeczeństwie amerykańskim kryterium wyodrębnienia *bias crimes*; nie będą nimi np. rzeczywista lub postrzegana zamożność (bądź nędza), alkoholizm, uzależnienie od środków odurzających itp.³¹ Innymi słowy, chociażby tego rodzaju względy stanowiły czynnik decydujący o wiktyimizacji, jest to irrelevantne z punktu widzenia możliwości uznania określonego zachowania się sprawcy jako przejawu *przestępstwa nienawiści*. I choć w zasadzie można zgodzić się z twierdzeniem, że rasizm stanowi przedmiot powszechnego niemal potępienia, to jednak nie społeczeństwo, ale organy władzy publicznej, a precyzyjniej rzecz ujmując – organy władzy ustawodawczej – są źródłem *hate crimes* w tym sensie, że określają grupę „urzędowo naznaczonych uprzedzeń”³². Do czynników tych należą niewątpliwie: rasa, kolor skóry, religia i pochodzenie narodowe; wątpliwości pojawiają się już jeżeli idzie o płeć czy tożsamość płciową³³. Poza tą częścią wspólną katalog cech branych pod uwagę przy tworzeniu kategorii *hate crimes* nie jest jednak ani jednolity w poszczególnych stanach, ani stały. Przeciwnie, jego immanentną cechą wydaje się raczej zmienność w czasie i miejscu, zmierzająca jednak nieodmiennie w kierunku zwiększenia liczby takich czynników, *ergo*, poszerzenia zakresu desygnatów, a co za tym idzie – wzrostu liczby *hate crimes* wykazywanych w statystykach. Warto podkreślić, że trudno o lepszy przykład podatności na manipulację skalą zjawiska, którego wymiar jest wprost zależny od dość dowolnie określanej definicji legalnej.

Dla pełnego zobrazowania zjawiska warto zauważyć, że jeszcze w 1998 roku ustawodawstwo jedynie 18 stanów i Dystryktu Kolumbii za znanie kwalifikujące do kategorii *hate crimes* uwzględniało względy: płci i (lub) orientacji seksualnej³⁴. Obecnie niektóre ustawodawstwa obejmują także okoliczności związane z: uprzedzeniami przeciwko rdzennym Amerykanom, imigrantom, niepełnosprawnym fizycznie i psychicznie, członkom i nieczłonkom związków zawodowych, zwolennikom szerokiego dostępu do aborcji i zwolennikom ruchu pro-life³⁵.

Znamię wyróżniające *hate crime* jest redakcyjnie ujmowane na dwa sposoby. Najczęściej stosowana technika polega na włączeniu w zestaw znamion przestępstwa warunku, aby sprawca dokonał wyboru ofiary „ze względu na” określoną jej cechą („because of”, „by reason of”). Istotą drugiej metody jest wskazanie na szczególną motywację sprawcy. O ile jednak stworzenie kategorii *hate crimes* jest w sferze legislacji zabiegiem łatwym do dokonania, to w praktyce stosowania prawa konieczność ustalenia związku przyczynowego pomiędzy „oficjalnie naznaczonym uprzedzeniem” a zachowaniem przestępnym jest niezwykle trudnym problemem o naturze dowodowej. Na marginesie należy zaznaczyć, że w rzeczywistości na uwzględnianą w statystykach skalę zjawiska wpłynie nie tylko treść definicji legalnej (czy raczej w przypadku federacji – definicji legalnych) *przestępstwa nienawiści*, ale i gotowość organów ścigania (w warunkach amerykańskich w przeważającej mierze – Policji) do takiego właśnie kwalifikowania zachowań, o których wiadomość została przez organy powzięta. W literaturze amerykańskiej pokuszono się nawet o utożsamienie funkcjonariusza policji z twórcą polityki karnej w

²⁸ O tytule „Przestępstwa motywowane rasą, kolorem, religią, pochodzeniem narodowym, przynależnością etniczną, fizyczną lub psychiczną niepełnosprawnością ofiary” („Crimes motivated by victim’s race, color, religion, national origin, ethnicity or physical or mental disability”)

²⁹ Wydanie z 2010 roku jest dostępne na stronie internetowej http://www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/

³⁰ Zastrzec należy, że bez względu na podniesione wyżej wątpliwości wyrażenia *przestępstwa nienawiści* i *przestępstwa z uprzedzenia* będą rozumiane synonimicznie

³¹ J.B. Jacobs, K. Potter, *op. cit.*, s. 16

³² *Ibidem*

³³ Zob. zamieszczone powyżej uwagi na temat *Hate Crimes Statistics Act*

³⁴ J.B. Jacobs, K. Potter, *op. cit.*, s. 30

³⁵ *Ibidem*, s. 40 i n.

tym zakresie³⁶; z pewnych względów, związanych m.in. z niechęcią do wytworzenia negatywnej opinii o danym środowisku, sąsiedztwie czy całej miejscowości jako enklawie rasizmu i ksenofobii, jak również brakiem zainteresowania postępowaniem karnym okazywanym przez pokrzywdzonego i in., przypadki takich zaniedbań mogą okazać się w praktyce bardzo częste³⁷. Gdyby nawet jednak funkcjonowanie organów ścigania było w tym zakresie prawidłowe, trudności związane z ustaleniem i udowodnieniem związku przyczynowego pozostają aktualne. Pracownicy organów stają one bowiem w obliczu problemu charakterystycznego dla wszystkich przestępstw kierunkowych, kiedy to konieczne jest „(...) ustalenie nie tylko tego, *co* się stało, ale *dlaczego* się stało”³⁸. Pytanie wymagające stanowczej odpowiedzi brzmi tak: założywszy milcząco, że przyczynowość ma charakter stopniowalny, jak silny związek przyczynowy pomiędzy czynem a uprzedzeniem musi być, aby tenże czyn móc uznać za *przestępstwo nienawiści*³⁹? Czy wpływ uprzedzenia na podjęcie określonego zachowania się przez sprawcę ma mieć charakter „(...) wyłączny, podstawowy, istotny czy też niewielki”⁴⁰? Posługując się teorią ekwiwalencji⁴¹, czy występujące po stronie sprawcy uprzedzenie może być nawet warunkiem niekoniecznym, bez uszczerbku dla zaistnienia *przestępstwa nienawiści* w konkretnym przypadku? Przenosząc się na chwilę na grunt polskiego systemu prawnego trzeba zauważyć, że zgodnie z dyrektywą określoną w art. 5 § 2 kpk konieczne jest rozstrzygnięcie takich wątpliwości na korzyść sprawcy, co uzasadniałoby tezę, że dane – wątpliwe co do motywacji – zachowanie nie było motywowane uprzedzeniem. Możliwe jest jednak inne, brzemienne w skutkach i – co trzeba podkreślić – niewłaściwie rozwiązane praktyczne. Opiera się ono na zestawie niewątpliwie przydatnych wskazówek podobnych – dla przykładu – do takiej, jakoby w każdym wypadku, gdy sprawcą jest osoba biała, a pokrzywdzonym osoba czarnoskóra, należało milcząco zakładać rasistowski charakter czynu⁴². Takimi „dowodami” (poszlakami w rzeczywistości) spełnienia przez sprawcę znamienia motywu mogą być także użyte przez niego w trakcie czynu słowa, członkostwo w grupach czy *organizacjach nienawiści (hate organizations)*, a także symbole użyte przez sprawców zniszczenia mienia⁴³. Sąd nie przedsięwzięje wówczas wątpliwości (a w każdym razie powziętych przez siebie wątpliwości nie ujawnia), uznaje znamię motywu za udowodnione, a to prowadzi do przesunięcia na oskarżonego ciężaru dowodu tego, że jego zachowanie nie było motywowane przynależnością rasową (bądź inną) pokrzywdzonego. Na gruncie polskiego postępowania karnego taki stan rzeczy może budzić poważne wątpliwości. Wydaje się jednak, że zagrożenie wystąpienia takiej praktyki jest immanentnie związane z funkcjonowaniem w obrocie prawnym przestępstw znamienych motywem bądź pobudką, w tym również *hate crimes*.

Zastrzeżenia może rodzić także otwartość definicji *przestępstwa nienawiści* i jej elastyczność, podatność na poszerzenie zakresu desygnatów. Określenie kategorii zachowań, które mogą ulec przetworzeniu w *hate crime*, jest w prawie polskim niezwykle trudne; w zasadzie bowiem – zważywszy na funkcjonujące na gruncie prawa amerykańskiego definicje legalne – jedynym warunkiem, jaki musi spełniać dany typ przestępstwa, jest jego umyślny charakter⁴⁴. Na gruncie polskiego prawa karnego, którego teoretycy przyjmują zasadniczo zbieżnie, że czynem jest zewnętrzne zachowanie się człowieka, mogące przybrać również formę wyłącznie werbalną (np. publicznego znieważenia innej osoby, dokonane poprzez użycie słów uważanych powszechnie za obelżywe), nie powstają jednak dosyć egzotyczne, ale bardzo interesujące wątpliwości charakterystyczne dla prawa amerykańskiego właśnie. Mowa tu o wyzwaniach stawianym w prawie amerykańskim decyzjom kryminalizacyjnym, a wynikającym w szczególności Pierwszej Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Ograniczają one pole dopuszczalnej penalizacji w zasadzie do przypadków tzw. walczących słów (*fighting words*)⁴⁵. Wyodrębnienie tej kategorii zostało dokonane w uzasadnieniu wyroku zapadłego w sprawie *Chaplinsky v. State of New Hampshire* (1942). W toku postępowania w tejże sprawie Federalny Sąd Najwyższy orzekł o zgodności z konstytucją lokalnego przepisu ustanawiającego odpowiedzialność karną za czyn polegający na publicznym użyciu wobec innej osoby umyślnie znieważających słów (sprawca o nazwisku Chaplinsky użył określeń „cholerny gangster” i „przeklęty faszysta” – „a God-damned racketeer” i „a damned Fascist”)⁴⁶.

Negatywny wynik testu zgodności z konstytucją dało z kolei np. badanie przepisów kryminalizujących zachowania polegające m.in. na paleniu krzyża na terenie przylegającym do budynku, w którym mieszkają pokrzywdzeni (*R.A.V. v. City St. Paul*, 1992)⁴⁷. Uznawszy, że choć organy władzy publicznej są uprawnione do

³⁶ J. Bell, *Policing hatred. Law Enforcement, Civil Rights, and Hate Crime*, Nowy Jork 2004, s. 14 i n.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ *Ibidem*, s. 13

³⁹ N. Hall, *op. cit.*, s. 13

⁴⁰ J.B. Jacobs, K. Potter, *op. cit.*, s. 21

⁴¹ Zob. L. Gardocki, *op. cit.*, s. 73-74

⁴² *Ibidem*, s. 17 ze wskazaną tam literaturą

⁴³ J. Bell, *op. cit.*, s. 17

⁴⁴ Wątpliwości teoretyczne wynikające z rozbieżności w doktrynie odnośnie do tego, czy przestępstwa kierunkowe mogą zostać popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim, czy także w zamiarze ewentualnym zostaną w niniejszym opracowaniu pominięte

⁴⁵ K. Greenawalt, *Fighting words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, New Jersey 1996, s. 50

⁴⁶ *Ibidem*. Tekst wyroku dostępny jest na stronie internetowej <http://supreme.justia.com/us/315/568/case.html>

⁴⁷ P. Starett Wallace Jr., *Hate Crimes: Legal Issues w: Hate Crimes. Legal Issues and Legislation*, Nowy Jork 2008, s. 42

kryminalizowania pewnych zachowań, to jednak uprawnienie to nie pozwala penalizować tych jedynie *walczących słów*, które stanowią wyraz idei, których rząd nie akceptuje⁴⁸, Federalny Sąd Najwyższy uznał przypisane oskarżonemu zachowanie za objęte ochroną Pierwszej Poprawki. Jak bowiem wskazał w tzw. opinii większości jej autor sędzia A. Scalia, wydając kwestionowany przepis miasto St. Paul „(...) nie wyszczególniło szczególnie napastliwych form ekspresji – nie wskazało, dla przykładu, wybranych pod kątem prawnego zakazu tych tylko walczących słów, które przenoszą idee w rzeczywistości zagrażającej (a nie odpychającej jedynie) formie. Odnosiło się raczej do wszelkich przejawów walczących słów, będących nośnikami komunikatów opartych na nietolerancji rasowej, płciowej czy religijnej. Tego rodzaju wybiórczość rodzi taką oto możliwość, że miasto uprzywilejowuje w dopuszczalnej ekspresji pewne idee kosztem upośledzenia innych”⁴⁹.

W toku rozwoju doktryny *fighting words* ograniczono tę niepodlegającą ochronie kategorię w zasadzie wyłącznie do przypadków użycia *walczących słów* zmierzających ku nakłonieniu (wywołaniu) bezpośredniego (niezwłocznego) zakłócenia pokoju, przy czym to „zmierzanie ku bezpośredniemu zakłóceniu pokoju” należy rozumieć jako nakłonienie adresata tychże słów do zastosowania przemocy⁵⁰. Jak się wydaje, z tego właśnie względu odmiennej treści rozstrzygnięcie zapadło przed Federalnym Sądem Najwyższym w sprawie *Wisconsin v. Mitchell* (1993). W pierwszej instancji T. Mitchell, któremu zarzucono czyn polegający na tym, że po zakończeniu seansu filmu „Mississippi Burning” nakłonił grupę innych uczestników projekcji do pobicia białego chłopca⁵¹, został skazany na karę 7 lat pozbawienia wolności orzeczonej w związku z obowiązującym *hate crime enhancement statute* za udział w pobiciu w typie kwalifikowanym. Sąd Najwyższy stanu Wisconsin uznał przepis za niezgodny z konstytucją; jak się okazało – błędnie. Federalny Sąd Najwyższy wyróżnił bowiem przepisy karne ukierunkowane na (zwalczane) poglądy (*viewpoints*) od przepisów penalizujących zachowania (*conducts*)⁵². Przepis stanowiący podstawę wymiaru kary w tej sprawie został zaś zakwalifikowany do drugiej, dopuszczalnej kategorii. Paradoksalnie, na pierwszy rzut oka wydaje się, że każdy z wydanych przez Federalny Sąd Najwyższy wyroków powinien zapaść w drugiej ze spraw; czyn Mitchella (podżeganie do wzięcia udziału w pobiciu) polegał bowiem na użyciu mowy (która – co do zasady – podlega konstytucyjnej ochronie), zaś zachowanie R.A.V. – na zachowaniu niewerbalnym (paleniu krzyża). Wskazać jednak należy, że zwłaszcza zapadły w sprawie *R.A.V. v. City of St. Paul* wyrok został poddany krytyce⁵³.

W podsumowaniu niniejszego artykułu należy zauważyć, że próba stworzenia definicji pojęcia *hate crimes* daje zazwyczaj rezultat następujący: jest to jakiegokolwiek przestępstwo przeciwko innej osobie bądź przedmiotowi własności, w którym sprawca umyślnie wybiera pokrzywdzonego ze względu na jego rzeczywistą (*actual*) lub wyobrażoną/postrzeżaną (*perceived*) cechę: rasę, kolor skóry, religię, pochodzenie narodowe, przynależność etniczną, płeć, niepełnosprawność lub orientację seksualną. Taka definicja nie jest obarczona wątpliwościami związanymi z wykładnią znamion „nienawiść” i „uprzedzenie”. Dyskusyjny jest już jednak wskazany w niej katalog okoliczności, które stanowią kryterium kwalifikujące określone grupy zachowań do grupy *hate crimes*. Polskie ustawodawstwo karne nie wyodrębnia tak rozumianego *przestępstwa nienawiści* ani jako *sui generis* jednego typu czynu zabronionego o właściwym sobie zestawie znamion⁵⁴, ani jako szczególnej kategorii uzasadniającej zastosowanie wyższego wymiaru kary⁵⁵. Otwarte pozostaje zatem pytanie, czy zważywszy na opisane wyżej wątpliwości związane z funkcjonowaniem takiej kategorii w systemie prawnym Stanów Zjednoczonych, istnieje potrzeba jej stworzenia na gruncie prawodawstwa polskiego; jeżeli zaś odpowiedź na to pytanie jest twierdząca – jaką formę powinna ta instytucja przyjąć i jakie funkcje w prawie karnym pełnić.

⁴⁸ J.B. Jacobs, K. Potter, *op. cit.*, s. 124

⁴⁹ Zob. s. 17-18 wyroku. Tekst dostępny jest na stronie internetowej <http://supreme.justia.com/us/505/377/case.html>

⁵⁰ J.B. Jacobs, K. Potter, *op. cit.*, s. 113. Zob. także F. Lawrence, *Punishing Hate. Bias Crimes Under American Law*, Harvard 2002, s. 99 i n.

⁵¹ Oskarżony miał zwrócić się do nich słowami „Czy jesteście tak podjarani, żeby ruszyć jakichś białych? (...) Chcecie kogoś wpierdolić? Tam idzie jakiś biały chłopak. Dorwijcie go”

⁵² J.B. Jacobs, K. Potter, *op. cit.*, s. 126

⁵³ Zob. J. Butler, *Walczące słowa*, Warszawa 2010, s. 63 i n.

⁵⁴ Choć w przepisach art. 119, art. 256 oraz art. 257 kodeksu karnego stypizowane zostały przestępstwa, które do tej kategorii można zaliczyć

⁵⁵ Nie ulega jednak kwestii, że ta uznawana ze szczególnie karygodną motywacja sprawcy powinna wpłynąć na zwiększenie represji w ramach ustawowego zagrożenia karą ze względu na wyższy stopień społecznej szkodliwości, a zatem na podstawie art. 53 § 1 kodeksu karnego w zw. z art. 115 § 2 kodeksu karnego