

Pamięć o Holokauście chroniona prawem

Aleksandra Gliszczyńska-Grabias

Doktor nauk prawnych, adiunkt w Poznańskim Centrum Praw Człowieka – Instytut Nauk Prawnych PAN
ORCID: 0000-0002-0578-6669, aggrabias@gmail.com

1. Wprowadzenie

W *Przemysławie Zagładę*, jednej z najważniejszych książek na temat Holokaustu, Yehuda Bauer wskazuje możliwe odpowiedzi na pytanie o „wyjątkowy” czy „unikalny” charakter tej zbrodni ludobójstwa, który sprawia, że również w społecznej świadomości pozostaje ona odmienna i osobna od jakże wielu innych zbrodni dokonywanych na przestrzeni dziejów¹. Jak zauważa: „(...) zaplanowana całkowita eksterminacja narodu była katastrofą cywilizacji ludzkiej, niemającą precedensu w historii”². Bauer pisze o wymordowaniu Żydów (dalej: Zagłada, Holokaust, *Shoah*) jako o szczególnym przypadku ludobójstwa: totalnego, globalnego i ideologicznego. Podkreśla też, że: „To wyjątkowy charakter Zagłady pozwala na porównanie jej z innymi przypadkami ludobójstwa i przedstawienie jej jako przestrogi”³. Bauer przywołuje słowa innego wybitnego badacza Holokaustu, Saula Friedländera, który wskazywał, że problemy, jakie niesie ze sobą Zagłada, nie zostały rozwiązane, a historykom ją badającym towarzyszy ciągły „niepokój”⁴. Być może uznać należy,

¹ Cenne rozważania na temat uniwersalnego, a zarazem i unikalnego charakteru tego ludobójstwa oraz kontrowersji powstających na styku tych wymiarów Zagłady zawarte są w N. Levi, M. Rothberg (red.), *The Holocaust. Theoretical Readings*, Edinburgh 2003.

² Y. Bauer, *Przemysławie Zagładę*, Żydowski Instytut Historyczny, Warszawa 2016, s. 20.

³ *Ibidem*, s. 337.

⁴ *Ibidem*, s. 26.

że jest on również udziałem tych wszystkich, którzy zajmują się badaniami nad Zagładą w innych wymiarach, w tym także w wymiarze prawnym.

Pokłosie Zagłady obecne jest w prawie w bardzo wielu jego odsłonach. Prawna ochrona miejsc pamięci o Zagładzie, w tym terenów byłych obozów koncentracyjnych, kwestie związane z odszkodowaniami i restytucją czy wreszcie przepisy penalizujące publiczne głoszenie pochwały nazizmu lub tzw. kłamstwa oświęcimskiego, czyli negowania faktu dokonania Zagłady, oraz zakazy funkcjonowania partii politycznych i innych organizacji odwołujących się do nazizmu i faszyzmu – wszystkie one stanowią przykłady silnego wpływu Holokaustu na treść normatywną prawa oraz jego interpretacje, dokonywane z uwzględnieniem owego wyjątkowego charakteru Zagłady, o którym pisał Bauer⁵. Wpływ ten ukazany jest ze szczególną wyrazistością w przypadku Niemiec, w sposób oczywisty obarczonych innego rodzaju odpowiedzialnością za stanie na straży również prawnego wymiaru ochrony pamięci o ofiarach *Shoah*. Dlatego też reakcja prawna w Niemczech na przypadki trywializowania Holokaustu poprzez m.in. posługiwanie się przez członków ruchu antyszczepionkowego symbolami żółtej gwiazdy Dawida czy hasłami nawiązującymi do *Shoah* w kontekście szczepień przeciwko COVID-19 była zdecydowana: niemiecka policja rozwiązywała zgromadzenia, podczas których pojawiały się tego rodzaju symbole i hasła, a do sądów skierowano właściwe akty oskarżenia⁶.

Znaczenie Holokaustu w generalnym wymiarze prawnym dostrzegalne jest jednak przede wszystkim w samej genezie powojennego międzynarodowego prawa praw człowieka, w tym również w ustanowieniu Konwencji ONZ w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa. Za pomocą poszczególnych traktatów i przepisów prawa międzynarodowego odpowiadano na potrzebę ustanowienia

⁵ Na temat tych związków i wpływów Holokaustu na prawo zob. w szczególności M. Bazylert, *Holocaust, Genocide, and the Law: A Quest for Justice in a Post-Holocaust World*, New York 2017.

⁶ O reakcji tej donosiła prasa: R. Steinke, *Missbrauch des „Judensterns“ kann jetzt verfolgt werden*, *Süddeutschen Zeitung*, 30.11.2021 r., <https://www.sueddeutsche.de/politik/coronaleugner-judenstern-gerichtsurteil-holocaust-verharmlosung-1.5476560?reduced=true> (dostęp: 12.02.2022); P. Olterman, *Germany to crack down on Covid protesters in yellow star badges*, *The Guardian*, 26.02.2022 r., <https://www.theguardian.com/world/2022/jan/26/germany-to-crack-down-on-covid-protesters-in-yellow-star-badges> (dostęp: 12.02.2022). Co znamienne, do takich zdarzeń doszło również w Polsce, gdzie nawet posłowie na Sejm RP występowali podczas wieców ruchów antyszczepionkowych na tle transparentu „Szczepienie czyni wolnym”, stylizowanego na znajdujący się nad bramą obozu w Auschwitz napis „Arbeit macht frei”. Nie spotkały się one jednak z żadną reakcją prawną. Zob. D. Sitnicka, *Transparent „Szczepienie czyni wolnym” to nie wypadek przy pracy. Tak Konfederacja pogrywa epidemią*, *OKOPress*, 18.12.2021 r., <https://krakow.wyborcza.pl/krakow/7,44425,27914191,poslowie-konfederacji-pod-transparentem-szczepienie-czyni-wolnym.html> (dostęp: 12.02.2022).

gwarancji zapobieżenia przyszłym ludobójstwom, zagwarantowania praw i wolności mniejszościom oraz zwalczania przejawów dyskryminacji, nienawiści i uprzedzeń, które wiązały się bezpośrednio z przyczynami Zagłady. Choć jak dowiodła historia okresu powojennego lub zasadniczo: jak przekonujemy się o tym cały czas – gwarancje te są niedoskonałe i zbyt często nieskuteczne, należy jednak nadal postrzegać je jako dowód zwycięstwa wysiłku wspólnoty międzynarodowej w kierunku zachowania pamięci o Holokauście oraz realizacji zobowiązania wyrażonego w wezwaniu „Nigdy więcej!”⁷.

Powiązania z Zagładą odnajdujemy również w powojennym rozumieniu doktryny demokracji obronnej (niem. *Wehrhafte Demokratie*), która w najbardziej rozpowszechnionym ujęciu dotyczy wprowadzania do systemów prawnych środków bezpieczeństwa, które mają zapobiegać podważaniu zasad demokratycznego państwa prawa, m.in. poprzez ograniczanie wpływów środowisk ekstremistycznych⁸. Środki te to przede wszystkim zmiany legislacyjne, zakazy administracyjne, bariery w systemach wyborczych, jak również na poziomie politycznym – bojkotowanie określonych ugrupowań przez innych aktorów sceny politycznej. Koncepcja demokracji obronnej, choć jej początków można upatrywać już u Platona i Monteskiusza, rozwinęła się w latach 30. XX wieku za sprawą Karla Loewensteina, niemieckiego prawnika i politologa żydowskiego pochodzenia i uciekiniera z nazistowskich Niemiec. W obliczu Zagłady nabrała szczególnego znaczenia i stała się podstawą prawnej walki ze zjawiskami będącymi częściami składowymi siły, która doprowadziła do Holocaustu.

Z Zagładą w sposób ścisły wiąże się również kategoria tzw. praw pamięci (ang. *memory laws*, fr. *lois mémorielles*, niem. *Erinnerungsgesetze*), będących, zasadniczo, przeniesieniem określonej narracji historycznej do kategorii obowiązujących przepisów prawa⁹. Najbardziej klasycznym przykładem praw pamięci pozostają

⁷ „Nigdy więcej” to wyrażenie powszechnie kojarzone z Holocaustem i innymi ludobójstwami. Podobno używali go wyzwoleni więźniowie obozu koncentracyjnego w Buchenwaldzie, aby wyrazić iswoje antyfaszystowskie nastroje. Zob. Philogos, *What Is the Source of the Phrase “Never Again”?*, Mosaic, 21.06.2017 r.

⁸ W literaturze przedmiotu najczęściej spotyka się określenie „militant democracy”, której dosłowne tłumaczenie oznacza „demokrację walczącą” lub „demokrację wojującą”. W piśmiennictwie niemieckim często pojawiają się jednak również inne określenia, kładące nacisk na obronną funkcję jej założeń. Mowa jest zatem o „demokracji przywiązanej do wartości” (niem. *wertgebunde Demokratie*), „demokracji czuwającej” (niem. *wachsame Demokratie*) czy „demokracji gotowej do obrony” (niem. *abwehrbereite Demokratie*). Zob. klasyczną pracę K. Loewensteina, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, *The American Political Science Review* 1937, t. 31, nr 3.

⁹ Całościowo na temat praw pamięci zob. U. Belavusau, A. Gliszczyńska-Grabias, *Law and Memory: Towards Legal Governance of History*, Cambridge 2017.

obowiązujące niemal w całej Europie – w różnej formie – prawne zakazy publicznego negowania, umniejszania czy trywializowania Zagłady. Przyjęcie ich do krajowych porządków prawnych stanowiło nie tylko wyznacznik przynależności do powojennej europejskiej przestrzeni i kultury prawnej, lecz również, w dalszej perspektywie czasowej, jedną z przepustek dla państw aspirujących do dołączenia do Unii Europejskiej¹⁰. Przepisy karne dotyczące pamięci i negowania Zagłady pojawiły się w latach 80. i 90. XX wieku i rozprzestrzeniły się, poczynając od Niemiec, na obszarze całej Europy kontynentalnej. Model niemiecki był stopniowo rozszerzany, zaczynając od przepisów zakazujących negowania Holokaustu *per se*, aż po penalizowanie zaprzeczania również innym konkretnym ludobójstwom (takim jak ludobójstwo Ormian) czy wręcz generalne zakazy negacji ludobójstw. Podczas niemieckiej prezydencji w Radzie Europy w 2008 roku takie przepisy zostały wprowadzone do prawa wtórnego Unii Europejskiej na mocy decyzji ramowej Rady 2008/913/WSiSW z 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych.

Jednak pomimo ewidentnej obecności odniesień do pamięci o Holokauście w prawie, równoległe występują tendencje mające pamięć tę osłabić lub zniekształcić. Tendencje te mają różne źródła i motywacje. Niektóre dotyczą kwestii politycznych i ideologicznych, takich jak polska nowelizacja ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej z 2018 r., w której jednym z ewidentnych motywów kierujących inicjatorami tej legislacyjnej zmiany była chęć wywarcia wpływu na publiczną narrację na temat charakteru i znaczenia udziału Polaków w zbrodniach dokonywanych na Żydach podczas II wojny światowej i Zagłady¹¹. Inne z kolei związane są z dokonywaniem pewnego ważenia praw i wolności, z pominięciem odniesień do przeszłości i *Shoah*. Taka sytuacja ma miejsce między innymi w przypadku sporu o zakazy uboju rytualnego: Wielka Izba Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

¹⁰ Najbardziej kompleksowo o zagadnieniu negacjonizmu w ujęciu prawnym zob. E. Fronza, *Memory and Punishment Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, Berlin 2018 oraz R.A. Kahn, *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, New York 2004. Jednocześnie wskazać należy na fakt, że na temat zasadności penalizowania m.in. publicznego głoszenia kłamstwa oświęcimskiego od lat toczy się intensywna debata. Argumenty strony przeciwnej penalizacji (w tym m.in. obawy o dekretowanie prawdy historycznej, dawanie negacjonistom argumentu w postaci zarzutu o ograniczanie ich wolności wypowiedzi w celu ukrycia prawdy o Zagładzie) dobrze podsumowuje Guenter Lewy, choć czyni to z pozycji historyka i politologa. Zob. G. Lewy, *Outlawing Genocide Denial. The Dilemmas of Official Historical Truth*, Salt Lake City 2014.

¹¹ Szeroko na temat nowelizacji zob. A. Gliszczyńska-Grabias, *Deployments of Memory with the Tools of Law – the Case of Poland*, *Review of Central and East European Law* 2019, t. 44, nr 4. Zob. również M. Wyrzykowski, *Waking up Demons: Bad Legislation for an Even Worse Case*, *European Papers* 2020, t. 5, nr 3.

zdecydowała niedawno o zgodności takich zakazów (wprowadzonych w Belgii) z prawem unijnym, choć w kontrargumentach przedstawianych przez organizacje żydowskie w Europie nawiązania do podobnych zakazów obowiązujących w niemieckich Niemczech i mających ściśle antysemitki charakter były wyraźnie podnoszone¹².

Niniejszy artykuł składa się zasadniczo z dwóch części. Pierwszą poświęcono znaczeniu i roli Holokaustu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC, Trybunał), wraz ze wskazaniem najbardziej problematycznych aspektów uczynienia przez Trybunał strasburski z pamięci o Zagładzie pewnego rodzaju tabu, w drugiej zaś przedstawione zostały tendencje odwrotne i przykłady pomijania, a nawet deprecjonowania bądź zniekształcania odniesień do Zagłady w przepisach prawa i orzecznictwie, zarówno w wymiarze poszczególnych państw, jak i tym międzynarodowym. Artykuł zamykają konkluzje.

2. Europejski Trybunał Praw Człowieka jako wytrwały „strażnik pamięci” o Holokauście

Jednym z kamieni węgielnych powstania europejskiego systemu ochrony praw człowieka, funkcjonującego w ramach Rady Europy i koncentrującego się wokół orzecznictwa ETPC, było dążenie do stworzenia remedium na zniszczenie podstawowych wartości moralnych, do którego doszło podczas II wojny światowej.

Jedną z cech charakterystycznych, wyróżniających europejski system ochrony praw człowieka jest włączenie jego instrumentów i działań w wysiłki na rzecz zapobiegania antysemityzmowi, rasizmowi i ksenofobii¹³. Przeciwdziałanie różnym formom rasizmu jest głęboko zakorzenione w całym europejskim systemie ochrony praw człowieka i stanowi integralną część gwarancji praw i wolności każdej jednostki oraz grupy. Joseph Roubache, honorowy wiceprezes Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawników i Jurystów Żydowskich, mówił o takim stosunku Rady Europy do antysemityzmu, podkreślając jednocześnie ścisłą zależność tego faktu

¹² Zob. wyrok TSUE z 17.12.2020 r., C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others v. Vlaamse Regering*, EU:C:2020:1031.

¹³ Na I Szczycie Szefów Państw i Rządów Państw Rady Europy, który odbył się w październiku 1993 r. w Wiedniu, RE silnie zasygnalizowała swoje zaangażowanie w przeciwdziałanie wszelkim formom uprzedzeń, w tym antysemityzmowi. Przyjęta wówczas Deklaracja i Plan działania „Walka z rasizmem, ksenofobią, antysemityzmem i nietolerancją” umożliwiły Radzie Europy i każdemu z jej państw członkowskich ustalenie priorytetów w walce z rasizmem. Oba dokumenty są dostępne tu: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680536c83 (dostęp: 12.02.2022).

od zbrodni Holokaustu, stanowiącej jeden z konstytuujących elementów genyzy tej organizacji¹⁴.

Z całą pewnością to jednak Trybunał, poprzez swoje orzeczenia, pozostaje najbardziej znaczącym strażnikiem pamięci o Holokauście i jego ofiarach. To bowiem wiążące i interpretujące Konwencję orzecznictwo w sposób najbardziej doniosły współtworzy standard ochrony praw człowieka w państwach Rady Europy. Przez ostatnie dziesięciolecia Trybunał (a wcześniej, przed reformą systemu strasburskiego, również Komisja Praw Człowieka) zbudował – w odniesieniu do pokłosa Holokaustu – jednoznaczną i stabilną linię orzeczniczą, stającą po stronie pamięci ofiar *Shoah*.

2.1. Publiczne głoszenie treści antysemickich i kłamstwa oświęcimskiego

Badając skargę francuskiego komika słynącego z antyizraelskich i antysemickich wypowiedzi, który na mocy decyzji sądów krajowych został skazany za publiczne znieważanie osób pochodzenia żydowskiego, Trybunał wyraził stanowcze zdanie na temat zagrożeń związanych z szerzeniem antysemickich i negacjonistycznych treści w przestrzeni publicznej¹⁵. Uczynił tak wobec działania skarżącego, przedstawianego jako performans i wyraz działalności artystycznej, które zasadniczo pozostają pod bardzo ścisłą ochroną gwarancji swobody wypowiedzi, nawet jeśli przekaz otrzymywany przez odbiorców szokuje czy niepokoi¹⁶. Podczas występu na jednej ze scen artystycznych Paryża skarżący zaprosił na scenę jednego z najbardziej znanych na świecie kłamców oświęcimskich, Roberta Faurissona, wielokrotnie skazywanego we Francji za negowanie istnienia komór gazowych w obozach

¹⁴ J. Roubache, *The Council of Europe was the First to Recognize the Relationship between Racism and Antisemitism*, Justice 2000, nr 23, s. 8.

¹⁵ Wyrok ETPC z 20.10.2015 r., skarga nr 25239/13, *M'Bala M'Bala przeciwko Francji*.

¹⁶ Podstawowym rozstrzygnięciem definiującym tę optykę Trybunału pozostaje wyrok w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*: „Wolność wyrażania opinii stanowi jeden z zasadniczych fundamentów społeczeństwa [demokratycznego] i jeden z podstawowych warunków jego postępu i samorealizacji każdej jednostki. Z zastrzeżeniem art. 10 ust. 2 [Europejskiej Konwencji Praw Człowieka] prawo to ma zastosowanie nie tylko do «informacji» lub «idei», które są przyjmowane korzystnie lub postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne, lecz również do takich, które mogą być obraźliwe, szokujące lub niepokojące dla Państwa lub dowolnej grupy społecznej. Takie są wymogi pluralizmu, tolerancji i otwartości umysłu, bez których «demokratyczne społeczeństwo» nie istnieje. Oznacza to między innymi, że wszystkie «formalności», «warunki», «ograniczenia» i «kary» obowiązujące w tej sferze muszą być współmierne do realizowanego uprawnionego celu”. Wyrok ETPC z 7 grudnia 1976 r., skarga nr 5493/72, *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, para. 49. Tłumaczenie za: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_POL.pdf (dostęp: 10.02.2022).

koncentracyjnych¹⁷. Następnie M'Bala M'Bala przyznał Faurissonowi „nagrodę za wyjątkowość i zuchwałość”, którą wręczał aktor ubrany w piżamę przypominającą pasiaki żydowskich więźniów obozów koncentracyjnych, z naszytą żółtą gwiazdą ze słowem „Żyd”.

Trybunał uznał skargę za niedopuszczalną (jako niezgodną *ratione materiae*), przywołując art. 17 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC, Konwencja), zakazujący nadużywania i niweczenia praw przyznanych w Konwencji. W szczególności Trybunał uznał, iż pod fałszywym szyldem artystycznego przedstawienia skarżący promował negacjonizm i najbardziej drastyczne antysemityczne stereotypy, poniżające dla osób pochodzenia żydowskiego. W ocenie Trybunału nie był to występ artystyczny, który – nawet w formie satyry czy prowokacji – mieściłby się w zakresie ochrony wolności wypowiedzi gwarantowanej w art. 10 EKPC. Był to bowiem przejaw szerzenia nienawiści i antysemityzmu oraz negacji Holokaustu. Co jednak najistotniejsze, Trybunał sformułował w swej decyzji bardzo daleko idący wniosek dotyczący tego rodzaju antysemitycznej mowy nienawiści i zaprzeczania Zagładzie, uznając, że: „Pod pozorem artystycznego występu dokonano czynu równie niebezpiecznego jak nagły, bezpośredni atak, stanowiący podstawę dla szerzenia ideologii sprzecznej z wartościami Europejskiej Konwencji”¹⁸.

O progresywnej i rozszerzającej interpretacji przez Trybunał zakresu ochrony przed antysemitką mową nienawiści świadczy również jedno z najnowszych orzeczeń, wydane w sprawie *Behar i Gutman przeciwko Bułgarii*¹⁹, w którym stwierdził, że Bułgaria nie wywiązała się z pozytywnego obowiązku zapewnienia właściwej ochrony przed dyskryminacją i nienawiścią ze względu na pochodzenie etniczne, i zagwarantowania poszanowania życia prywatnego skarżących, które ucierpiało na skutek publicznego szerzenia skrajnie antysemitycznych treści. W konsekwencji doszło do naruszenia art. 8 i art. 14 Konwencji. Skarżący w sprawie – dwie osoby pochodzenia żydowskiego – na poziomie bułgarskich sądów krajowych bezskutecznie próbowały dochodzić stwierdzenia naruszenia ich praw, do którego doszło poprzez rozpowszechnianie antysemitycznych treści, w tym tych zaprzeczających Holokautowi, przez bułgarskiego polityka, lidera skrajnie nacjonalistycznego ugrupowania. ETPC zajął się w pierwszej kolejności analizą pytania prawnego, które bardzo często rozpatrywane jest też w sądach krajowych w podobnych sprawach, a zatem czy w przypadku treści i wypowiedzi skierowanych przeciwko całej grupie – etnicznej, religijnej, narodowej – możliwe jest stwierdzenie naruszenia praw konkretnej

¹⁷ Działalność Faurissona jako stanowiącą negacjonizm i naruszającą granicę wolności wypowiedzi określił również Komitet Praw Człowieka ONZ, rozpatrując jego skargę. Por. decyzję Komitetu z 8.11.1996, skarga nr 550/1993, *Faurisson przeciwko Francji*.

¹⁸ *M'Bala M'Bala przeciwko Francji*, para. 39.

¹⁹ Wyrok ETPC z 16.02.2021 r., skarga nr 29335/13, *Behar i Gutman przeciwko Bułgarii*.

jednostki należącej do takiej grupy, mimo że osoba ta nie została wymieniona „z imienia i nazwiska” w takiej dyskryminującej czy nienawistnej wypowiedzi. Badając tę kwestię, ETPC zauważył, że przy ocenie, czy określone wypowiedzi mogły rzeczywiście wpłynąć na członków danej grupy w sposób wywołujący u nich poczucie braku własnej wartości, zastraszenia i dyskryminacji, należy uwzględnić szereg kryteriów. Należą do nich m.in. kryterium charakterystyki grupy, jakiej dotyczą dyskryminacyjne i nienawistne wypowiedzi: czy należy ona do tzw. grup wrażliwych oraz czy w perspektywie historycznej była stygmatyzowana. W omawianej sprawie kluczowe znaczenie miał fakt, iż rozpowszechniane przez polityka będącego wówczas u szczytu swojej popularności treści były w sposób jednoznaczny antysemickie i stygmatyzujące Żydów, mające wzbudzać wobec nich skrajnie negatywne uczucia. ETPC podkreślił również, że zawierały tzw. kłamstwo oświęcimskie, poprzez co należy je klasyfikować, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w Strasburgu, jako pozostające poza zakresem ochrony swobody wypowiedzi i naruszające godność ofiar *Shoah*. Konkludując, ETPC uznał, że treści te w realny sposób mogły wpływać na poczucie własnej wartości i tożsamości osób pochodzenia żydowskiego, a w konsekwencji naruszać ich prawo do prywatności, jak również zakaz dyskryminacji.

Do dziś ETPC w każdej z badanych przez siebie spraw, w której skarżącymi były osoby ukarane na poziomie krajowym za głoszenie antysemickich treści, pronazistowskiej propagandy bądź kłamstwa oświęcimskiego, zawsze odmawiał im ochrony na podstawie Konwencji, choć z różnymi uzasadnieniami²⁰. Rozpatrując niektóre z tych skarg, ETPC uznał ingerencję państwa w art. 10 (prawo do wolności słowa) za „konieczną w demokratycznym społeczeństwie”. W innych przypadkach opierał się na art. 17 (zakaz nadużywania praw w celu podważenia podstawowych wartości EKPC) jako uzupełniającej lub jedynej podstawie swojego *dictum*, uznając skargi za niezgodne *ratione materiae* z EKPC.

Zauważyć przy tym należy, że wyłączenie tych ściśle związanych z pokłosiem Zagłady wypowiedzi ze sfery treści chronionych w ramach gwarancji wolności słowa jest charakterystyczne nie tylko dla orzecznictwa strasburskiego: większość państw Rady Europy ma ustawy antynegacjonistyczne i penalizujące antysemicką mowę nienawiści. To europejskie podejście oparte jest na przekonaniu o konieczności ochrony godności ofiar Holokaustu i utożsamianiu zaprzeczenia tej zbrodni z przejawem antysemityzmu. Najpełniej istotę tego ujęcia oddaje decyzja ETPC w sprawie *Garaudy przeciwko Francji*:

²⁰ Szeroko na temat różnych metod orzeczniczych stosowanych w tym zakresie przez ETPC zob. I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Kraków 2002.

„Nie ulega wątpliwości, że zaprzeczanie jasno ustalonym faktom historycznym, takim jak Holokaust, jak czyni to skarżący w swojej książce, nie stanowi badań historycznych polegających na poszukiwaniu prawdy. (...) rzeczywistym celem jest rehabilitacja reżimu narodowosocjalistycznego, a w konsekwencji oskarżenie samych ofiar o fałszowanie historii. Negowanie zbrodni przeciwko ludzkości jest zatem jedną z najpoważniejszych form rasistowskiego zniesławiania Żydów i podżegania do nienawiści przeciwko nim. Zaprzeczanie lub zniekształcanie tego typu faktów historycznych podważa wartości, na których opiera się walka z rasizmem i antysemityzmem i stanowi poważne zagrożenie dla porządku publicznego. Takie czyny są niezgodne z demokracją i prawami człowieka, ponieważ naruszają prawa innych”²¹.

2.2. Niedozwolone porównania

Jedną z najbardziej charakterystycznych cech orzecznictwa ETPC w odniesieniu do przeszłości i pamięci o Holokauście jest uznanie niedopuszczalności – w kontekście swobody wypowiedzi – porównań trywializujących tę przeszłość i pamięć.

W wyroku ETPC w sprawie *PETA przeciwko Niemcom* Trybunał w sposób wyraźny stanął na straży godności ofiar Holokaustu, naruszonej poprzez kampanię organizacji działającej na rzecz ochrony praw zwierząt. Niemiecki oddział organizacji People for the Ethical Treatment of Animals (PETA) planował w 2004 r. rozpocząć kampanię reklamową pod hasłem „Holokaust na twoim talerzu”. Kampania miała polegać m.in. na publicznej prezentacji plakatów, z których każdy zawierał fotografię więźniów obozów koncentracyjnych wraz ze zdjęciem zwierząt trzymanyh w naruszających ich dobrostan warunkach. Jeden z plakatów przedstawiał fotografię wychudzonych, nagich więźniów obozu koncentracyjnego wraz z zestawionym zdjęciem wygłodniałego zwierzęcia, z podpisem: „chodzące szkielety”, ale także fotografię ułożonych w stos martwych ciał ludzkich wraz ze zdjęciem stosu zabitych świń, z hasłem „ostateczne upokorzenie”, które stanowiło bezpośrednie nawiązanie do określenia „ostateczne rozwiązanie”, a zatem decyzji o eksterminacji całej ludności żydowskiej w okupowanej przez hitlerowskie Niemcy Europie. Niemieckie sądy wydały zakaz przeprowadzenia kampanii ze względu na drastyczne naruszenie godności ludzkiej ofiar Holokaustu. W swojej skardze do ETPC PETA argumentowała, że zakazy naruszały art. 10 EKPC: PETA podkreśliła, że jej kampania nie miała na celu poniżenia ofiar Holokaustu ani banalizowania ich cierpienia.

Jednak ETPC podzielił zdanie sądów niemieckich i uznał, że doszło do „instrumentalizacji” cierpienia, która naruszyła dobra osobiste Żydów mieszkających

²¹ Decyzja ETPC o niedopuszczalności z 7.07.2013 r., skarga nr 64496/17, *Garaudy przeciwko Francji*, s. 23–24.

w Niemczech i ocalałych z Holocaustu²². Jak dodał, naruszenie to zostało dodatkowo pogłębione przez fakt, że ofiary Holocaustu zostały przedstawione w najbardziej wrażliwym, bezbronny stan²³.

Na kanwie sprawy *PETA* powróciło jednocześnie ważne zagadnienie i pytanie związane ze sposobem rozstrzygania przez ETPC spraw dotyczących Zagłady i sposobów regulowania ochrony pamięci o niej w ustawodawstwie krajowym. W uzasadnieniu przedstawionym przez ETPC pojawiła się bowiem uwaga, która może budzić wątpliwości: ETPC stwierdził, że faktów sprawy nie można oderwać od konkretnego kontekstu historycznego niemieckiej przeszłości, a sądy w innych krajach – rzekomo nieobciążonych historyczną odpowiedzialnością za Holocaust – mogą odnosić się do podobnych problemów w inny sposób. W zgodnej opinii sędziowie Zupančič i Spielmann słusznie zaprotestowali, uznając takie podejście za „relatywizację niedopuszczalnego wykorzystania wolności wypowiedzi”²⁴.

Osobną kategorią spraw związanych z porównaniami do Holocaustu i nazizmu są rozstrzygnięcia ETPC w sprawach *Hoffer i Annen przeciwko Niemcom* (porównanie aktywności zawodowej lekarza przeprowadzającego zabiegi legalnej aborcji do zbrodni Holocaustu)²⁵ oraz *Wabl przeciwko Austrii* (użycie przez polityka określenia „nazistowskie dziennikarstwo” w odniesieniu do artykułów prasowych, w których zarzucano mu, że jest chory na AIDS)²⁶. W obu przypadkach skarżący byli osobami skazanymi w swoich krajach za porównywanie działań innych osób z praktykami i zbrodniami nazistowskimi i w obu ETPC nie stwierdził naruszenia wolności wypowiedzi, ponieważ porównania te przekraczały granice dopuszczalnych – nawet bardzo ostrych w swej wymowie – wypowiedzi. Wspólnym mianownikiem wszystkich wskazanych wyżej spraw jest to, że porównanie z nazizmem i Holocaustem jest uznawane przez ETPC za niedopuszczalne nadużycie wolności wypowiedzi właśnie ze względu na brzemień historycznej pamięci.

Cytowane już wcześniej orzeczenie w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii* zakreśliło bardzo szeroki zakres dla ochrony wolności wypowiedzi. Od czasu wydania tamtego wyroku ETPC zasadniczo utrzymuje standard pozwalający na obecność w przestrzeni publicznej bardzo nawet kontrowersyjnych treści, w tym kontrowersyjnych porównań. Ponownie jednak, w przypadku porównań do Holocaustu i tych odnoszących się do nazistowskiej przeszłości, ETPC ustawia granice

²² Wyrok ETPC z 8.11.2012 r., skarga nr 43481/09, *Peta Deutschland przeciwko Niemcom*, para. 35–36.

²³ *Ibidem*, para. 48.

²⁴ *Ibidem*, zdanie odrębne sędziów Zupančič i Spielmanna.

²⁵ Wyrok ETPC z 1.13.2013 r., skargi nr 397/07 i 2322/07, *Hoffer i Annen przeciwko Niemcom*.

²⁶ Wyrok ETPC z 21.03.2000 r., skarga nr 24773/94, *Wabl przeciwko Austrii*.

dla dopuszczalnych treści w innym miejscu, wyraźnie akcentując przewagę konieczności ochrony pamięci o *Shoah* i jej ofiarach.

2.3. Nazwanie kogoś „nazistą”

W europejskim kręgu kulturowym i życiu publicznym porównanie kogoś lub nazwanie „nazistą” ma zupełnie inny wymiar niż w przypadku choćby kontekstu amerykańskiego, w którym porównania tego rodzaju nie wywołują podobnego oburzenia i niemal nigdy nie stanowią podstaw do podejmowania kroków prawnych przez osobę tak nazwaną. Są jednak sytuacje, w których określenia takie padają w kontekście zarzucanych faktycznych związków danej osoby bądź to z nazistowską przeszłością, bądź z ruchami czy ideologią neonazistowską. W takich przypadkach przedmiotem rozważań sądów jest nie tyle formułowana publicznie analogia praktyki lub zachowania do Holokaustu lub nazizmu, ile raczej oskarżenie, insynuacja lub zarzut, że dana osoba jest związana z nazizmem lub faszyzmem w dosłownym znaczeniu tego słowa. Sądy krajowe w tych sprawach zwykle uważały, że granice wolności wypowiedzi zostały przekroczone, ponieważ określenie kogoś jako faszysty lub nazisty jest wyjątkowo drastyczne, biorąc pod uwagę kontekst historyczny i fakt, że oba reżimy reprezentują – w powszechnym odczuciu – zło absolutne. W wyroku z 2018 r. w sprawie *Petkeviciute przeciwko Litwie*, w której osoba publiczna została określona przez znanego litewskiego pisarza jako „przyjaciel Hitlera”, biorąc pod uwagę zarówno konotacje historyczne, jak i współczesne uwarunkowania społeczne, ETPC uznał, że łączenie kogoś z poparciem dla ideologii nazistowskiej jest ewidentnie obraźliwe, także dla żyjących krewnych zmarłego, w ten sposób „zniesławionego”²⁷. W innej sprawie, w której byłego burmistrza Paryża oskarżono publicznie o ponoszenie odpowiedzialności za deportację Żydów francuskich podczas Holokaustu, ETPC przyznał nie tylko, że ograniczenie wolności słowa jest uzasadnione w sprawach, w których dochodzi do świadomego zniekształcania prawdy historycznej poprzez tego rodzaju bezpodstawne oskarżenia, ale także podkreślał wagę naruszeń dobrego imienia poprzez łączenie kogoś ze zbrodnią Holokaustu²⁸.

W inny sposób natomiast ETPC odnosi się do sytuacji, w których związki określonej osoby z nazizmem powinny być zostać ujawnione dla dobra publicznego. Dobrą ilustracją tego podejścia ETPC jest wyrok w sprawie *Scharsach i News Verlagsgesellschaft mbH przeciwko Austrii*. Wyrok stwierdza, że prawa skarżących – dziennikarza i wydawcy gazety – zostały naruszone wyrokiem skazującym w odpowiedzi na nazwanie polityka „kryptonazistą”. W 1995 r. austriacki tygodnik „News”

²⁷ Wyrok ETPC z 27.02.2018 r., skarga nr 57676/11, *Petkeviciute przeciwko Litwie*, para. 21.

²⁸ Wyrok ETPC z 30.03.2004 r., skarga nr 53984/00, *Radio France i inni przeciwko Francji*.

opublikował artykuł, w którym dziennikarz, pan Scharsach, wyjaśnił, dlaczego sprzeciwił się możliwości utworzenia koalicji rządowej obejmującej prawicową Austriacką Partię Wolności (AFP). W swoim artykule Scharsach wymienił kilka osób z imienia i nazwiska, w tym panią Rosenkrantz, polityk AFP, a jednocześnie żonę innego prominentnego polityka prawicowego. Dziennikarz i gazeta zostali ukarani za zniesławienie i – po bezskutecznych apelacjach w Austrii – złożyli skargę do ETPC. ETPC orzekł, że określenie „kryptonazista” nie wykracza poza to, co w okolicznościach tej sprawy można uznać za słuszny opis ocenny. Stwierdzając, że doszło do naruszenia art. 10 Konwencji, Trybunał podkreślił:

„W przeciwieństwie do sądów austriackich, Trybunał uznał, że termin «kryptonazista» nie powinien być traktowany jako stwierdzenie faktu, ale jako osąd wartościujący na ważny temat w obszarze interesu publicznego. Chociaż prawdą było, że nie ustalono, że pani Rosenkrantz sama była neonazistką, była ona żoną polityka, który redagował skrajnie prawicową gazetę. Jako polityk nigdy nie odcięła się publicznie od poglądów politycznych męża i publicznie skrytykowała ustawę, która zakazywała działalności narodowosocjalistycznej”²⁹.

W sposób wyraźny ETPC uznaje zatem za niedopuszczalne pewnego rodzaju szafowanie określeniami nawiązującymi do związków z Holocaustem i nazizmem, dostrzegając jednocześnie społecznie istotny wymiar wskazywania na tego rodzaju związki czy inklinacje tam, gdzie można odnaleźć faktyczne ku temu podstawy.

2.4. Ustanawianie „hierarchii” uprzedzeń i ludobójstw?

Przedstawione wyżej przykłady jednoznacznie wskazują na szczególną lub być może wręcz uprzywilejowaną pozycję ochrony pamięci o *Shoah* i jej ofiarach w odniesieniu do wolności wypowiedzi jednostek tę pamięć w jakikolwiek sposób naruszających. Ten stan rzeczy, choć ściśle związany z rodowodem Rady Europy – a więc i samego Trybunału – jak również ze zobowiązaniem do przeciwdziałania antysemityzmowi, implikuje różnego rodzaju wątpliwości. Należy do nich między innymi pytanie o odmienny stosunek Trybunału do różnych zbrodni i różnej przeszłości, w kontekście ewidentnego traktowania zbrodni nazistowskich i Holocaustu jako czynników niemal automatycznie wykluczających możliwość uznania naruszenia praw i wolności jednostek bądź grup o neonazistowskich czy antysemickich inklinacjach.

Jednym z najbardziej symptomatycznych przykładów odmiennego traktowania Holocaustu oraz kwestii ochrony pamięci jego ofiar w orzecznictwie Trybunału

²⁹ Wyrok ETPC z 13.11.2003 r., skarga nr 39394/98, *Scharsach and News Verlagsgesellschaft mbH przeciwko Austrii*, para 41.

pozostaje wyrok Wielkiej Izby z października 2015 r. w sprawie negowania ludobójstwa Ormian – *Perinçek przeciwko Szwajcarii*³⁰. Dogu Perinçek, turecki prawnik i polityk, który wielokrotnie wcześniej już wyrażał swoje negacjonistyczne przekonania na temat zbrodni dokonanej na Ormianach przez osmańską Turcję na początku XX wieku, w sposób zamierzony zrobił to kolejny raz, przemawiając w Szwajcarii i wiedząc, że jego słowa o tym, że masowe deportacje i masakry, których ofiarą była ludność ormiańska w Imperium Osmańskim w 1915 i w kolejnych latach, nie były ludobójstwem, podlegać będą w tym państwie penalizacji. Sądy szwajcarskie uznały w szczególności, że pobudki skarżącego miały podłoże rasistowskie i nacjonalistyczne, a jego wypowiedzi nie były częścią publicznej debaty na tematy związane z historią. Na tej podstawie Perinçek złożył skargę do ETPC, domagając się uznania naruszenia wolności jego wypowiedzi.

Choć w oparciu o cały dorobek orzeczniczy Trybunału w Strasburgu w zakresie kłamstwa oświęcimskiego należało spodziewać się odrzucenia skargi jako niedopuszczalnej, Wielka Izba Trybunału wydała odmienne rozstrzygnięcie, uznające naruszenie prawa do wolności wypowiedzi Perinçeka. *Dictum* Wielkiej Izby oparte zostało na następujących argumentach, z których każdy może budzić uzasadnione wątpliwości:

- 1) twierdzenia skarżącego dotyczyły spraw o znaczeniu publicznym i nie stanowiły podżegania do nienawiści lub nietolerancji na tle etnicznym lub narodowym;
- 2) twierdzenia skarżącego nie mogą być interpretowane jako naruszające godność narodu ormiańskiego w sposób, który uzasadniałby zastosowanie wobec niego sankcji karnych;
- 3) prawo międzynarodowe nie przewiduje obowiązku karania oświadczeń, takich jak twierdzenia skarżącego na temat zbrodni popełnionych na Ormianach;
- 4) sądy szwajcarskie ograniczyły swobodę wypowiedzi skarżącego wyłącznie z tego powodu, że jego opinie różniły się od tych, które były w tym państwie powszechnie akceptowane;
- 5) kontekst, w jakim zostały sformułowane uwagi skarżącego, nie był związany z napięciami społecznymi lub szczególnymi konotacjami historycznymi dotyczącymi Szwajcarii;
- 6) upływ stu lat od czasu popełnienia zbrodni będących przedmiotem wypowiedzi skarżącego zmniejsza konieczność karania przez państwo za ich zaprzeczanie.

Niezrozumiałe pozostaje, dlaczego Trybunał nie dostrzegł w wypowiedziach Perinçeka oczywistego antyormiańskiego i ksenofobicznego wydźwięku, dlaczego przyjął, że powszechnie akceptowane w danym państwie opinie na daną kwestię

³⁰ Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 15.10.2015 r., skarga nr 27510/08, *Perinçek przeciwko Szwajcarii*.

historyczną nie mogą być powodem penalizacji zaprzeczania zbrodni ludobójstwa. Wreszcie wyjątkowo kontrowersyjny jest argument upływu czasu, prowokujący pytanie: czy Trybunał w 2041 r., kiedy to symbolicznie upłynie 100 lat od początku „ostatecznego rozwiązania”, użyje tego samego rozumowania, aby zaakceptować twierdzenia negujące Holokaust? Wydaje się to mało prawdopodobne. Warto podkreślić, że wyrok w sprawie *Perinçek* krytykowany jest również przez tych, którzy generalnie opowiadają się za depenalizacją negowania ludobójstw. Jak zauważa za tem Uladzislau Belavusau:

W tym wyroku *Perinçek*, przeciwnie, jest przedstawiany prawie jako bojownik o wolności słowa. W połączeniu z zastosowaniem niezwykle wątpliwej hierarchii między Holokaustem a innymi ludobójstwami, ten brak zdystansowania się od *Perinćeka* – choć Trybunał słusznie chroni jego wolność słowa – pozostawia uderzająco niewiele możliwości na dostrzeżenie godności Ormian³¹.

Na tym właśnie różnicowaniu godności ofiar ludobójstwa budować można najsilniejszą krytykę rozstrzygnięcia zapadłego w tej sprawie.

Odmienne traktowanie przez ETPC różnych wydarzeń z przeszłości i różnych zbrodniczych ideologii widoczne jest również w przypadku orzeczeń dotyczących reżimu stalinowskiego i komunistycznego³². Zasadniczo porównania reżimów i ich zbrodni wkraczają na grunt badań historycznych i ocen, które nie podlegają analizie prawnej³³. Jednak w przypadku rozstrzygania przez Trybunał konkretnych spraw, takich jak zakazy publicznego prezentowania symboli dawnych reżimów, różnice w podejściu są znaczące i nieuchronnie wiążą się z oceną określonej przeszłości. Dlatego badając skargę dotyczącą ukarania skarżącego na Węgrzech za publiczne prezentowanie pięcioramiennej czerwonej gwiazdy ETPC nie dostrzegł zagrożeń podobnych do tych, które mają jego zdaniem miejsce podczas publicznego prezentowania symboli czy gestów nazistowskich³⁴. Co interesujące, Trybunał, w tej sprawie dokonał również własnej oceny ryzyka

³¹ U. Belavusau, *Perinçek v Switzerland: Between Freedom of Speech and Collective Dignity*, Verfassungsblog, 5.11.2015 r., <https://verfassungsblog.de/perincek-v-switzerland-between-freedom-of-speech-and-collective-dignity/> (dostęp: 12.02.2022).

³² Zob. sprawy, w których Trybunał przyjął odmienną optykę, mniej rygorystyczną niż w przypadku spraw dotyczących nazizmu czy faszyzmu (oraz neonazizmu i neofaszyzmu), wymienione w: A. Gliszczyńska-Grabias, *Stalinism and Communism equals or versus Nazism? Central and Eastern European Unwholesome Legacy in ECtHR*, East European Politics and Societies 2016, t. 30, nr 1.

³³ Szerzej na temat tych różnic w przypadku ETPC zob. *ibidem*.

³⁴ Tak na przykład w decyzji ETPC o niedopuszczalności z 12.10.1989 r., skarga nr 12774/87, *B.H., M.W., H.P i G.K. przeciwko Austrii*.

powrotu reżimu komunistycznego do władzy, uznając je za znikome. Choć zapewne ocena ta była słuszna, fakt, że w przypadku spraw z zakresu nazistowskiej czy faszystowskiej przeszłości ETPC nie zajmuje się przeprowadzaniem tego rodzaju „kalkulacji ryzyka”, nie bada stopnia zagrożenia powrotu nazizmu do głównego nurtu niemieckiej czy austriackiej polityki, choć przecież ruchy neonazistowskie są w tych państwach czynne i aktywne. Warto ten wyrok zestawić z innym rozstrzygnięciem ETPC, aby ukazać wyrazistość zaistniałych różnic. W sprawie *Nix przeciwko Niemcom*³⁵, pomimo faktu, że wykorzystanie przez skarżącego wizerunku Heinricha Himmlera w nazistowskim mundurze z symbolem swastyki nie miało na celu szerzenia ideologii nazistowskiej ani antysemityzmu, i pomimo faktu, że skarżący wykorzystał ten wizerunek jedynie do zwrócenia uwagi na problem dyskryminacji etnicznej i narodowej, której ofiarą miała paść jego córka o pochodzeniu migracyjnym, ETPC nadal podzielał stanowisko sądów niemieckich, że skarżący używał symboliki nazistowskiej w celu zwiększenia zainteresowania jego internetowym wpisem. Tym samym nawet wykorzystywanie odniesień do nazizmu w celu potępienia dyskryminacji rasowej i etnicznej, któremu nie towarzyszy wyraźne i jednoznaczne odcięcie się od tej ideologii, może podlegać podobnym ograniczeniom jako zachowanie mogące przyczynić się do promowania nazizmu.

Reasumując tę część rozważań zawartych w artykule podkreślić należy, że przywoływane już orzeczenie w sprawie *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii* ustanowiło bardzo szeroki zakres dla ochrony wolności wypowiedzi. Od czasu wydania tamtego wyroku ETPC zasadniczo utrzymuje standard pozwalający na obecność w przestrzeni publicznej bardzo nawet kontrowersyjnych treści, w tym kontrowersyjnych porównań. Ponownie jednak w przypadku porównań do Holokaustu i tych odnoszących się do nazistowskiej przeszłości, ETPC ustawia granice dla dopuszczalnych treści w innym miejscu, wyraźnie akcentując przewagę konieczności ochrony pamięci o *Shoah* i jej ofiarach. Nie można jednocześnie wskazać innego analogicznego przykładu zdarzenia historycznego, które w orzecznictwie ETPC uzyskałoby podobny status. Z całą pewnością nie posiadają go zbrodnie komunistyczne czy nawet ludobójstwo Ormian.

Głęboki wpływ Zagłady na orzecznictwo ETPC jest widoczny w wielu wymiarach i kontekstach. Ma on również wielkie znaczenie dla całej europejskiej przestrzeni prawnej. Wyroki Trybunału, niezależnie od ich wartości intelektualnej i prawnej, w bardzo dużym stopniu kształtują bowiem dyskurs konstytucyjny i prawny w Europie: Trybunał cieszy się dużym autorytetem, stałym wsparciem politycznym ze strony większości rządów i ustawodawców jego państw członkowskich

³⁵ Wyrok ETPC z 13.03.2018 r., skarga nr 35285/16, *Nix przeciwko Niemcom*.

(które przynajmniej deklaratywnie wzmacniają znaczenie Trybunału jako kluczowego elementu europejskiego systemu ochrony praw człowieka), a także pozostaje w synergii z innymi organami i instytucjami Rady Europy, takimi jak Zgromadzenie Parlamentarne czy Komisja Wenecka. W konsekwencji Trybunał silnie wpływa na sposób, w jaki prawnicy europejscy, politycy i liderzy opinii publicznej, a za nimi Europejczycy myślą o prawnych aspektach zarządzania przeszłością, a także o zbiorowej pamięci europejskich społeczeństw.

3. Odchodzenie od tabu: pomijanie, deprecjonowanie i zniekształcanie pamięci o Holokauście w przestrzeni prawnej

Uczynienie z Zagłady pewnego symbolu pamięci historycznej i osadzenie tej pamięci w prawie odbierane jest nie tylko jako realizacja zobowiązania moralnego wobec jej ofiar i element powojennego ładu prawnego, lecz niekiedy też, w kontekście najbardziej współczesnym, jako tabu uniemożliwiające wprowadzanie rozwiązań prawnych w określonych obszarach przy jej pominięciu lub blokujące wszelką krytykę (pod groźbą sankcji prawnych) państwa Izrael jako spadkobiercy pamięci o Zagładzie. Kontestowanie roli obecności *Shoah* w prawie znajduje swój wyraz w różnych obszarach i na różnych forach, a głosy krytyki płyną zarówno ze strony środowisk jednoznacznie antysemitycznych, jak i tych od postaw antysemitycznych bardzo dalekich. Niekiedy zaś takie odchodzenie od odniesień do holokaustowej przeszłości następuje w sposób niezauważony poprzez pominięcia i rozkładanie akcentów prawnych dyskusji w sposób inny niż ten kładący główny nacisk na kwestie pamięci.

3.1. Forum ONZ

Antysemityzm, nazwany przez Roberta Wistricha „najstarszą nienawiścią” świata³⁶, jest zjawiskiem wielowymiarowym i złożonym. Jedną z jego współczesnych form jest oskarżanie Żydów oraz państwa Izrael o nadużywanie pamięci o Holokauście czy wręcz czynienie z niego „przedsiębiorstwa Holokaust”³⁷, choć sporne pozostaje oddzielenie krytyki współczesnego postępowania państwa Izrael (w stosunku do Palestyńczyków) od tej dotyczącej nadużywania pamięci

³⁶ R.S. Wistrich, *Antisemitism. The Longest Hatred*, London 1991.

³⁷ Termin ten pojawił się w kontrowersyjnej publikacji N. Finkelsteina i od tamtej pory wszedł do publicznej świadomości, w dużej mierze jako wyraz antysemitycznych postaw. N. Finkelstein, *The Holocaust Industry: Reflections on the Exploitation of Jewish Suffering*, New York 2000.

o ofiarach *Shoah*³⁸. Wśród funkcjonujących mechanizmów i instytucji międzynarodowych systemów ochrony praw człowieka głównym forum tego rodzaju postaw i wysiłków na rzecz pomijania odniesień do Holokaustu, zarówno w wymiarze prawnym, jak i politycznych, pozostaje Zgromadzenie Ogólne oraz Rada Prawa Człowieka ONZ³⁹. To w ich ramach bardzo często forsowana jest narracja czyniąca z Izraela „wroga numer jeden” całej wspólnoty międzynarodowej, a nawiązania do Holokaustu pojawiają się jako porównania działań współczesnych władz Izraela wobec Palestyńczyków do praktyk niemieckich nazistów względem Żydów podczas II wojny światowej⁴⁰.

Jednym z najbardziej drastycznych, a według niektórych relacji – wstrząsających wydarzeń odbywających się pod auspicjami ONZ, kiedy to pamięć o Holokauście i jego ofiarach została podeptana poprzez hasła, takie jak „Hitler powinien dokończyć swoją robotę”⁴¹, była Światowa Konferencja ONZ przeciwko Rasizmowi, Rasowej Dyskryminacji, Ksenofobii i Pochodnym Formom Nietolerancji z Durban z 2001 r. Jak twierdzą niektórzy, to wówczas wspólnota międzynarodowa przyzwoliła na wyrugowanie pamięci o *Shoah* i zastąpienie jej antysemitką retoryką⁴².

Choć odniesienia do Holokaustu nadal pojawiają się m.in. w rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego ONZ potępiających np. kłamstwo oświęcimskie⁴³, a organy traktatowe ONZ wykazują wrażliwość wobec konieczności ograniczania

³⁸ Kontrowersje te stara się zaadresować International Holocaust Remembrance Alliance w swojej Roboczej Definicji Antysemityzmu – coraz szerzej przyjmowanemu dokumentowi: <https://www.gov.pl/web/kultura/oswiadczenie-w-sprawie-definicji-ihra> (dostęp: 12.02.2022).

³⁹ Por. opracowanie Anti-Defamation League na ten temat: The United Nations, Israel and Anti-Semitism, <https://www.adl.org/resources/backgrounders/the-united-nations-israel-and-anti-semitism> (dostęp: 13.02.2022).

⁴⁰ Przykładowo pomiędzy styczniem 2015 a sierpniem 2022 roku na forum Zgromadzenia Ogólnego ONZ przyjęto 125 rezolucji potępiających Izrael, w porównaniu do 9 potępiających Syrię, 7 skierowanych wobec Koreii Północnej, 6 wobec Iranu. W odniesieniu do Chin, Kuby, Wenezueli, Turcji, Libii, Zimbabwe w tym samym czasie nie wystosowano żadnych rezolucji wzywających do zaprzestania systemowych naruszeń praw człowieka. Zob. statystyki UN Watch: <https://unwatch.org/database/#dictatorships-at-un> (dostęp: 12.08.2022).

⁴¹ S. Samuels, *The Durban Protocols. Globalization of the New Antisemitism* (w.): *Antisemitism. The Generic Hatred. Essays in Memory of Simon Wiesenthal*, red. M. Fineberg, London–Portland 2007, s. 42–43.

⁴² Tak m.in. Irwin Cotler w wywiadzie na temat wydarzeń z Durban dla United States Holocaust Memorial Museum w Waszyngtonie: <https://www.ushmm.org/antisemitism/podcast/voices-on-antisemitism/irwin-cotler> (dostęp: 12.08.2022).

⁴³ Rezolucja „Holocaust denial” A/76/L.30. 20 stycznia 2022 r.

rozpowszechniania tez negacjonistów⁴⁴ lub szerzenia nazistowskiej propagandy⁴⁵, Holokaust stał się na forum ONZ przedmiotem bardziej politycznych niż prawnych dyskusji. Jednak również na polu prawnym zaznacza się tendencja odmienna od tej jednoznacznie i jednostajnie prezentowanej przez ETPC. W komentarzu ogólnym nr 34 do art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (gwarantującego swobodę wypowiedzi) Komitet Praw Człowieka ONZ (KPC) w sposób bardziej zniuansowany podchodzi do kwestii penalizacji kłamstwa oświęcimskiego i innych praw pamięci, wskazując, że: „Przepisy, które penalizują wyrażanie opinii na temat faktów historycznych są niezgodne z obowiązkami, jakie Pakt nakłada na państwa-strony w odniesieniu do poszanowania wolności opinii i wypowiedzi. Pakt nie zezwala na ogólny zakaz wyrażania błędnej opinii lub błędnej interpretacji przeszłych wydarzeń”⁴⁶. Stanowisko to jest osłabieniem jednoznacznego odrzucania negacjonizmu jako automatycznie wykluczonego spod ochrony międzynarodowego prawa praw człowieka, a jednocześnie wskazaniem, że nawet Zagłada nie jest dla KPC w tej kwestii wyjątkiem.

Jednym z wyjaśnień tego stanu rzeczy, poza oczywistymi zabiegami określonej grupy państw skonfliktowanych z Izraelem a jednocześnie upatrujących w Izraelu strażnika pamięci o Holokauście, jest uniwersalny charakter ONZ, a zatem organizacji zrzeszającej państwa całego globu. Holokaust jako element przede wszystkim europejskiej tożsamości, w tym tożsamości i kultury prawnej, nie stał się nim, mimo swego globalnego i powszechnego dziedzictwa, w świadomości całej wspólnoty narodów, choć jej instytucjonalny wymiar – ONZ jest z Zagładą związany w sposób bezpośredni. W 2004 r., podczas pierwszej w historii Narodów Zjednoczonych konferencji poświęconej problemowi antysemityzmu, ówczesny Sekretarz Generalny ONZ mówił: „Nazwa «Narody Zjednoczone» została ukuta, aby opisać walkę sojuszniczą w celu zakończenia barbarzyńskiego reżimu, a nasza Organizacja powstała kiedy świat właśnie dowiedział się o całym horrorze obozów koncentracyjnych i obozów eksterminacji. Dlatego też słusznie mówi się, że Narody Zjednoczone powstały z prochów Holokaustu”⁴⁷. To dziedzictwo nadal istnieje, jednak przez bardzo znaczące siły polityczne na jego arenie jest z premedytacją umniejszane i zniekształcane, czego symbolicznym początkiem było przyjęcie w 1975 r.

⁴⁴ *Faurisson przeciwko Francji*.

⁴⁵ Decyzja Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej ONZ z 15.08.2005 r., skarga nr 30/2003, *The Jewish community of Oslo i in. przeciwko Norwegii*.

⁴⁶ General comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression, CCPR/C/GC/34, 12.09.2011, para. 49.

⁴⁷ Wystąpienie sekretarza generalnego K. Annana, otwierające seminarium Departamentu Informacji Publicznej ONZ nt. antysemityzmu z 21.06.2004 r., SG/SM/9375.

przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucji 3379 „syjonizm równa się rasizm”⁴⁸. Ta tendencja widoczna jest wyraźnie podczas dyskusji nad przyjęciem określonych ustaleń, tak jak miało to miejsce przy uchwaleniu przez ZO ONZ rezolucji 60/7 przewidującej ustanowienie 27 stycznia Międzynarodowym Dniem Pamięci o Holokauście. Rezolucja nie uzyskała poparcia wszystkich państw, a podczas dyskusji nad jej treścią niektóre delegacje starały się umniejszać znaczenie Zagłady. Przedstawiciel Egiptu podnosił, że Żydzi nie powinni mieć „monopolu na cierpienie”, Jordanii – że pamięć o Holokauście wykorzystywana bywa jako usprawiedliwienie polityki dominacji jednego narodu nad drugim (w kontekście konfliktu palestyńsko-izraelskiego), Wenezuela domagała się natomiast upamiętnienia również „innych holokaustów”⁴⁹.

3.2. Konkurujące narracje – przypadek Polski

Kolejnym wymiarem pewnego rodzaju osłabiania symboliki związanej z Holokaustem, dokonywanej w kontekście dążeń do ustanowienia własnej, popieranej przez władze państwowe narracji historycznej poszczególnych państw, są przepisy mające na celu podkreślenie odrębnej, własnej historii krzywd i cierpienia spowodowanych przez nazistowskie Niemcy w czasie II wojny światowej. Niejednokrotnie takiemu dążeniu towarzyszy motywacja jeśli nie obniżenia „rangi” Zagłady jako jedyne go zdarzenia historycznego chronionego prawnie w tak wyraźny sposób, to przynajmniej zrównania z nią innych zbrodni, popełnionych na ofiarach innych niż żydowskie⁵⁰.

Z perspektywy 4 lat, które upłynęły od uchwalenia w Polsce nowelizacji ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, która w pierwotnej wersji przewidywała sankcje prawa karnego wobec osób, które „wbrew faktom” przypisują Polsce i Polakom „odpowiedzialność lub współodpowiedzialność” za zbrodnie popełnione przez III Rzeszę „lub za inne

⁴⁸ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 3379 z 10.11.1975 r.

⁴⁹ Informacja ze strony internetowej Zgromadzenia Ogólnego ONZ: <http://daccessdds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/590/19/PDF/N0559019.pdf?OpenElement> (dostęp: 12.02.2022).

⁵⁰ Zjawisko to nazywane jest w literaturze przedmiotu „konkurującą pamięcią” (*competitive memory*) i występuje bardzo często w państwach Europy Środkowo-Wschodniej w kontekście krzywd i traum związanych zarówno z nazistowską okupacją, jak i zbrodniami stalinowskimi i komunistycznymi. Ta swoista rywalizacja pomiędzy pamięciami (i grupami ofiar) wkracza też jednak na inne obszary, takie jak kolidujące i „wielokierunkowe” pamiętanie z jednej strony o Holokauście, z drugiej zaś o zbrodniach niewolnictwa czy kolonializmu. Por. M. Rothberg, *Multidirectional Memory: Remembering the Holocaust in the Age of Decolonization*, Stanford 2009.

przestępstwa stanowiące zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne lub w inny sposób rażąco pomniejsza odpowiedzialność rzeczywistych sprawców tych zbrodni⁵¹, można twierdzić, że ze względu na brak jakiegokolwiek faktycznego zastosowania tych przepisów motywacja do ich przyjęcia była *stricte* polityczna i związana właśnie z „wojną o pamięć” toczoną przez polskie władze. Ponadto w ciągu ostatnich lat w Polsce tendencja, której najbardziej jaskrawym przejawem była właśnie nowelizacja ustawy o IPN, przeniosła się również na sale sądowe, na których za pomocą „zwykłych” przepisów prawa cywilnego w zakresie naruszeń dóbr osobistych inicjowane były postępowania mogące wywoływać *de facto* efekt umniejszania znaczenia Holokaustu na rzecz podkreślania polskiego cierpienia i polskich ofiar nazistowskiego reżimu⁵². Choć zasadniczo dążenie do uznania oczywistych faktów historycznych (takich jak ten, że nie istniały żadne „polskie obozy koncentracyjne”) jest działaniem zrozumiałym, a niekiedy pożądanym, to jednak wprowadzanie pewnego rodzaju „konkurencji” pomiędzy (jak w omawianych przykładach) etnicznie polskimi ofiarami a ofiarami żydowskimi jest zabiegiem dalece szkodliwym nie tylko dla pamięci historycznej, ale też dla współczesnych relacji polsko-żydowskich oraz generalnej wrażliwości na ogrom zła i zniszczenia dokonanego podczas II wojny światowej.

W styczniu 2017 r. w polskim wydaniu tygodnika „Newsweek” ukazał się artykuł pt. *Czy po wyzwoleniu nazistowskich obozów Polacy ponownie je otworzyli? „Mała zbrodnia” Marka Łuszczyny*. Autorka artykułu stwierdziła, że po 1945 r. Polacy ponownie otworzyli obóz Świętochłowice-Zgoda, filię byłego obozu

⁵¹ Treść pierwotnej nowelizacji referowana jest m.in. przez A. Gliszczyńska-Grabias, *Deployments of Memory...*, *op. cit.* Z kolei na podstawie przepisów ustawy znowelizowanych w czerwcu 2018 r. możliwe jest wytaczanie powództwa przez określony krąg podmiotów, z przywołaniem przepisów kodeksu cywilnego. Art. 53 stanowi bowiem: „Do ochrony dobrego imienia Rzeczypospolitej Polskiej i Narodu Polskiego odpowiednie zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (...) o ochronie dóbr osobistych. Powództwo o ochronę dobrego imienia Rzeczypospolitej Polskiej lub Narodu Polskiego może wytoczyć organizacja pozarządowa w zakresie swoich zadań statutowych. Odszkodowanie lub zadoszczynienie przysługują Skarbowi Państwa”.

⁵² Najbardziej znanym przykładem takiego powództwa pozostaje sprawa pozwu Filomeny Leszczyńskiej, wspieranej przez Redutę Dobrego Imienia, przeciwko Barbarze Engelking oraz Janowi Grabowskiemu. Oddalający powództwo wyrok Sądu Apelacyjnego dotyczył przy tym szeregu zagadnień wykraczających poza obszar sądowej oceny zarzucanych naruszeń dóbr osobistych, takich jak definiowanie kategorii tożsamości narodowej, gwarancje swobody wypowiedzi w kontekście wolności badań naukowych, granice tych wolności w przypadku badań nad historią Holokaustu czy wreszcie poszukiwania prawdy historycznej w salach sądowych. Na temat wyroku zob. A. Gliszczyńska-Grabias, M. Górski, *Badacze historii w sali sądowej. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16.08.2021 r.*, *I ACa 300/211*, Państwo i Prawo 2022, nr 9.

Auschwitz-Birkenau. Pozew na podstawie przepisów prawa prasowego przeciwko redaktorowi naczelnemu „Newsweeka” wytoczył wówczas Maciej Świrski, prezes Fundacji Reduta Dobrego Imienia – Polska Liga przeciw Zniesławieniom. W styczniu 2018 r. sąd orzekł na jego korzyść, nakazując redaktorowi naczelnemu opublikowanie sprostowania, w którym przyznawał, że twierdzenie o istnieniu „polskich obozów koncentracyjnych” stworzonych przez Polaków jest fałszywe. To orzeczenie zostało następnie podtrzymane przez Sąd Apelacyjny, a ostatecznie Sąd Najwyższy, który uznał skargę kasacyjną „Newsweeka” za bezpodstawną. Jak wskazała pełnomocnik Macieja Świrskiego w sprawie, adwokat dr Monika Brzozowska-Pasieka: „Od strony prawnej to absolutna nowość i z pewnością precedens. Sądy wszystkich instancji, łącznie z Sadem Najwyższym, stwierdziły, że nie ma potrzeby, by w materiale prasowym było imię i nazwisko Macieja Świrskiego. Wystarczające jest, że tekst dotyczy Polaków i wówczas Maciej Świrski – jako Polak, dodatkowo z uwagi na swoje zaangażowanie społeczne i organizacyjne – może wystąpić ze sprostowaniem. Sąd I instancji argumentował dodatkowo, że istnieją takie dobra osobiste jak tożsamość narodowa oraz godność narodowa, a nieprawdziwe informacje o tzw. polskich obozach koncentracyjnych naruszają te dobra. Z taką argumentacją zgodziły się wszystkie sądy”⁵³.

Ta nowa linia orzecznicza jest również widoczna w innym wyroku, w którym Sąd Okręgowy w Warszawie nakazał niemieckiej gazecie „Frankfurter Rundschau” przeprosić Macieja Świrskiego za publikację krytykującą polski rząd za politykę historyczną ukazującą Holokaust jako „czysto niemieckie” okrucieństwo⁵⁴. Warszawski sąd uznał, że zaprzeczenie wyłącznej odpowiedzialności narodu niemieckiego za Holokaust oznacza atak na naród polski – a więc na każdego Polaka – w tym przypadku Prezesa Reduty, uznanego za osobę uprawnioną do występowania na ścieżce prawnej w imieniu tak „znieważonego” narodu. Opisywana zmiana ułatwia proces przekształcania polskiej narracji historycznej na temat przeszłości ściśle związanej z okresem Holokaustu. Jednak szczególnie niebezpieczne w tym zjawisku wydaje się ryzyko wybielania niewygodnych prawd o zbrodniach przeszłości, w tym przede wszystkim tych dokonanych przez Polaków przeciwko ich żydowskim sąsiadom. Z kolei w wymiarze prawnym może nastąpić przeniesienie sporów dyplomatycznych na spory sądowe. To natomiast może nawet otworzyć przestrzeń dla potencjalnych, inspirowanych politycznie działań ograniczających wolność słowa

⁵³ Cytat za relacją Reduty Dobrego Imienia: <http://www.anti-defamation.pl/rdiplad/aktualnosci/maciej-swirski-wygrywa-z-newsweek-pl-przed-sadem-najwyzszym/> (dostęp: 13.02.2022).

⁵⁴ Relacja Reduty Dobrego Imienia: <http://www.anti-defamation.org/postepowania-sadowe/sprawa-przeciwko-niemieckiej-gazecie-internetowej-frankfurter-rundschau/> (dostęp: 13.02.2022).

(i powodujących „efekt mrozący”), wspieranych nieformalnie przez władze, a formalnie wciąż będących jedynie indywidualnymi roszczeniami. Fakt, że wszystkie przytoczone przykłady wpływania prawa na narracje historyczne i oficjalne postrzeganie przeszłości mają ścisły związek z historią Holokaustu, jest dla tematu niniejszego artykułu znamienny.

3.3. Bojkoty jako narzędzie wykluczania Żydów – od czasów międzywojnia po tendencje współczesne

Zjawisko antyżydowskich bojkotów jest w sposób nierozzerwalny związane z historią narodu żydowskiego, występując na przestrzeni dziejów w różnych formach i odsłonach, łącznie z tą najbardziej dramatyczną, kiedy to bojkoty stały się elementem preludium nadchodzącej Zagłady⁵⁵. Bojkoty, szczególnie te XX-wieczne, miały oczywiście wymiar ekonomiczny, jednak ich głównym spoiwem zawsze pozostawał antysemityzm, niekiedy maskowany jako konieczność „wzmacniania” narodowego charakteru państwa i społeczeństwa. W okresie międzywojnia do drastycznych przypadków bojkotów dochodziło nie tylko w nazistowskiej Rzeszy. Polski ustawodawca przyjął wówczas wiele przepisów prawnych, które choć pozornie miały podstawy ekonomiczne, w rzeczywistości były powodowane silnym antysemityzmem⁵⁶. To na ich mocy żydowscy studenci nie byli dopuszczani do zajęć i byli spychani do „getta ławkowego” i to za ich sprawą Żydzi zostali praktycznie wykluczeni z grona praktyków prawa⁵⁷.

Dlatego też najbardziej współczesna forma antyżydowskich bojkotów – skierowany formalnie przeciwko państwu Izrael ruch BDS (*Boycott, Divestment, Sanctions*), polegający na podejmowaniu wszelkich działań zmierzających do bojkotowania państwa Izrael na poziomie politycznym, jak również ekonomicznym i obejmującym m.in. także naukę (wezwania do bojkotu izraelskich naukowców

⁵⁵ Jak zauważył Marc A. Greendorfer: „Zanim powstał ruch BDS, a nawet Liga Arabska lub państwo Izrael, bojkotowano Żydów, zwłaszcza tych, którzy opowiadali się za utworzeniem nowoczesnego państwa Izrael. (...) W czasie osmańskiego panowania na ziemi Izraela, którą wówczas powszechnie nazywano Palestyną, wielokrotnie pojawiały się nawoływania do arabskiego bojkotu Żydów. (...) Kiedy Brytyjczycy odnieśli sukces nad Imperium Osmańskim na początku XX wieku i zaczęli uznawać prawa Żydów do ich historycznej ojczyzny, arabski bojkot Żydów w Palestynie nasilił się (...) i szybko stał się ruchem panarabskim, który groził rozszerzać się na bojkot towarów brytyjskich w ogóle (...)”. Zob. M.A. Greendorfer, *The BDS Movement: That Which We Call A Foreign Boycott, By Any Other Name, Is Still Illegal*, Roger Williams University Law Review 2017, nr 1, s. 5.

⁵⁶ Zob. S. Rudnicki, *Anti-Jewish Legislation in Interwar Poland (w:) Antisemitism and its Opponents in Modern Poland*, red. R.E. Blobaum, London 2005.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 162–166.

czy studentów), w sposób nieunikniony przywołuje na myśl samą istotę bojkotów. Choć większość popierających ruch BDS odżegnuje się od antysemickich motywów swoich działań, trudno jest nie dostrzegać ich np. w znakowaniu symbolem Gwiazdy Dawida sklepów, których właścicielami są izraelscy Żydzi. I chociaż przedwojennego hasła „Nie kupuj u Żydów!” nie wolno automatycznie zrównywać z dzisiejszymi wezwaniami do bojkotów ze strony ruchu BDS, także dziś wywierają one skrajnie negatywny wpływ na prawa i wolności osób pochodzenia żydowskiego, bez względu na ich rzeczywiste powiązania z państwem Izrael⁵⁸.

Związek praktyki bojkotowania, jako jednej z form antysemityzmu, z Holokaustem, wydaje się często pomijany przy dokonywaniu prawnej oceny tego rodzaju zachowań. Co intetersujące, pominięcia takie obecne są również w orzecznictwie ETPC, tak wrażliwym i empatycznym na kwestie związane z ochroną pamięci o Zagładzie oraz wyczulonym na zagrożenia związane z wszelkimi przejawami antysemityzmu. W przypadku dwóch orzeczeń, które do tej pory sformułował ETPC w sprawach dotyczących bojkotów, rozstrzygnięcia podjęte przez Trybunał różnią się między sobą diametralnie, bez w pełni przekonujących przyczyn tak odmiennych rezultatów prawniczej refleksji.

Nie stwierdzając naruszenia praw skarżącego w pierwszej ze spraw, rozstrzygniętej w 2009 r. (*Willem przeciwko Francji*⁵⁹) oraz dostrzegając je ponad 10 lat później (*Baldassi przeciwko Francji*⁶⁰), Trybunał wydaje się polegać nie tyle na odmiennym stanie faktycznym tych przypadków, ile na ewoluującym w ostatnich latach podejściu do kwestii antyizraelskich bojkotów.

Najważniejsze i decydujące aspekty obydwu spraw, które pozwoliły na wyciągnięcie różnych wniosków przez ETPC, można podsumować w następujący sposób: w sprawie *Willem* skarżący, wzywając do antyizraelskiego bojkotu, działał jako burmistrz i korzystał z takich uprawnień, naruszając obowiązek zachowania politycznej neutralności. Ogłosił bojkot bez poddania tej decyzji uprzedniej debacie lub głosowaniu w Radzie Miejskiej, co oznaczało, że nie mógł twierdzić, że zachęcał do swobodnej dyskusji na temat będący przedmiotem zainteresowania i interesu publicznego. Natomiast w sprawie *Baldassi* skarżący byli zwykłymi obywatelami wzywającymi do bojkotu izraelskich produktów, którzy nie byli ograniczeni obowiązkami i odpowiedzialnością wynikającymi z pełnienia oficjalnych funkcji

⁵⁸ Aby zapoznać się z obszernym raportem dotyczącym tego, w jaki sposób ruch BDS jest zaangażowany w trwającą kampanię delegitymizacji Izraela, która obejmuje użycie antysemickiej retoryki i obrazów, zob. *Behind the Mask. The Antisemitic Nature of BDS Exposed*, Ministry of Strategic Affairs and Public Diplomacy of Israel, 2019, <https://4il.org.il/wp-content/uploads/2019/09/MSA-report-Behind-the-Mask.pdf> (dostęp: 12.02.2022).

⁵⁹ Wyrok ETPC z 10.12.2009 r., skarga nr 10883/05, *Willem przeciwko Francji*.

⁶⁰ Wyrok ETPC z 11.07.2020 r., skarga nr 15271/16, *Baldassi i inni przeciwko Francji*.

państwowych i których wpływ na konsumentów nie był porównywalny z wpływem burmistrza zlecającego usługi komunalne. Według Trybunału skarżący chcieli swoim postępowaniem uczestniczyć w debacie publicznej nad polityką państwa Izrael. Tu pojawia się jednak podstawowa niespójność w argumentacji Trybunału: w sprawie *Baldassi* temat ten uznano za ważną kwestię społeczną dyskutowaną przez społeczeństwo francuskie, podczas gdy aspektu tego nie dostrzeżono w postępowaniu skarżącego w sprawie *Willem*, jak wynika z orzeczenia, tylko ze względu na brak zastosowania określonych środków (takich jak dyskusja na forum Rady Miejskiej).

Co prawda w wyroku w sprawie *Baldassi* Trybunał badał możliwie dyskryminacyjny charakter działań skarżących, nie dostrzegł ich jednak – jak się wydaje – mylnie i wbrew konkluzjom sądów krajowych⁶¹. Jednak najważniejszym brakującym elementem w obu wyrokach ETPC w sprawie antyizraelskich bojkotów jest odwołanie się do swojego mocno ugruntowanego orzecznictwa, w którym wielokrotnie podkreślano, że przyczynianie się do powstania atmosfery zastraszania i wykluczania określonej narodowości lub grupy etnicznej stanowi rażące naruszenie praw i wolności członków takiej grup⁶². Ten generalny, grupowy wymiar konsekwencji publicznego, niespotykającego się z właściwą reakcją prawną dyskursu antysemitckiego został silnie uwypuklony we wspomnianym już wyżej wyroku w sprawie *Behar i Gutman przeciwko Bułgarii*⁶³. W swoich rozstrzygnięciach w sprawach dotyczących bojkotów ETPC odszedł od tej optyki, nie odnosząc się również do historycznych uwarunkowań bojkotów, co należy odczytać jako słabość proponowanej przez Trybunał argumentacji.

Być może zjawisko osłabiania obecności odniesień do Holocaustu i jego pokłosa w prawie będzie nadal postępować zarówno ze względu na upływ czasu dzielącego nas od przeszłości, jak i poprzez nasilające się konflikty polityczne i ideologiczne. Z całą pewnością jednak zjawiskiem szkodliwym byłoby takie osłabianie wymowy i znaczenia Holocaustu, które prowadzić będzie do osłabienia ochrony gwarantowanej w prawie (jak również w jego wymiarze politycznym) praw człowieka i skupionej na przeciwdziałaniu wszelkim formom antysemitycznej nienawiści i dyskryminacji. W tym kontekście należy również zaznaczyć, że Holocaust nie we wszystkich przestrzeniach geograficznych świata, a zatem i jurysdykcjach, postrzegany jest w jednakowy sposób, co również wpływać może na prawne aspekty pamięci o tym ludobójstwie.

⁶¹ Odrzucając złożone przez skarżących kasacje, w wyroku francuskiego Sądu Kasacyjnego podkreślono, że wezwanie do bojkotu stanowiło nawoływanie do dyskryminacji i w związku z tym możliwe było nieobejmowanie go prawem do wolności wyrażania opinii. Zob. para 16–17 wyroku ETPC w sprawie *Baldassi*.

⁶² W szczególności *Garaudy przeciwko Francji*, *M'Bala M'Bala przeciwko Francji*.

⁶³ *Behar i Gutman przeciwko Bułgarii*.

4. Konkluzje

Podczas publicznej debaty nad wprowadzeniem penalizacji kłamstwa oświęcimskiego we Francji Serge Klarsfeld – jedna z ikon powojennego ruchu antynazistowskiego – mówił: „Ci, którzy sprzeciwiają się temu prawu, nie żyją wśród ocalałych i nie słyszą ich krzyku”⁶⁴. Zapewne osobiste doświadczenia i dramatyczne pokłosie Holokaustu, które stało się po wojnie udziałem całych pokoleń, sprawiły, że ów krzyk, o którym mówił Klarsfeld, musiał zostać usłyszany również przez tych tworzących i interpretujących przepisy prawa, w tym przede wszystkim międzynarodowego prawa praw człowieka.

W powojennej rzeczywistości prawnej Holokaust stał się punktem odniesienia dla uchwalanych przepisów, niekiedy zaś wręcz swoistym tabu, wpływającym również na prawne dyskusje nad zagadnieniami, takimi jak zakres wolności wypowiedzi czy wolności funkcjonowania określonych organizacji i ruchów politycznych. Jednocześnie, z biegiem lat, pojawiły się tendencje zmierzające do osłabienia jego wymowy, również w kontekście prawnym. Jednym z najbardziej wymownych tego przykładów (pominiętych jednak w niniejszych rozważaniach) pozostaje brak pogłębionych odniesień do antysemickiego wymiaru historii ustanawiania zakazów uboju rytualnego przy toczących się prawnych rozważaniach nad obowiązywaniem takich zakazów, choć w sposób oczywisty są one obecnie motywowane w odmienny sposób niż miało to miejsce w perspektywie historycznej.

Innym doniosłym zagadnieniem związanym z pokłosiem Holokaustu w orzecznictwie, widocznym w szczególności w przypadku ETPC, ale dostrzegalnym również w działaniach sądów krajowych, jest wkraczanie historii na sale sądowe. Czy w takich przypadkach jest w ogóle możliwe, aby sędziowie pozostawali bezstronni w obliczu zazwyczaj nabrzmiałych historycznych waśni i kontrowersji?⁶⁵ Nawet jeśli sprawy, które rozstrzygają – najczęściej w przypadku sądów międzynarodowych – dotyczą historii nie ich własnego państwa i narodu, zazwyczaj brzemień przeszłości ma przełożenie również na ich osobistą przynależność narodową, a co za tym idzie – ich własną historię. W tym kontekście warto przytoczyć opinię sędziego Garlickiego, który w swym zdaniu odrębnym do wyroku w sprawie *Adamsons przeciwko Łotwie* podnosił, że sędziowie ETPC są „ekspertami w prawie i legalności, ale nie w polityce i historii” i dlatego nie powinni „wkrazać na to terytorium poza

⁶⁴ Wywiad z Sergem Klarsfeldem z 19.02.1996 r., cytat za: P. Weil, *The Politics of Memory. Bans and Commemorations* (w:) *Extreme Speech and Democracy*, red. I. Hare, J. Weinstein, Oxford 2011, s. 575.

⁶⁵ Książka Hannah Arendt stanowi doskonały przykład etycznego i filozoficznego rozważania takich dylematów. H. Arendt, *Eichmann w Jerozolimie. Rzecz o banalności zła*, Kraków 2010.

przypadkiem absolutnej konieczności⁶⁶. W rzeczywistości jednak takie wkraczanie w obszar dysput nad przeszłością odbywa się nieustannie, a jak dowodzą liczne przykłady z orzecznictwa, wyjątkowo często ma to miejsce w odniesieniu do historii Zagłady⁶⁷. Te same dylematy dotyczą też zagadnienia praw pamięci jako takich – czy nie stanowią one niedopuszczalnej w rozumieniu gwarancji swobody wypowiedzi, w tym wypowiedzi naukowej i artystycznej, ingerencji w postrzeganie i rozumienie zdarzeń z przeszłości?⁶⁸ I co najważniejsze w kontekście tematu niniejszego artykułu: czy przeszłość związana ze zbrodnią Holokaustu oraz okresem nazizmu ma być traktowana w prawie – i przez prawników – w odmienny sposób? Te pytania będą zapewne powracać coraz częściej, wraz z upływem czasu, który dzieli nas od dramatu *Shoah* i pamięci o Zagładzie. Wiązą się one również z bardziej uniwersalnym i filozoficznym ujęciem zagadnienia etyki i obowiązku „pamiętania” – także w kontekście doświadczanych i popełnianych przez zbiorowości zbrodni, o czym pisze Avishai Margalit⁶⁹.

Holokaust jest i na długo jeszcze pozostanie zdarzeniem, o którym pamięć wywiera przemożny wpływ na całą wspólnotę międzynarodową i niemal wszystkie obszary jej funkcjonowania. Jego znaczenie w prawie, w tym w międzynarodowym prawie praw człowieka, choć nadal silne, ulega jednak przemianom, które w konsekwencji prowadzić mogą do rozmywania się „zobowiązania do pamięci” o tej zbrodni.

Streszczenie

W powojennej rzeczywistości prawnej Holokaust stał się punktem odniesienia dla uchwalanych przepisów, niekiedy zaś wręcz swoistym tabu, wpływającym również na prawne dyskusje nad zakresem wolności wypowiedzi czy wolności funkcjonowania określonych organizacji i ruchów politycznych. Innym doniosłym zagadnieniem związanym z pokłosiem Holokaustu w orzecznictwie, widocznym w szczególności w przypadku ETPC, ale dostrzegalnym również w działaniach sądów krajowych, jest wkraczanie historii na sale sądowe. Czy w takich przypadkach jest w ogóle możliwe, aby sędziowie pozostawali bezstronni

⁶⁶ Wyrok ETPC z 24.06.2008 r., skarga nr 3669/03, *Adamsons przeciwko Łotwie*.

⁶⁷ Wśród wielu innych spraw Trybunał „zajmował się przeszłością”, oceniając, czy państwo belgijskie ponosi odpowiedzialność za zbrodnie wojenne na Żydach i Romach podczas II wojny światowej, w decyzji ETPC o niedopuszczalności z 8.01.2008 r., skarga nr 9717/05, *Epstein i inni przeciwko Belgii*. Szerzej na ten temat zob. m.in. P.-O. de Broux, D. Staes, *History Watch by the European Court of Human Rights* (w:) *The Palgrave Handbook of State-Sponsored History After 1945*, red. B. Bevernage, N. Wouters, London 2018.

⁶⁸ Na temat tych dylematów zob. m.in. E. Fish, *Memory Laws as a Misuse of Legislation*, *Israel Law Review* 2021, t. 54, nr 3.

⁶⁹ A. Margalit, *The Ethics of Memory*, Cambridge MA 2002.

w obliczu zazwyczaj nabrzmiałych historycznych waśni i kontrowersji? Nawet jeśli sprawy, które rozstrzygają, nie dotyczą historii ich własnego państwa i narodu, zazwyczaj brzemień przeszłości ma przełożenie również na ich osobistą przynależność narodową, a co za tym idzie – ich własną historię. Te same dylematy dotyczą zagadnienia praw pamięci jako takich – czy nie stanowią one niedopuszczalnej w rozumieniu gwarancji swobody wypowiedzi, w tym wypowiedzi naukowej i artystycznej, ingerencji w odnoszenie się do przeszłości? I co najważniejsze w kontekście tematu niniejszego artykułu: czy przeszłość związana ze zbrodnią Holokaustu oraz okresem nazizmu ma być traktowana w prawie w odmienny sposób? Te pytania będą zapewne powracać coraz częściej, wraz z upływem czasu, który dzieli nas od dramatu Shoah i pamięci o Zagładzie.

Słowa kluczowe: Holokaust, prawa pamięci, ochrona praw człowieka, polityka historyczna, antysemityzm, negacjonizm, bojkoty

Memory of the Holocaust Protected by Law

Abstract

In the post-Second World War legal landscape Holocaust became a reference point for many legal provisions, and occasionally even a sort of taboo which informs legal deliberations about the scope of freedom of expression or the freedom to act by particular associations and political organization. Another important issue related to the legacy of the Holocaust, well evidenced in the case law of the European Court of Human Rights and also many national courts, is that history entered into the courtrooms. Is it feasible at all for judges to maintain impartiality in the light of severe historical controversy? Even if the cases they hear do not necessarily concern the history of their own nations, usually the legacy of the past affects their own national identity, and thus their own history. Similar dilemmas apply to memory law: are they an inadmissible interference in freedom of expression, including academic and artistic expression? Do they constitute impositions of official orthodoxy on the attitudes to history? And most importantly in the context of the present article: should history related to the Holocaust and Nazi crimes be treated in an exceptional manner through law? These questions will most likely multiply as the temporal distance to the time of Holocaust grows.

Key words: Holocaust, memory laws, human rights protection, historical policy, anti-Semitism, negationism, boycotts

