



e-Monografie

Łukasz Machaj

**Wypowiedzi symboliczne
w orzecznictwie
Sądu Najwyższego USA**

Wrocław 2011

Łukasz Machaj

**Wypowiedzi symboliczne
w orzecznictwie
Sądu Najwyższego USA**

Wrocław 2011

Komitet Redakcyjny

Przewodniczący – prof. dr hab. Leonard Górnicki

Członek – dr Anna Trzmielak-Stanisławska

Członek – mgr Bożena Górna

Recenzent: *prof. dr hab. Mariusz Jabłoński*

© Copyright by Łukasz Machaj

Korekta:

Jan Michowski

Skład i opracowanie techniczne:

Agnieszka Kalota, Tomasz Kalota eBooki.com.pl

Wydawca

Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa

ISBN 978-83-61370-68-0

SPIS TREŚCI

WSTĘP.....	7
I. WPROWADZENIE	15
1. Sąd Najwyższy USA w amerykańskim porządku ustrojowo-politycznym	15
2. Konstytucyjna klauzula wolności słowa – uwagi ogólne	30
3. Ekspresja symboliczna a ekspresja werbalna	48
II. OCHRONA WYPOWIEDZI SYMBOLICZNYCH NA ZASADACH OGÓLNYCH.....	63
1. Stromberg vs. California czyli pierwsza poprawka a wywieszanie czerwonej flagi.....	63
2. Obowiązkowe oddawanie honorów fladze państwowej w szkołach publicznych	74
3. Wypowiedzi symboliczne a proces desegregacji rasowej	90
4. Symboliczny protest polityczny w szkole publicznej.....	103
5. Płonący krucyfiks jako wypowiedź symboliczna	117
A. Groźby	119
B. „Fighting words”	122
C. Mowa nienawiści („hate speech”)	131
D. R.A.V. vs. City of St. Paul	152
E. Virginia vs. Black et al.	181
F. Wisconsin vs. Mitchell – wzmianka	209
6. Prywatne finansowanie kampanii wyborczych a wolność słowa – wzmianka	212
III. OCHRONA EKSPRESJI SYMBOLICZNEJ NA PODSTAWIE TESTU O’BRIENA.....	215
1. Ustanowienie standardu.....	215
2. Bezczeszczenie flagi narodowej– szczególny casus zastosowania standardu O’Briena.....	254
3. Inne przypadki zastosowania standardu O’Briena	330

4. „Taniec nago” jako ekspresja symboliczna – modyfikacja standardu O’Briena?	343
A. Wypowiedzi obsceniczne a pierwsza poprawka	345
B. Regulacje dotyczące czasu, miejsca lub sposobu wypowiedzi	352
C. Sąd Najwyższy o „tańcu nago”	379
ZAKOŃCZENIE.....	435
ORZECZNICTWO.....	443
LITERATURA.....	449

WSTĘP

Przedmiotem książki jest problematyka tzw. wypowiedzi symbolicznych (zachowań ekspresyjnych) w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, wydanym na podstawie klauzul konstytucyjnych (tzn. pierwszej i czternastej poprawki do ustawy zasadniczej) zabraniających władzom państwowym na poziomie federalnym, stanowym i lokalnym ograniczania wolności słowa. W najogólniejszym sensie pod pojęciem „wypowiedzi symbolicznej” należy rozumieć zachowanie niewerbalne, które wyraża określone poglądy, idee bądź też emocje działającego podmiotu. Zasadniczym celem książki jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, w jakim zakresie Sąd Najwyższy USA jest skłonny objąć ten rodzaj aktywności komunikacyjnej gwarancjami dotyczącymi wolności słowa, które w porządku normatywnym Stanów Zjednoczonych sięgają bardzo daleko (choćby w zestawieniu z ustawodawstwem polskim). Już w tym miejscu trzeba bowiem odnotować, iż literalne brzmienie pierwszej poprawki wyklucza wprowadzanie przez ustawodawcę (federalnego, a na mocy poprawki czternastej również stanowego i lokalnego) jakichkolwiek ograniczeń wolności słowa. Choć wykładnia tego postanowienia w kategoriach absolutnych jest – w moim przekonaniu – z oczywistych powodów niemożliwa do utrzymania, to jednak denotowany przez nie zakres wolnej od ingerencji państwa ekspresji (przynajmniej tej o charakterze werbalnym) niewątpliwie jest bardzo szeroki. Rozległy zasięg oraz poważna siła protekcyjna pierwszej poprawki, język użyty w rzeczonyj klauzuli konstytucyjnej (która mówi o „wolności **słowa**”, a nie np. o „wolności wyrażania poglądów”) oraz immanentna obecność składnika ekspresyjnego w praktycznie każdym ludzkim zachowaniu (dowolne działanie oraz zaniechanie jednostki może być zaklasyfikowane jako „coś” wyrażające) powodują, iż kwestia zastosowania relewantnych gwarancji ustawy zasadniczej do wypowiedzi symbolicznych jest wielce skomplikowana. Z jednej strony automatyczne zrównanie ich statusu z „tradycyjnymi” metodami komunikowania poglądów lub emocji przez słowo mówione i pisane (a także przez produkcje filmowe, spektakle teatralne, kompozycje muzyczne, dzieła sztuki itp.) drastycznie i zapewne nieracjonalnie poszerzyłyby sferę oddziaływania pierwszej poprawki (owocując już to radykalnym ograniczeniem kompetencji państwa do kształtowania życia zbiorowego także w sprawach niemających wiele wspólnego ze swobodami ekspresyjnymi, już to – co wydaje się zresztą bardziej prawdopodobne – dramatycznym osłabieniem generalnego poziomu protekcji przewidzianego w klauzuli wolności słowa); z drugiej strony pryncypialna odmowa aplikacji pierwszej poprawki do wypowiedzi symbolicznych, skutkująca przyznaniem władzy niemalże regulacyjnej *carte blanche* – w granicach podyktowanych przez ogólny wymóg racjonalności

– w przedmiotowej materii, czyniłaby z konstytucji USA dokument aksjologicznie niespójny oraz byłaby sprzeczna z teleologiczną interpretacją klauzuli wolności słowa. Uzasadnione wydaje się przeto przyjęcie jakiegoś kompromisowego rozwiązania wskazanego dylematu. Niejako z konieczności zadanie to spoczęło na barkach Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Nie uprzedzając w tym miejscu merytorycznych rozważań, powiedzmy jedynie, że SN zmuszony był przede wszystkim zdiagnozować, czy ekspresyjny potencjał rozmaitych zróżnicowanych zachowań usprawiedliwia zastosowanie do nich gwarancji pierwszej poprawki, i wypracować standardy pozwalające oceniać zgodność z konstytucją ograniczania swobody formułowania wypowiedzi symbolicznych za pomocą unormowań odnoszących się generalnie do czynów. Jednym z głównych celów książki jest – obok zamierzeń deskryptywnych oraz analitycznych – również zaproponowanie (mówiąc precyzyjniej, zrekonstruowanie w oparciu o badane rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego) paradygmatycznego modelu postępowania w sprawach związanych z ekspresją symboliczną.

Wybór tematu niniejszej pracy nie jest wyłącznie pochodną subiektywnych zainteresowań badawczych autora. Sądzę, że analizowane zagadnienie dotyka dwóch węzłowych – zarówno z doktrynalnego, jak i praktycznego punktu widzenia – zagadnień. Po pierwsze, orzecznictwo SN w sprawie wolności słowa, a w szczególności w kwestii wypowiedzi symbolicznych, stanowi doskonałą egzemplifikację rosnącego znaczenia judykatury (zarówno na szczeblu krajowych sądów konstytucyjnych, jak i w kontekście funkcjonowania trybunałów międzynarodowych) w kształtowaniu porządku społeczno-politycznego, które prowadzi do istotnego skrępowania swobody manewru przysługującego władzy ustawodawczej. Rozstrzygnięcia SN w omawianej kwestii znakomicie ilustrują, jak na fundamencie zbudowanym z zaledwie dziesięciu słów („Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech”) sąd konstytucyjny jest w stanie konstruować wieloaspektową, wyrafinowaną i nader skomplikowaną doktrynę prawną, obejmującą szereg zasad i wyjątków oraz odnoszącą się do mnogości zróżnicowanych stanów prawnych oraz faktycznych (poczynając choćby od przepisów prawnokarnych penalizujących gloryfikację ustrojów totalitarnych, a kończąc np. na regulacjach dotyczących reklamowania zawodów zaufania publicznego). Warto nadmienić, że zjawisko to jest szczególnie wyraziste w kontekście zachowań niewerbalnych, albowiem pierwsza poprawka *prima facie* gwarantuje jedynie wolność „słowa”. Zachowując z przyczyn wyłożonych szerzej w pierwszym rozdziale pracy daleko idący sceptycyzm względem teoretycznoprawnej użyteczności takich pojęć, jak „aktywizm sędziowski” czy „sędziowska powściągliwość”, jestem równocześnie przekonany, że kompetencja władzy sądowniczej do interpretowania ustawy zasadniczej – bynajmniej nie tylko w realiach amerykańskich – powoduje współcześnie poważne konsekwencje ustrojowe, polegające

na namacalnym osłabieniu uprawnień ustawodawcy. Analiza orzecznictwa SN w sprawie wypowiedzi symbolicznych pozwala naświetlić wskazany fenomen, a toczona wokół niego debata publiczna ogniskuje się w znacznym stopniu wokół wspomnianego zagadnienia. Krótko mówiąc, zrelacjonowane w książce dyskusje mogą posłużyć jako pryzmat, spojrzenie poprzez który pozwala zrekonstruować podstawową argumentację (tak w deskryptywnym, jak i normatywnym wymiarze) zwolenników i oponentów aktywnego nadzoru sędziowskiego nad legislacją. Po drugie, poszanowanie wolności wypowiedzi jest – przynajmniej w mojej ocenie – jedną z najzupełniej fundamentalnych zasad aksjologicznych, które powinny być respektowane w społeczności aspirującej do miana liberalnej demokracji. Za takim poglądem przemawiają liczne racje etyczne natury zarówno deontologicznej, jak i konsekwencjalistycznej (pokrótce omówię je w rozdziale pierwszym). Sądzę, że istotą owej wolności jest objęcie gwarancjami również – powołując słynne orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – ekspresji o charakterze „obrażającym, oburzającym albo wprowadzającym niepokój w państwie bądź w części społeczeństwa” (*Handyside vs. Wielka Brytania*). Rezygnacja z chronienia tego rodzaju wypowiedzi uczyniłaby z wolności słowa *nudum ius*, pozbawione właściwie jakiegokolwiek istotnego społecznego znaczenia. Odnoszę jednak zarazem wrażenie, że w ostatnich latach w polskiej debacie publicznej głos zwolenników szerokiego (choć oczywiście nie absolutnego) rozumienia zasady swobody wypowiedzi rozbrzmiewa wyraźnie słabiej aniżeli bezpośrednio po przełomie ustrojowym z 1989 roku. Zjawisko to dotyczy w szczególności kwestii ekspresji politycznej, propagowania ustrojów totalitarnych, posługiwania się tzw. mową nienawiści oraz formułowania kontrowersyjnych tez historycznych. W obszarach tych wyraźnie zaczyna dominować optyka restrykcyjna, akcentująca etyczną konieczność (potrzebę) podejmowania przez aparat państwa działań represjonujących coraz szerszą paletę „niemoralnych” bądź też „fałszywych” wypowiedzi. Tymczasem orzecznictwo Sądu Najwyższego USA, gloryfikujące przestrzeganie wolności słowa oraz uwypuklające jej aksjologiczną doniosłość, stanowi celny kontrpunkt wobec perspektywy przyjmowanej przez rzeczników rozmaitej ingerencji władzy w obszar ekspresji. Aczkolwiek z uwagi na odmiennosc polskiego i amerykańskiego porządku konstytucyjnego konkretne rozumowania prawne fundujące wyroki SN nie są oczywiście wprost adekwatne do naszych rodzimych realiów, to jednak z doktrynalnego punktu widzenia ich relewantność nie wzbudza wątpliwości. Szerokie rozumienie zasady wolności słowa jest dostrzegalne zwłaszcza w orzeczeniach dotyczących wypowiedzi niewerbalnych, w których SN konceptualizuje jako – prawomocne lub nie – ograniczenia swobody ekspresyjnej regulacje odnoszące się m.in. do wymuszania na uczniach szkół publicznych udziału w patriotycznych rytuałach, finansowania kampanii wyborczych i partii politycznych przez podmioty prywatne, spania

w parku narodowym czy też wreszcie pokazów „tańca nago”. Z prawdopodobieństwem graniczącym niemalże z pewnością można stwierdzić, że w polskiej rzeczywistości kontekst ekspresyjny wspomnianych tutaj zachowań zostałby zbagatelizowany lub nawet zignorowany w toku stanowienia, stosowania czy komentowania prawa. Innymi słowy, przeprowadzona w książce analiza może pozwolić czytelnikowi dostrzec elementy związane z wolnością słowa w stanach faktycznych pozornie z nią niezwiązanych. Chciałbym zostać dobrze zrozumiany. Nie sugeruję tu bynajmniej, że Trybunał Konstytucyjny powinien, idąc tropem Sądu Najwyższego USA, zakwestionować zgodność z konstytucją np. przepisów penalizujących beczczenie flagi państwowej, kryminalizujących posługiwanie się symboliką nazistowską czy też nazbyt radykalnie ograniczających możliwość udzielania przez podmioty prywatne dotacji partiom politycznym. Sądzę natomiast, iż zapoznanie się z orzecznictwem SN USA w przedmiotowych sprawach pozwala na bardziej wszechstronne i pogłębione rozstrzygnięcie takich kontrowersji.

Książka składa się z trzech rozdziałów, z których pierwszy ma charakter wprowadzający. Omawiam w nim pokrótce ustrojowo-polityczną pozycję Sądu Najwyższego w amerykańskim systemie władzy, generalne znaczenie, doktrynalną genezę i *ratio legis* pierwszej poprawki do ustawy zasadniczej oraz relacje między ekspresją werbalną a symboliczną (w *stricte* prawnym kontekście wynikającym z klauzuli wolności słowa; zrezygnowałem więc – ze względu na brak bezpośredniego związku z tematem pracy – ze szczegółowego omawiania koncepcji filozofów języka, takich jak John L. Austin czy też Paul Grice). W rozdziale drugim opisuję orzeczenia, w których SN, rozważając problem konkretnego rodzaju ekspresji symbolicznej, posłużył się dyrektywami wypracowanymi bezpośrednio w odniesieniu do komunikacji werbalnej, stosując swoiste rozumowanie *per analogiam*. We wskazanych tu sytuacjach wypowiedź symboliczna została zakwalifikowana i potraktowana jako precyzyjny ekwiwalent wypowiedzi werbalnej, a regulacja ograniczająca swobodę jej głoszenia jako odpowiednik unormowania limitującego wolność słowa w ścisłym rozumieniu terminu. Wyroki te dotyczyły takich typów aktywności komunikacyjnej, jak wystawianie na widok publiczny czerwonej flagi jako znaku sprzeciwu wobec zorganizowanej formy rządu; odmowa uczestnictwa przez uczniów szkoły publicznej w ceremonii oddawania honorów fladze państwowej; milczący protest względem segregacji rasowej, zmanifestowany na terenie biblioteki publicznej; założenie czarnej opaski na ramię przez uczniów szkoły publicznej w celu wyrażenia sprzeciwu w stosunku do polityki USA w toku wojny wietnamskiej; podpalenie krucyfiksu. Natomiast w rozdziale trzecim przedstawiam sformułowaną przez Sąd Najwyższy koncepcję akcydentalnych brzemion, upostaciowioną w tzw. standardzie O’Brien, który jest narzędziem orzeczniczym wykorzystywanym zasadniczo – aczkolwiek nie wyłącznie – w odniesieniu do unormowań dotyczących ekspresji symbolicznej oraz tzw.

„speech plus” (pojęcie to zostanie wyjaśnione w rozdziale pierwszym). Najogólniej mówiąc, wskazany test nakazuje rozróżnić sytuację, w której badane przez SN unormowanie jest wymierzone w ekspresję symboliczną, od sytuacji, w której regulacja dotyczy wszystkich zachowań danego rodzaju niezależnie od obecności w nich w partykularnych okolicznościach konstytucyjnie doniosłego potencjału ekspresyjnego. W pierwszym przypadku należy bowiem stosować ogólne dyrektywy oceny konstytucyjności przepisów, relewantne do wypowiedzi werbalnych. W drugiej sytuacji (tzn. wówczas, kiedy regulacja jest wprowadzana z uwagi na niekomunikacyjny element czy konsekwencje czynu) test O’Briena nakłada na unormowanie obowiązek wypełnienia specyficznych kryteriów, pozwalających judykaturze stwierdzić, czy aplikacja tego postanowienia do aktywności ekspresyjnej nie narusza pierwszej poprawki. SN rozważał pod tym kątem zastosowanie przepisów kryminalizujących publiczne zniszczenie karty powołania do wojska do ekspresyjnego spalenia tego dokumentu w proteście przeciwko wojnie wietnamskiej, penalizujących niewłaściwe obchodzenie się z flagą państwową do jej ekspresyjnego zniszczenia oraz zabraniających publicznego obnażania się do pokazów „tańca nago”. W rozdziale trzecim omawiam również pokrótce przypadki aplikacji testu O’Briena w casusach niezwiązanych z wypowiedziami symbolicznymi (celem lepszego wyjaśnienia jego działania) oraz analizuję standard oceny zgodności z konstytucją unormowań dotyczących czasu, miejsca czy sposobu przekazu (z uwagi na bliskie pokrewieństwo tegoż ze standardem O’Briena), przedstawiając w szczególności jego zastosowanie do decyzji administracyjnej zabraniającej ekspresyjnego (przynajmniej w przeświadczeniu SN...) spania na terenie parku narodowego.

Struktura wewnętrzna drugiego i trzeciego rozdziału oparta jest zasadniczo na kryterium chronologicznym (z pewnymi elementami podziału merytorycznego), co umożliwia prześledzenie ewolucji linii orzeczniczej w układzie dynamicznym. Analizowane wyroki staram się umiejscowić na tle ogólnych konkluzji interpretacyjnych wyprowadzonych przez Sąd Najwyższy USA w wyniku egzegezy pierwszej poprawki, a dotyczących problematyki ekspresji politycznej, gróźb, tzw. „fighting words”, mowy nienawiści, zniewag, wypowiedzi obscenicznych, forów publicznych itp. (takie ujęcie jest zresztą konieczne). Chciałbym podkreślić, że wskazane tutaj orzeczenia analizuję wyłącznie w wymiarze koniecznym dla prezentacji podstawowych wątków rozprawy, nie pretendując do wyczerpania tematyki. Zdecydowałem się nie przedstawiać ich w ramach wprowadzającego rozdziału, ale przytaczać je bezpośrednio w kontekście tych rozstrzygnięć Sądu Najwyższego dotyczących wypowiedzi symbolicznych, dla których mają one normatywne znaczenie; sądzę, że przyjęcie takiego rozwiązania czyni moje opracowanie bardziej przyjaznym dla czytelnika. Zachodzi tu zresztą swoiste sprzężenie zwrotne, albowiem analiza wyroków SN w obszarze wypowiedzi symbolicznych stano-

wi użyteczny wehikuł pozwalający zrekapitułować najdonioślejsze teorie sformułowane przez ten organ w odniesieniu do całościowo traktowanej pierwszej poprawki. W książce posługuję się metodą historyczno-opisową oraz formalno-dogmatyczną. Fundament źródłowy monografii stanowią przede wszystkim rozstrzygnięcia SN i odnoszące się do nich komentarze formułowane przez konstytucjonalistów, filozofów czy historyków prawa. Inaczej niż świetna monografia Ryszarda M. Małajnego poświęcona zagadnieniu rozdziału kościoła od państwa¹, niniejsza praca dotyczy zatem właściwie wyłącznie płaszczyzny orzeczniczej.

Aczkolwiek rozpatrywane w książce zagadnienia posiadają bogatą literaturę (rzecz jasna, mowa tutaj o pozycjach anglojęzycznych), to jednak nie jest mi znane żadne relatywnie nowe opracowanie poświęcone wyłącznie problemowi wypowiedzi symbolicznych i kompleksowo analizujące wszystkie dotychczasowe orzeczenia Sądu Najwyższego USA w przedmiotowej materii. Istnieje wprawdzie zwięzła monografia Charlesa W. Colliera, ale jej celem jest raczej sformułowanie autorskiej doktryny prawnej w zakresie ekspresji niewerbalnej, a nie dokładna rekonstrukcja relewantnego stanowiska SN². Moje zamierzenie badawcze jest więc w pewnym sensie skromniejsze (co oczywiście nie oznacza, iż całkowicie odżegnuję się od wypowiedzania osobistych ocen). Warto także zaznaczyć, że nie ograniczam swojego zainteresowania tylko do enuncjacji Sądu Najwyższego, ale staram się również możliwie szeroko naświetlić debatę publiczną toczoną w środowiskach prawniczych, sprowokowaną przez badane rozstrzygnięcia. W toku pracy szczególnie przydatne były książki czy artykuły Larry'ego Alexandra, Williama W. van Alstynego, Edwina C. Bakera, Vincenta Blasiego, Lee C. Bollingera, Roberta Borka, Haiga J. Bosmajiana, Raphaela Cohena-Almagora, Ronalda Dworkina, Johna Harta Ely'ego, Thomasa I. Emersona, Daniela A. Farbera, Owena M. Fissa, George'a P. Fletchera, Kenta Greenawalta, Franklyna S. Haimana, Louisa Henkina, Nata Hentoffa, Stevena J. Heymana, Anthony'ego Lewisa, Leonarda W. Levy'ego, Richarda A. Posnera, Wojciecha Sadurskiego, Fredericka Schauera, Bernarda Schwartza, Stevena H. Shiffrina, Rodneya A. Smolli, Geoffreya R. Stone'a, Cassa R. Sunsteina, Marka V. Tushneta, Samuela Walkera i Tinsleya E. Yarbrougha. U wszystkich wymienionych autorów zaciągnąłem poważny dług badawczy (choć miewał on niekiedy charakter polemiczny). Chciałbym także dodać, iż, obok prac wymienionych wyżej wybitnych znawców problematyki wolności słowa w amerykańskim porządku normatywnym, wartościowym składnikiem niezwykle ożywionej dyskusji publicznej nad orzecznictwem SN w sprawie wypowiedzi symbolicznych były również rozliczne przyczynkowe teksty

¹ R. M. Małajny, „*Mur separacji*” – państwo a kościół w Stanach Zjednoczonych Ameryki, Katowice 1992, s. 12 i n.

² Ch. W. Collier, *Meaning in law: a theory of speech*, New York 2009, s. 3 i n.

napisane przez mniej znanych (częstokroć młodych) autorów, a poświęcone konkretnym jurydycznym rozstrzygnięciom lub doktrynalnym zagadnieniom. O ile wskazywanie w tym miejscu nazwisk nie wydaje się potrzebne, o tyle czynny udział takich osób w interesującym nas tutaj dyskursie naukowym zasługuje przynajmniej na ową krótką wzmiankę.

Konkludując te wstępne rozważania, winien jestem Czytelnikowi kilka wyjaśnień natury formalnej i terminologicznej. Praca obejmuje zasadniczo okres od 1931 roku (moment wydania pierwszego orzeczenia SN bezpośrednio dotyczącego wypowiedzi symbolicznych) do czasów najbardziej współczesnych i analizuje wszystkie istotne rozstrzygnięcia tegoż sądu związane z przedmiotową materią; z tego powodu za zbędne uznałem umieszczenie w tytule książki dat granicznych. Pojęcia „wypowiedź symboliczna” oraz „zachowanie ekspresyjne” traktuję synonimicznie oraz kwalifikuję jako fenomen odmienny od „speech plus” (tj. słowo plus zachowanie); obydwa typy aktywności komunikacyjnej – acz w wielu aspektach podobne – stwarzają jednak szereg wyraźnie odrębnych problemów prawnych. Pojęcia „regulacja”, „unormowanie” itp. funkcjonują w książce w dwóch znaczeniach zależnie od kontekstu ich użycia, denotując abstrakcyjną i generalną normę prawną (przepis) i/lub akt stosowania prawa będący wynikiem subsumcji takiej normy do konkretnego stanu faktycznego. Będąc oczywiście świadomy różnicy między obydwoima fenomenami, sądzę zarazem, iż powyższy zabieg semantyczny jest uzasadniony tak względami stylistycznymi, jak i konwencją językową obowiązującą w amerykańskim orzecznictwie oraz doktrynie. Jestem zresztą przeświadczony, że kontekst wyraźnie unaocznia, z którym sensem terminu „regulacja” bądź „unormowanie” mamy do czynienia w danym miejscu opracowania. Z podobnych powodów sformułowanie o (nie)zgodności przepisu z konstytucją czy o badaniu konstytucyjności przepisu odnosi się do samej jego treści i/lub do jego zastosowania w danej sytuacji faktycznej. Analogiczne pobudki skłoniły mnie do synonimicznego stosowania pojęć „teoria”, „koncepcja” i „doktryna” w stosunku do konceptów orzecznich wypracowanych przez Sąd Najwyższy („doktryna niedostatecznej inkluzji”, „teoria akcydentalnych brzemion”, „koncepcja neutralności treściowej” itp.). W posłużeniu się tymi terminami nie należy się tedy doszukiwać metodologicznego „drugiego dna”. Pojęcia „(nie)dyskryminacja” i „neutralność” treściowa (światopoglądowa) funkcjonują w pracy wyłącznie w sensie opisowym. Z przyczyn stylistycznych jako zasadniczo równoważne traktuję pojęcia interes „rządowy”, „państwowy”, „społeczny” i „publiczny” (np. w kontekście testu O’Brien’a czy standardu „surowego nadzoru sędziowskiego”); zgodnie z ustaloną już tradycją, niekiedy używam zamiennie terminów „rząd” oraz „państwo” (zob. chociażby polskie tłumaczenie tytułów traktatów Johna Locke’a). Słowo „konstytucja” i termin „pierwsza poprawka” – naturalnie z wyłączeniem dosłownych

cytatów – konsekwentnie piszę małą literą. Mówiąc o pierwszej poprawce, mam oczywiście na myśli jej postanowienie dotyczące wolności słowa. W książce przyjąłem polski wariant sporządzania przypisów (dotyczy to zwłaszcza niepodawania wydawcy), rezygnując również ze stosowania skróconych nazw czasopism naukowych i organu publikacyjnego. Celem uproszczenia lektury zdecydowałem się wskazywać miejsce opublikowania poszczególnych wyroków jedynie przy ich pierwszym powołaniu (odmienne rozwiązanie oznaczałoby bardzo pokaźne powiększenie liczby przypisów). Brak wskazania numeru strony przy niektórych powoływanych pozycjach literatury oznacza, iż zapoznałem się z nimi za pośrednictwem internetowej biblioteki lub bazy danych (Questia, Ebrary, Findlaw, Westlaw czy Heinonline), która w tym przypadku nie zawierała wspomnianej informacji.

Praca powstała w Katedrze Doktryn Politycznych i Prawnych na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. *Last but not least*, pragnę zatem serdecznie podziękować Kierownikowi Katedry Profesorowi Markowi Maciejewskiemu za naukowy impuls do podjęcia tematu, cenne uwagi metodologiczne i nieustanną życzliwość.

I. WPROWADZENIE

1. Sąd Najwyższy USA w amerykańskim porządku ustrojowo-politycznym

Alexander Hamilton stanowczo stwierdzał w *Esejach politycznych federalistów*, że władza sądownicza jest zdecydowanie najsłabszym elementem monteskiuszowskiej struktury instytucjonalnej, albowiem „nie kontroluje ona ani miecza, ani sakiewki, nie wywiera wpływu ani na siłę, ani na zamożność społeczności i nie może podejmować jakichkolwiek aktywnych działań. Można doprawdy powiedzieć, iż władza sądownicza nie posiada ani siły, ani woli, ale wyłącznie osąd”¹. Hamiltonowskiej perspektywy w niczym nie zmieniał nawet fakt, iż polityk – jeden z ojców-założycieli Stanów Zjednoczonych – był gotów przyznać Sądowi Najwyższemu kompetencję do kontrolowania konstytucyjności prawa². Oceniając powyższą wypowiedź z punktu widzenia współczesnych realiów, uprawniony wydaje się pogląd o jej fundamentalnej nieadekwatności do dzisiejszej ustrojowo-politycznej rzeczywistości Stanów Zjednoczonych zarówno w kontekście pozycji judykatury jako takiej, jak i w szczególności w aspekcie statusu federalnego Sądu Najwyższego. Jak trafnie odnotowuje się w literaturze, SN zajmuje obecnie poczesne miejsce w architekturze amerykańskiej demokracji konstytucyjnej, odgrywając rolę fundamentalnego bezpiecznika umożliwiającego przetrwanie i rozwój tej formy ustrojowej³. David M. O’Brien słusznie zauważa, że Sąd Najwyższy jest równocześnie „świątynią prawa” – instytucją definitywnie rozstrzygającą polityczno-prawne dysputy, autorytatywnym organem prawnym oraz wyrazem amerykańskiego ideału „rządów prawa, a nie ludzi” – oraz strukturą na wskroś polityczną, aktywnie zaangażowaną w kształtowanie ładu społecznego⁴. Jak konstatuje Jeffrey Rosen, SN skutecznie (przynajmniej w sferze retorycznej, jeśli nie w praktyce; historia USA pokazuje, że jego sędziowie zazwyczaj usiłowali w miarę możliwości dostosować swoje decyzje do woli większości, starając się utrzymać demokratyczną legitymację) zagwarantował sobie wyłączne

¹ A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, ed. by C. Rossiter, New York 1961, s. 465.

² Zob. E. Millican, *The Federalist Papers and the national idea*, Lexington 1990, s. 199.

³ D. Grier Stephenson, Jr., *Introduction: the Supreme Court in American government*, [w:] *An essential safeguard: essays on the United States Supreme Court and its Justices*, ed. by *idem*, New York 1991, s. 2, 32.

⁴ D. M. O’Brien, *Storm center: the Supreme Court in American politics*, New York 2000, s. XIII.

uprawnienie do konkludentnego interpretowania treści ustawy zasadniczej bez konieczności uwzględniania konkurencyjnych wykładni formułowanych przez inne ośrodki władzy, z powodzeniem deklarując tym samym swą ostateczną supremację w obszarze prawa konstytucyjnego⁵. Podobny pogląd prezentuje też – wyrażając zarazem ewidentny sceptycyzm co do nadmiernej ekspansywności SN – William Lasser, w którego przekonaniu Sąd Najwyższy – w praktyce licząc się przeważnie z politycznymi bądź społecznymi okolicznościami – w teorii dysponuje jednak doprawdy nadzwyczajną władzą dotyczącą interpretacji oraz egzekwowania konstytucji. Według Lassera, SN jest odporny na wszelakie naciski ze strony legislatywy bądź egzekutywy; jest zdolny przeforsować swoją wolę przeciw stanowisku pozostałych instytucji konstytuujących amerykański model ustrojowy; wbrew hamiltonowskim diagnozom, nie jest zatem czynnikiem słabym. Komentator wskazuje ponadto, iż współcześnie rozstrzygnięcia SN „wnikają głębiej i sięgają szerzej niż kiedykolwiek miało to miejsce w historii, a jego wpływ na amerykańską politykę i społeczeństwo” jest zaiste olbrzymi. Jak podsumowuje (zapewne z zamierzoną przesadą) Lasser, Sąd Najwyższy jest obecnie „właściwie omnipotentny”, a jego władza teoretycznie posiada wręcz „imperialny charakter”⁶. Rozważanie psychospołecznych, politycznych czy kulturowych przesłanek takiego usytuowania SN przekracza ramy niniejszej pracy (wskazane kwestie mogą zresztą stanowić przedmiot osobnego i bardzo interesującego studium). Natomiast prawnych źródeł fundamentalnej roli Sądu Najwyższego w ustroju USA należy poszukiwać przede wszystkim w specyfice amerykańskiej ustawy zasadniczej, której wiodące postanowienia stwarzające asumpt do prowadzenia najbardziej burzliwych dyskusji interpretacyjnych są sformułowane w sposób wielce generalny i zwięzły (w stopniu wyraźnie chyba przekraczającym ten znany z europejskiego konstytucjonalizmu). Do takowych klauzul zaliczyć można np. zakaz pozbawiania obywateli życia, wolności i własności bez „właściwego postępowania prawnego” (*due process*), nakaz roztaczania nad nimi „równej opieki prawnej” (*equal protection of laws*), bezwzględny zakaz naruszania wolności słowa bądź też wreszcie zakaz przeprowadzania nieuzasadnionych przeszukań i konfiskat⁷. W konsekwencji istnienia „tak mglistych dyrektyw tekstualnych”, w Stanach Zjednoczonych zdecydowana większość prawa konstytucyjnego jest tworzona – zgodnie zresztą z tradycją systemu *common law* – przez SN w drodze decyzji podejmowanych sprawa-po sprawie-

⁵ J. Rosen, *The most democratic branch: how the courts serve America*, New York 2006, s. 7 – 8, 16.

⁶ W. Lasser, *The limits of judicial power: the Supreme Court in American politics*, Chapel Hill 1989, s. 249, 262, 268 – 269, 272 i *passim*.

⁷ Aczkolwiek w konstytucjach obowiązujących na Starym Kontynencie możemy oczywiście zazwyczaj odnaleźć przepisy będące funkcjonalnymi odpowiednikami wyżej wymienionych uregulowań, to jednak są one z reguły znacznie precyzyjniej sformułowane oraz opatrzone dodatkowymi uszczegóławiającymi postanowieniami.

(*case-by-case*)⁸. Trafna wydaje się konkluzja Alana Granta, którego zdaniem centralna pozycja Sądu Najwyższego w ustrojowym modelu obowiązującym w USA wynika właśnie z posiadania przezeń suwerennej władzy w sferze interpretacji konstytucyjnej. Funkcja „ostatecznego arbitra ustawy zasadniczej” pozwala mu wpływać na ostateczny kształt amerykańskiego federalizmu przez wykładnię zawartych w konstytucji praw kardynalnych. Dzięki wspomnianym kompetencjom, Sąd Najwyższy zyskuje możliwość podejmowania decyzji co do polityczno-gospodarczo-kulturowego oblicza USA⁹.

W tym miejscu kilka uwag należy poświęcić kompozycji, właściwości oraz procedurze postępowania przed Sądem Najwyższym. SN składa się ledwie z dziewięciu członków (w tym prezesa), piastujących swoją kadencję dożywotnio (wyjąwszy oczywiście sytuacje, w których sędzia składa rezygnację bądź też w których przeprowadzany jest *impeachment*). Sposób ich wyboru jest relatywnie nieskomplikowany. Kandydatów na te stanowiska nominuje Prezydent Stanów Zjednoczonych; w dalszej kolejności kandydatury podlegają zatwierdzeniu przez izbę wyższą Kongresu (Senat); pomyślnie przejście tego ostatniego kroku upoważnia Prezydenta do podpisania aktu mianowania. Współcześnie proces selekcji wzbudza ogromne zainteresowanie opinii publicznej, co jest ewidentną konsekwencją (a zarazem przejawem) akcentowanej przez nas wcześniej kluczowej ustrojowej pozycji Sądu Najwyższego. Kompetencje SN są opisane w ustawie zasadniczej (zwłaszcza art. 3 (2)) i w ustawach zwykłych, precyzujących właściwość i tryb prowadzenia postępowań. Pomijając nader nieliczne sprawy, w których Sąd Najwyższy orzeka w pierwszej instancji (np. dotyczące ambasadorów oraz konfliktów pomiędzy stanami), oraz bardzo rzadko wykorzystywaną instytucję tzw. certyfikacji (której polskim ekwiwalentem byłoby udzielanie odpowiedzi na pytania prawne formułowane przez sądy niższych instancji), jurysdykcja SN ma przede wszystkim charakter apelacyjny. Biorąc pod uwagę temat niniejszej pracy, wystarczy wskazać, że Sąd Najwyższy jest ostatecznym trybunałem odwoławczym od orzeczeń sądów federalnych oraz stanowych (jeżeli rozpatrywana sprawa posiada implikacje związane z prawem federalnym)¹⁰. Po złożeniu przez stronę procesu stosownego wniosku SN podejmuje decyzję w kwestii przyjęcia sprawy do rozpoznania (wymagane jest tutaj wsparcie czterech sędziów), posiadając dziś w tym względzie praktycznie pełną dyskrecyjną władzę. Po uzyskaniu pozytywnego rezultatu strony postępowania (ewentualnie również *amici cu-*

⁸ R. A. Kagan, *Constitutional litigation in the United States*, [w:] *Constitutional Courts in comparison: the U. S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, ed. by R. Rogowski and T. Gawron, New York 2002, s. 39.

⁹ A. Grant, *The American political process*, New York 2003, s. 129, 130, 142.

¹⁰ I. R. Kaufman, *Appellate jurisdiction*, [w:] *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, ed. by K. L. Hall, New York 1992, s. 39 – 40.

riae) składają odpowiednie pisma procesowe. Kolejne etapy wyrokowania to jawna rozprawa ustna; niejawne posiedzenie (narada), na którym rozstrzyga się sentencję orzeczenia oraz wyznacza się sędziego odpowiedzialnego za sporządzenie uzasadnienia w imieniu większości (*majority opinion*); przygotowywanie uzasadnienia większościowego, jak też ewentualnych uzasadnień wspierających (*concurring opinion*) oraz zdań odrębnych (*dissent*)¹¹; podanie rozstrzygnięcia do publicznej wiadomości oraz zamieszczenie go w „United States Reports”. W toku swojej działalności Sąd Najwyższy jest uprawniony do ustalania wykładni unormowań federalnych (naturalnie łącznie z uregulowaniami konstytucyjnymi)¹² oraz orzekania w kwestii zgodności przepisu (sprzeczność *on its face*) lub też jego zastosowania w danej sprawie (sprzeczność *as applied*) z ustawą zasadniczą. Sprawowana przez SN kontrola konstytucyjności prawa posiada charakter uniwersalny, konkretny, deklaratoryjny i względny (choć w praktyce autorytet Sądu Najwyższego i zasada *stare decisis* przesądzają o respektowaniu jego orzeczeń przez pozostałe organy judykatury)¹³. Aczkolwiek w amerykańskim ładzie normatywnym ocenianie zgodności unormowań z ustawą zasadniczą odbywa się zgodnie z paradygmatem zdekoncentrowanym¹⁴, to jednak główną rolę w tym procesie odgrywa niewątpliwie SN, pełniący funkcję „strażnika konstytucji”¹⁵, a nawet „strażnika całego amerykańskiego porządku prawnego”¹⁶.

W tym miejscu warto jednakowoż zauważyć, iż konstytucja Stanów Zjednoczonych nie zawiera unormowania przyznającego judykaturze (a w szczególności Sądowi Najwyższemu) *expressis verbis* kompetencji do kontrolowania zgodności praw z ustawą zasadniczą¹⁷. Zasada taka została wprost wyartykułowana dopiero w wyroku SN w sprawie *Marbury vs. Madison*¹⁸ (który można najprawdopodobniej uznać za najważniejszy w całej jego historii) sporządzonym przez ówczesnego prezesa trybunału Johna Marshalla. Trafne wydaje się stwierdzenie, że we wskazanym orzeczeniu Sąd Najwyższy

¹¹ W tej fazie nierzadko dochodzi zmiany pierwotnego zdania przez niektórych sędziów, w wyniku czego zdanie odrębne może przekształcić się w uzasadnienie większościowe (i odwrotnie).

¹² SN jest natomiast związany dokonaną przez sądy lokalne interpretacją przepisów stanowych.

¹³ A. M. Ludwikowska, *System prawa Stanów Zjednoczonych: prawo i prawnicy, struktura władzy, spory prawne*, Toruń 1999, s. 240 – 243.

¹⁴ Zob. P. Mikuli, *Zdekoncentrowana kontrola konstytucyjności prawa: Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2002, s. 9 i n.

¹⁵ A. M. Ludwikowska, R. R. Ludwikowski, *Sądy w Stanach Zjednoczonych: struktura i jurysdykcja*, Toruń 2008, s. 33.

¹⁶ R. A. Tokarczyk, *Zarys prawa Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Lublin 1996, s. 47.

¹⁷ Warto jednak pamiętać, że *Eseje polityczne Federalistów* postulują przyjęcie tej reguły (*op. cit.*, s. 466 – 468).

¹⁸ 5 U. S. Reports 137 (1803).

dokonał samookreślenia swoich uprawnień. Sądzę, że w kontekście niniejszej pracy szczegółowe analizowanie merytorycznego aspektu procesu nie jest potrzebne (sprawa dotyczyła powołania niejakiego Williama Marbury'ego na stanowisko sędziego pokoju, posiadając zarazem istotne implikacje polityczne)¹⁹. Z naszej perspektywy kluczowe znaczenie posiada fakt, iż orzeczenie przyznało judykaturze prawo do nadzorowania postępowania władzy ustawodawczej oraz wykonawczej pod kątem jego konstytucyjności²⁰. Choć taka interpretacja roli sądów nie była bynajmniej aprobowana przez wszystkich uczestników dyskursu publicznego, to jednak dla ogromnej większości obserwatorów zdaje się ona dzisiaj oczywistością. Wypada zgodzić się z poglądem²¹, iż wyrok został w przedmiotowej kwestii oparty na racjonalnych „rozumowaniach inferencyjnych” zakorzenionych w treści konstytucji; dla Marshalla brak jednoznacznego postanowienia ustawy zasadniczej w zakresie kontroli konstytucyjności nie stanowił dostatecznej przeszkody w uzyskaniu logicznego oraz niewątpliwie pożądanego przezeń rezultatu. Prezes SN podkreślił, że „zagadnienie, czy przepis naruszający Konstytucję winien być traktowany jako prawo, jest kwestią niezwykle doniosłą w Stanach Zjednoczonych, ale – na szczęście – skala jego skomplikowania jest nieproporcjonalna do tej doniosłości”. Marshall dowodził, iż naród ma prawo ustanowić takie pryncypia systemu społeczno-politycznego, jakie uznaje za najbardziej sprzyjające osiągnięciu szczęścia. Reguła ta konstytuuje podstawę, na której wzniesiony został cały amerykański model ustrojowy. Owa fundamentalna zasada, zawarta w postanowieniach ustawy zasadniczej, organizuje strukturę władzy oraz nadaje jej poszczególnym członkom określone kompetencje. Ponieważ rząd USA jest wcieleniem w życie idei rządu ograniczonego, to przekroczenie przez dany organ przyznanego mu zakresu uprawnień wbrew regulacjom konstytucyjnym stanowi działanie niedopuszczalne. Ustawa zasadnicza jest więc najwyższym i podstawowym prawem, a akty władz publicznych naruszające jej klauzule winny być kwalifikowane jako bezprawne (nieważne). Jak wskazywał Marshall, „obowiązkiem sądownictwa jest definiowanie, czym jest prawo. Ci, którzy stosują regułę prawną w konkretnej sprawie, z konieczności muszą wyjaśniać oraz interpretować taką regułę. Jeżeli dwa przepisy pozostają ze sobą w konflikcie, sądy muszą podjąć decyzję co do ich funkcjonowania”. Skoro konstytucja jest prawem nadrzędnym, to w wypadku kolizji jej unormowań z prawodawstwem zwykłym sądy są zmuszone zastosować odpowiednie

¹⁹ Zwięzłe i rzetelne omówienie tego fragment orzeczenia można znaleźć np. [w:] J. Arthur, *Words that bind: judicial review and the grounds of modern constitutional theory*, Boulder 1995, s. 10 – 11.

²⁰ D. Robarge, *John Marshall: from revolutionary Virginia to the Supreme Court*, Westport 2000, s. 279.

²¹ T. C. Shevory, *John Marshall's law: interpretation, ideology, and interest*, Westport 1994, s. 49 – 50.

klauzule ustawy zasadniczej oraz równocześnie odmówić aplikacji niekonstytucyjnych przepisów. Nie budzi zarazem wątpliwości fakt, iż – w świetle powyższych twierdzeń obecnych w uzasadnieniu Marshalla – wiodącą rolę w procesie kontroli konstytucyjności prawa odgrywać ma najwyższy organ władzy sądowniczej, jakim jest SN. Jak słusznie pisze Alexander M. Bickel (zachowując daleko idący krytycyzm wobec takowej konceptualizacji kompetencji SN), chociaż następna sprawa, w której wprost pojawiła się kwestia uprawnienia Sądu Najwyższego do anulowania mocy obowiązującej norm ustanowionych przez Kongres USA, zawisła przed obliczem SN ponad pół wieku później²², to jednak sformułowana przez Marshalla doktryna stała się szybko „rzeczywistością naszej narodowej egzystencji”²³. Jak konkludują Corinne J. Naden oraz Rose Blue²⁴, wydanie analizowanego orzeczenia stanowiło przełomowy moment „w prawnym życiu narodu”. Sędzia Marshall definitywnie sprecyzował bowiem zupełnie kluczową kompetencję Sądu Najwyższego; zwerbalizowanie przezeń omówionej koncepcji okazało się postawieniem pierwszego kroku na drodze ku niemal uniwersalnej współcześnie akceptacji poglądu, zgodnie z którym to SN „posiada ostatnie słowo w sprawach konstytucyjnych”. Ponownie podkreślić trzeba, że, choć konkretne rozstrzygnięcia SN spotykają się dziś częstokroć z bezpardonową – według np. polskich standardów – krytyką, sama metakompetencja Sądu Najwyższego do ich podejmowania nie jest właściwie podważana w amerykańskim dyskursie publicznoprawnym.

Generalne uznanie uprawnienia SN do kontroli konstytucyjności prawa z ustrojowego punktu widzenia nie oznacza bynajmniej, że sposób wykorzystywania tejże kompetencji przez Sąd Najwyższy, czy to w konkretnych sprawach, czy to w kontekście ogólniejszych trendów orzeczniczych, nie podlega krytyce. Zasadniczym oskarżeniem wysuwany wobec SN przez licznych konstytucjonalistów, filozofów prawa, publicystów, jak również polityków, jest zarzut hołdowania przezeń tzw. sędziowskiemu aktywizmowi, bezpodstawnego uzurpowania sobie uprawnień i zadań innych organów władzy oraz naruszania reguł porządku demokratycznego, ufundowanego na zasadzie rządów większości. Krytycy postępowania SN zdają się bowiem sądzić, iż trybunał w toku swojej aktywności interpretacyjnej stosuje – w sposób pozbawiony politycznej oraz prawnej legitymizacji – słynne *dictum* prezesa SN Earla Warrena, nakazujące przeprowadzać proces wykładni z uwzględnieniem „ewoluujących standardów przyzwoito-

²² Chodzi tu o niesławną sprawę *Dred Scott vs. Sandford*, dotyczącą kwestii dopuszczalności delegalizacji przez Kongres niewolnictwa na „niepołudniowej” części terytorium Ameryki. Na ten temat zob. szerzej D. E. Fehrenbacher, *Slavery, law, and politics: the Dred Scott case in historical perspective*, Oxford 1981, s. 183 – 213.

²³ A. M. Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, Indianapolis 1962, s. 14.

²⁴ C. J. Naden, R. Blue, *Marbury v. Madison: the Court's foundation*, Tarrytown 2005, s. 77.

ści, wyznaczających postęp dojrzewającego społeczeństwa”²⁵; funkcję arbitra definiującego oraz egzekwującego wspomniane standardy winna w tym ujęciu pełnić oczywiście judykatura. W ocenie plemistów, taka (auto)interpretacja roli SN czyni zeń – wbrew postanowieniom ustawy zasadniczej – „superlegislatywę” oraz „Najwyższego Cenzora całokształtu prawodawstwa”²⁶. W konsekwencji przyjęcia tej optyki Sąd Najwyższy okazuje się właściwie niedemokratyczną instytucją, która podważa wolę narodu, podmiňuje proces polityczny oraz narusza zasadę podziału i równowagi władz. Diagnoza taka jest szczególnie popularna wśród przedstawicieli konserwatywnej prawicy²⁷. Jako reprezentatywny dla tego nurtu polityczno-ideowego można potraktować choćby artykuł konstytucjonalisty Lino A. Graglia, w którym autor przekonuje, iż orzecznictwo SN permanentnie wypacza rolę prawa w demokratycznej społeczności, jaką jest „wyrażanie, kultywowanie i egzekwowanie wartości społecznych zgodnie z ich rozumieniem przez większość obywateli”. Graglia utrzymuje, że sędziowie nieustannie podważają rzeczony wartości, pozbawiając tym samym naród amerykański jego fundamentalnego oraz niezwykle cenionego prawa do samostanowienia. Zdaniem autora, aktywność SN zmodyfikowała model ustrojowy USA w kierunku „sędziowskiej oligarchii”, a członkowie trybunału samozwańczo mianowali się „ostatecznymi prawodawcami w dowolnej sprawie publicznej, którą decydują się wyłączyć poza ramy zwykłego procesu politycznego”. Graglia nie waha się porównywać Sądu Najwyższego z irańską Wielką Radą Ajatollahów z uwagi na rzekomo identyczny status obydwu tych ciał jako „najwyższego systemowego autorytetu”. Jak konkluduje komentator, amerykański model polityczny to dzisiaj „tyrania mniejszości”, panowanie „kulturowej elity” (której SN jest instytucjonalnym wcieleniem), a nawet rządy potężnego dziewięcioosobowego dyrektoriatu, przywłaszczającego sobie nienależne kompetencje i wczytującego swoje osobiste preferencje do prawa stanowionego²⁸. Warto też w tym miejscu nadmienić, że przedstawione powyżej stanowisko pojawia się także – aczkolwiek znacznie rzadziej – w dyskursie lewicowym (będąc, rzecz jasna, motywowanym diametralnie różnymi przesłankami orzecznymi). Jako instruktywna egzemplifikacja tego faktu może posłużyć nam choć-

²⁵ Trop vs. Dulles, 356 U. S. Reports 86 (1958). Sformułowanie to odnosiło się pierwotnie wyłącznie do zawartej w ósmej poprawce do konstytucji frazy o zakazie stosowania „okrutnych i nadzwyczajnych kar”. Sądzę jednak, iż dla oponentów aktywizmu słowa Warrena trafnie oddają ogólniejsze *modus operandi* współczesnego SN.

²⁶ Por. B. Schwartz, *The Supreme Court: constitutional revolution in retrospect*, New York 1997, s. 13 – 14.

²⁷ Jej bodaj najgłośniejszym orędownikiem jest Robert H. Bork.

²⁸ L. A. Graglia, *Constitutional law without the Constitution: the Supreme Court's remaking of America*, [w:] *“A country I do not recognize”: the legal assault on American values*, Stanford 2005, s. 1 – 5.

by praca Jamina B. Raskina, w którego przekonaniu Sąd Najwyższy „przez większą część swego funkcjonowania stanowił siłę działającą na rzecz zacieklej politycznej reakcji”. Rozprawiając o SN, Raskin posługuje się określeniami w rodzaju „historyczne rozczarowanie” bądź też „koszmar” dla zorientowanych progresywnie osób. Stosowane przez sędziów metody interpretacyjne, brak deferencji wobec rozstrzygnięć organów wybieralnych, gotowość do odrzucania własnych precedensów czy też nieustanne używanie swoich kompetencji dla osiągnięcia partykularnych politycznych (a nawet partyjnych) celów – wszystkie wymienione przejawy agresywnego aktywizmu sędziowskiego są obecne w jurysprudencji SN, którego działalność narusza podstawowe zasady demokracji²⁹. Przywołane wyżej opinie są niewątpliwie bardzo radykalne (acz bynajmniej nieodosobnione), choćby z uwagi na ich całościowy wymiar. Przytaczam je tylko w celu zademonstrowania, że prawno-polityczna pozycja Sądu Najwyższego nie jest na gruncie amerykańskim traktowana jako niekwestionowany dogmat, z którym polemika automatycznie dezawuuje osobę ją formułującą.

Ponieważ oskarżenie o sędziowski aktywizm bywa kierowane przeciwko SN również w kontekście jego orzecznictwa w sprawie wolności słowa oraz ekspresji symbolicznej, zasadne wydaje się podjęcie próby zdefiniowania rzeczzonego pojęcia. Godzi się najpierw nadmienić, że termin ten jest niesłychanie wieloznaczny, a posłużenie się nim w konkretnej sytuacji nader często więcej mówi nam o politycznych przekonaniach uczestnika debaty publicznej aniżeli o treści czy właściwościach analizowanego wyroku. Niemniej jednak można pokusić się o próbę skonstruowania deskryptywnego ujęcia przedmiotowego zwrotu. Dokonywane przez polskich badaczy eksplikacje tegoż pojęcia przeważnie koncentrują się na jednym z dwóch aspektów. Po pierwsze, może ono odwoływać się do (nadmiernej) prawotwórczej roli sądów³⁰. W takim znaczeniu istotą doktryny i praktyki aktywizmu jest – jak pisze m.in. Lech Morawski – odmowa uznania sądów za organy zajmujące się wyłącznie stosowaniem prawa oraz zakwalifikowanie ich jako „instytucji współtworzących ogólne zasady i reguły” normatywne³¹. Po drugie, termin ten może także denotować gotowość judykatury do wchodzenia w konflikty z le-

²⁹ J. B. Raskin, *Overruling democracy: the Supreme Court v. the American People*, New York 2003, s. 2 – 11.

³⁰ Na ten temat zob. szerzej J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 359 i n.; B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska: studium teoretyczno-prawne*, Toruń 2004, s. 217 i n.

³¹ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa: prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 198. Zob. również L. Garlicki, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987, s. 292 – 293; D. Bunikowski, *Teoria deklaratoryjna i konstytucyjna wykładni (aktywizm i pasytywizm prawniczy)*, Państwo i Prawo, nr 11/2005, s. 47; A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, Państwo i Prawo, nr 8/2005, s. 19.

gislatorywą czy egzekutywą na tle rozpatrywanych problemów prawnych (a zwłaszcza konstytucyjnych) oraz do wydawania wyroków mających polityczne konotacje³². W moim przekonaniu, najlepszą na polskim gruncie definicję aktywizmu sędziowskiego, syntetyzującą obydwie wskazane wyżej opisowe elementy, proponuje Leszek Garlicki, w którego przeświadczeniu zjawisko to polega na „podejmowaniu kwestii konstytucyjnych w szerszym zakresie niż jest to konieczne oraz na formułowaniu własnej wizji celów i zadań państwa jako wiążącej dla pozostałych organów”³³ (aktywizm byłby przede wszystkim fenomenem złożonym). Godzi się jednakowoż podkreślić, iż doktryna amerykańska posługuje się rzeczonym pojęciem – czy to krytycznie, czy to aprobatywnie – w wyraźnie rozleglejszym kontekście. Jak bowiem wskazuje William P. Marshall³⁴, aktywizm – w odniesieniu do funkcjonowania SN – może oznaczać: gotowość do interpretowania ustawy zasadniczej w sposób sprzeczny z oczekiwaniami demokratycznie wybranych władz; negację ścisłego tekstualizmu przy konstytucyjnych interpretacjach (teorii zakładającej rygorystyczne opieranie się na rezultatach wykładni językowej); odrzucenie tzw. oryginalistycznej koncepcji wykładni ustawy zasadniczej (tj. doktryny nakazującej przywiązywać przesądające znaczenie już to do rozumienia tekstu konstytucji przez jej twórców, już to do jego pojmowania przez większość współczesnych im obywateli; bardziej wyrafinowana wersja oryginalizmu sugeruje wyabstrahowanie z tak zinterpretowanej konstytucji pewnych generalnych zasad, które mogą być z powodzeniem zastosowane do stanów faktycznych nieznanymi w okresie ustanawiania poszczególnych klauzul ustawy zasadniczej)³⁵; zmienianie uprzednio przyjętych rozstrzygnięć o charakterze precedensowym; poszerzanie zakresu kognicji władzy sądowniczej i włączanie do jej domeny zagadnień pozostających uprzednio w gestii innych organów; aplikację w toku orzecznictwa konstytucyjnego wypracowanych samodzielnie przez judykaturę teorii, testów i standardów, nieznajdujących zakorzenienia w ustawie zasadniczej; wyrokowanie w oparciu o polityczne bądź wręcz partyjne preferencje; narzucanie pozostałym organom „afirmatywnych zobowiązań” (czyli obowiązków podjęcia określonego działania). Marshall trafnie konstatuje, iż wymienione wyjaśnienia terminu „aktywizm”

³² W. Szyszowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (studium prawa konstytucyjnego)*, Warszawa 1969, s. 292 – 293.

³³ L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki. Konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*, Wrocław 1982, s. 120. Zob. też I. Małajny, *Reguła „kwestii politycznych” w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, [w:] *Konstytucjonalizm a doktryny polityczno-prawne: najnowsze kierunki badań*, pod red. R. M. Małajnego, Katowice 2008, s. 215; H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 312.

³⁴ W. P. Marshall, *Conservatives and the seven sins of judicial activism*, *University of Colorado Law Review*, vol. 73, s. 1219 – 122.

³⁵ Por. A. B. Coan, *Talking originalism*, *Brigham Young University Law Review*, 2009.

pozostają częstokroć wzajemnie sprzeczne³⁶, co wydatnie osłabia walor eksplanacyjny tego pojęcia. Warto także zauważyć, iż zastosowanie prostego rozumowania *a contrario* pozwala nam uzyskać definicję przeciwstawną w stosunku do aktywizmu doktryny i praktyki tzw. powściągliwości (wstrzemięźliwości) sędziowskiej. I tak termin ten może (w kontekście funkcjonowania SN) odpowiednio denotować: deferencję wobec decyzji demokratycznie wybranych organów władzy; przyjęcie ścisłego tekstualizmu; akceptację założeń oryginalistycznych; wierność precedensom; nieposzerzanie jurysdykcji; rezygnację z kreowania wspomnianych testów czy standardów; zachowanie politycznego oraz partyjnego obiektywizmu; podejmowanie wyłącznie rozstrzygnięć o charakterze negatywnym. Na zakończenie tego wątku chciałbym dodać, że pojęcia „aktywizmu” i „wstrzemięźliwości” sędziowskiej powinny – przynajmniej moim zdaniem – być traktowane jako typy idealne³⁷; linia orzecznicza SN jest bowiem najczęściej wypadkową dialektycznej relacji obydwu tendencji.

Szczegółowa analiza przedstawionych kategorii wykracza poza ramy tematyczne pracy. Sądzę jednak, iż uprawnione jest w tym miejscu kilka słów osobistego komentarza. Otóż w moim przekonaniu teoretycznoprawna użyteczność przeanalizowanych tutaj pojęć jest raczej niewielka. Oskarżenia SN o nadmierny aktywizm lub przesadną powściągliwość mają natomiast zwykle wymiar polityczny (w jak najszlachetniejszym znaczeniu tego wyrazu), stanowiąc przydatny instrument natury erystyczno-polemicznej, ułatwiający krytykowanie orzeczeń niezgodnych z postulatami osoby oceniającej. Pomijając wewnętrzną sprzeczność poszczególnych wyjaśnień fenomenu aktywizmu (i powściągliwości), adwersarze SN częstokroć ignorują realia procesu myślowego podejmowanego przez sędziów konstytucyjnych oraz miejsce ustawy zasadniczej w hierarchii źródeł prawa. Jeśli antyaktywistyczna argumentacja odnosi się do zaadoptowania przez sąd „niewłaściwych” reguł wykładni poprzez odrzucenie perspektywy oryginalistycznej lub *stricte* tekstualistycznej, to zarzut ten ma obiektywny teoretycznoprawny sens wyłącznie w sytuacji, w której przyjęcie alternatywnych dyrektyw interpretacyjnych prowadzi do błędnej merytorycznej konkluzji oraz do wydania mylnego orzeczenia. W tych jednak okolicznościach kwestia aktywizmu jest zagadnieniem najzupełniej wtórnym: orzeczenie może być uznane za aktywistyczne, ponieważ jest błędne z prawnego punktu widzenia; nie jest natomiast błędne, ponieważ jest aktywistyczne³⁸. W po-

³⁶ *Ibidem*, s. 1220.

³⁷ Zob. E. Kamenka, *Totalitaryzm*, [w:] *Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej*, pod red. R. E. Goodina i P. Petita, Warszawa 1998, s. 803.

³⁸ Dotyczy to również wypadku, w którym sąd bezzasadnie poszerza swoją jurysdykcję, bezpodstawnie nakłada pozytywne obowiązki na inne organy władzy lub uchyla poprawne rozstrzygnięcia precedensowe. Opis ten jest szczególnie adekwatny, jeżeli taki błędny wyrok

zostałych zaś przypadkach, oskarżenia oryginalistów oraz tekstualistów nie uwzględniają specyfiki procesu wykładni ustawy zasadniczej dokonywanej przez SN (a chyba również specyfiki procesu wykładni prawa w ogóle). Przepis konstytucji w ostatecznej instancji jest określonym tekstem, wymagającym właściwie zawsze interpretacji³⁹. Wykładnia ta przeprowadzana jest według wybranych standardów, co do których selekcji Sąd Najwyższy posiada konstytucyjną swobodę wyboru. Ustawa zasadnicza nie zawiera bowiem żadnej klauzuli nakazującej judykaturze bezwzględnie respektować intencje ojców-założycieli USA czy też ograniczać się do wykładni literalnej. Podjęcie przez SN decyzji o zastosowaniu odmiennych metod (np. wykładni dynamicznej czy rozszerzającej) jest tak samo „poprawne” z konstytucyjnego punktu widzenia, jak oparcie się na paradygmacie oryginalistycznym bądź ściśle tekstualistycznym. Jak odnotowuje Ryszard Sarkowicz, „gdy w praktyce tekst prawny okazuje się być wieloznaczny, prawnik wybiera jedno z możliwych jego znaczeń i stara się na rozmaite sposoby uzasadnić, że jest to znaczenie najbardziej właściwe – uzasadniając to funkcją prawa lub systemem wartości, które ma ono realizować”⁴⁰. Można zatem powiedzieć, że skoro wybór typów wykładni, którymi będzie posługiwał się w danej sprawie Sąd Najwyższy, jest z prawnej perspektywy „arbitralny”, „dyskrecjonalny” bądź „uznaniowy”, to praktycznie każde jego orzeczenie będzie w pewnym sensie przejawem aktywizmu (co oczywiście pozbawia tę kategorię jakiegokolwiek użytecznej deskryptywnej treści)⁴¹. Interesującą analogię przedstawia w tym kontekście Frederick Schauer⁴², w którego opinii język ustawy zasadniczej przypomina „czarne płótno. Choć samo płótno nie daje nam dyrektyw w sprawie obrazu, który mamy na nim umieścić, to jednak wiemy, kiedy wychodzimy poza jego granice”⁴³. Decyzja co do treści malowidła spoczywa zatem zawsze w gestii sądu; jego obowiązki obejmują niewykraczanie poza granice płótna oraz stworzenie wewnętrznie spójnego obrazu (koherencja orzecznictwa). Monteskiuszowskie założenie

sądowy motywowany jest przesłankami politycznymi lub partyjnymi. Można zresztą zasadnie założyć, iż każde błędne orzeczenie stanowi przejaw aktywizmu.

³⁹ Dla celów poniższego wywodu możemy pominąć kontrowersje wokół paremii *clara non sunt interpretanda*, którą zresztą uważam za nader mylącą, jeśli nie wprost nietrafną.

⁴⁰ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1998, s. 88.

⁴¹ Jak konkluduje Richard A. Posner, „you can adopt an interpretive rule that constitutional rights cannot be created by implication but must be stated expressly in the Constitution [...] But the choice of that interpretive rule is not something that can be derived by reasoning from agreed-upon premises”, [w:] *idem, How judges think*, Cambridge 2008, s. 104. Do tej tezy Posnera przyjdzie nam jeszcze powrócić przy okazji analizowania wyroków SN w sprawie konstytucyjności penalizacji ekspresyjnego profanowania flagi Stanów Zjednoczonych.

⁴² Konstytucjonalista ten bynajmniej nie należy do grona bezrefleksyjnych admiratorów orzecznictwa SN, o czym będziemy mieli okazję kilkakrotnie przekonać się w dalszych partiach książki.

⁴³ F. Schauer, *An essay on constitutional language*, *UCLA Law Review*, vol. 29, s. 828.

o sędziach jako „pasywnych istotach będących jedynie ustami ustawy” jest po prostu rażąco nieadekwatne do rzeczywistości sądownictwa (w szczególności sądownictwa konstytucyjnego)⁴⁴. Trzeba także podkreślić, iż tekst aktu normatywnego po jego uchwaleniu – podobnie jak dzieło literackie – w dużym stopniu emancypuje się i autonomizuje spod oddziaływania swojego twórcy, a powszechnie aprobowane rozumienie jego znaczenia – zwłaszcza po upływie dziesięcioleci – może być radykalnie odmienne od pierwotnych intencji autora⁴⁵ (co wcale nie czyni go błędnym). Odnajdywanie nowych, nieprzewidzianych sensów w tekście stanowi przecież uzasadnioną prerogatywę czytelnika. Akceptacja takiego stanowiska nie pociąga za sobą bynajmniej konieczności przyjęcia teorii interpretacyjnego nihilizmu (co sugerują przedstawiciele postmodernizmu). Swoboda interpretacji jest bowiem ograniczona. Wykładnia *contra legem* jest tak samo niepoprawna, jak np. rozumienie *Antygony* Sofoklesa w kategoriach manifestu na rzecz pełnej swobody seksualnej. Czytelnik ma jednak prawo do samodzielnej oceny, w jaki sposób grecki dramatopisarz wyważa racje tytułowej bohaterki i Kreona. Status sędziego konstytucyjnego – niejako *per facta concludentia* – stwarza dysponującej nim osobie możliwość autorytatywnego „narzucania” swoich interpretacji innym podmiotom. Ze wszystkich wyłuszczonych wyżej powodów, oryginalistyczne oraz tekstualistyczne krytyki aktywizmu SN – wyjąwszy ewentualnie casus wydania błędnego orzeczenia – posiadają jedynie sens ideowo-polityczny (co wcale nie musi pozbawiać ich istotnego walu merytorycznego). W tym ujęciu podniesienie zarzutu aktywizmu oznacza tylko, że, zdaniem jego eksponenta, operowanie zgodnie z dyrektywami oryginalizmu lub ścisłego tekstualizmu owocuje lepszymi (ale nie „jedynie słusznymi”) rezultatami aniżeli odwoływanie się do alternatywnych strategii interpretacyjnych. W moim przeświadczeniu, argument z aktywizmu będzie zatem zazwyczaj narzędziem politycznej polemiki z orzeczeniami, których konkluzja jest przez jego wyrazicieli nieakceptowana. Pośrednim dowodem na prawdziwość takiej tezy jest fakt, iż przedstawiciele amerykańskiej lewicy i prawicy (jak chociażby Raskin oraz Graglia) posługują się rzeczoną oskarżeniem w kontekście zupełnie innych orzeczeń SN. Wyroki stanowiące dla jednej z grup przejaw godnej pochwały powściągliwości sędziowskiej, dla przeciwnego obozu są częstokroć manifestacją aktywizmu w jego najbardziej uzurpatorskiej formie. Dobrym przykładem takiej interpretacyjnej kakofonii będzie dyskusja o rozstrzygnięciu SN w sprawie

⁴⁴ Monteskiusz, *The spirit of laws*, Kitchener 2001, s. 180.

⁴⁵ Odnosząc się do twórców ustawy zasadniczej, Oliver Wendell Holmes napisał w jednym ze swoich wyroków, że „when we are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters”, [w:] *State of Missouri vs. Holland*, 252 U. S. Reports 416 (1920). Diagnoza ta wydaje się celna, mimo że Holmesa trudno określić mianem bezstronnego obserwatora.

Texas vs. Johnson, kiedy to zarzut aktywizmu był formułowany zarówno wobec orzeczenia większości (zgodnie z którym ekspresyjna profanacja flagi USA jest chroniona przez pierwszą poprawkę), jak i w stosunku do zdania odrębnego sporządzonego przez prezesa SN Williama H. Rehnquista (w którego ocenie legislatura posiada kompetencje do kryminalizacji takiego zachowania).

Oskarżenie o aktywizm pojmowany jako stosowanie przez Sąd Najwyższy w toku swojej aktywności samodzielnie wypracowanych standardów oceny konstytucyjności przepisów (w kontekście klauzuli wolności słowa istotne są tu zwłaszcza test „strict scrutiny”, test O’Brien’a oraz test TPM⁴⁶) także wydaje się chybione. Nie można oczywiście całkowicie bagatelizować tezy antyaktywistów, zgodnie z którą kierowanie się takowymi kryteriami umożliwi sędziom „pisanie Konstytucji od nowa” w oparciu jedynie o ich osobiste przekonania ideowe oraz oceny normatywne⁴⁷. Diagnoza taka może być w konkretnych sytuacjach najzupełniej poprawna. Pamiętać jednakże trzeba o klasycznej rzymskiej paremii: *abusus non tollit usum*. Wydaje się bowiem, że ustanawianie wskazanych autorskich testów przy badaniu konstytucyjności prawa jest postępowaniem właściwie nieuniknionym, wymuszonym specyfiką ustawy zasadniczej i mechanizmami funkcjonowania Sądu Najwyższego⁴⁸. Konieczność wypełniania treścią pojęć niedookreślonych, interpretacji klauzul generalnych, hierarchizowania określonych wartości konstytucyjnych oraz stosowania ogólnych sformułowań ustawy zasadniczej do niezliczonej mnogości zróżnicowanych stanów faktycznych – wszystkie te elementy stanowią nieusuwalną część orzecznictwa konstytucyjnego, wykluczając możliwość opierania się przez SN jedynie na lakonicznych postanowieniach ustawy zasadniczej. Posłużmy się tutaj przykładem zawartej w pierwszej poprawce normy dotyczącej wolności religii, zabraniającej Kongresowi uchwalania praw zakazujących swobodnego praktykowania jakiegokolwiek wyznania. Co tak naprawdę statuuje przytoczona klauzula? Czy ustawodawca rzeczywiście nie może reagować w sytuacji, w której praktykowanie określonej religii koliduje z innymi ważnymi (oraz niekoniecznie rozpoznanymi jednoznacznie przez konstytucję) interesami czy też wartościami publicznymi? Jak powinien zachować się Sąd Najwyższy, jeśli rozpatrywana przezeń regulacja odnosi się generalnie do czynów o charakterze sekularnym, jedynie akcydentalnie wkraczając w obszar wyznaniowy? Czy rzeczone postanowienie nakazuje ustawodawcy zawsze wybierać rozwiązania najmniej inwazyjne dla wolności religijnej, niezależnie od wyniku komparatywnej ana-

⁴⁶ Standardy te zostaną oczywiście omówione w dalszych częściach pracy.

⁴⁷ Por. T. J. Jipping, *From least dangerous branch to most profound legacy: the high stakes in judicial selection*, Texas Review of Law & Politics, vol. 4.

⁴⁸ Poniższa argumentacja odnosi się zresztą również, *mutatis mutandis*, do innych trybunałów konstytucyjnych.

lize ich kosztów czy skuteczności? Podobne pytania można mnożyć, a obowiązkiem SN jest znalezienie na nie ультymatywnej odpowiedzi. Krytykowane przez orędowników powściągliwości sędziowskiej wprowadzanie przez Sąd Najwyższy nieobecnych w tekście konstytucji standardów ocennych wydaje się służyć jednolitości, przejrzystości i pewności orzecznictwa⁴⁹. Alternatywą wobec konsekwentnego stosowania przez SN jasno i szczerze wyłożonych kryteriów nie jest bowiem opieranie się na suchej treści konstytucji, ale po prostu rozstrzygnięcie kontrowersji arbitralnie i metodą *ad hoc* (co raczej nie powinno budzić entuzjazmu zwolenników wstrzemięźliwości)⁵⁰. W tym przypadku zarzut aktywizmu sprowadza się zatem do nieracjonalnej krytyki posunięć zmierzających do realizacji wartości docenianych przez samych rzeczników powściągliwości.

Pewien obiektywny teoretycznoprawny sens można również odnaleźć w definiowaniu aktywizmu sędziowskiego jako braku odpowiedniego respektu wobec ustaleń zapadających w wyniku demokratycznego procesu politycznego. Przejawem tej tendencji jest, w przekonaniu adwokatów wstrzemięźliwości, deklarowanie niekonstytucyjności uregulowań cieszących się zdecydowanym poparciem parlamentarnym oraz/lub obywatelskim. Przeciwnicy paradygmatu aktywistycznego utrzymują, że sądy, podejmując takowe rozstrzygnięcia, wkraczają na arenę sporu politycznego, bezpodstawnie zawłaszczając kompetencje władzy ustawodawczej, która posiada konstytucyjną legitymację do rozpatrywania takich kontrowersji. Oceny takie mogą być niekiedy uznane za obiektywnie uzasadnione, ale z jednym zastrzeżeniem. Obowiązkiem sądów konstytucyjnych jest pozbawianie mocy wiążącej praw niższego rzędu kolidujących z ustawą zasadniczą. Jeżeli ewaluacja relewantnych przepisów prowadzi sąd do jedynej trafnej konkluzji o naruszeniu przez regulacje niższej rangi postanowień konstytucji, to wysuwanie wobec niego naładowanego pejoratywnie zarzutu hołdowania aktywizmowi jest pozbawione sensu nawet w sytuacji, w której zakwestionowane unormowania cieszą się przytłaczającym i entuzjastycznym poparciem większości społeczeństwa (albo większości legislatury). Innymi słowy, społeczna czy polityczna waloryzacja określonych praw nie powinna być co do zasady czynnikiem istotnym z punktu widzenia orzecznictwa konstytucyjnego. Stąd też decyzje Sądu Najwyższego podważające rozstrzygnięcia ustawodawcy są generalnie nieproblematyczne z perspektywy teoretycznoprawnej, a także – przynajmniej w moim przekonaniu – z perspektywy narzucanej przez reguły demokracji

⁴⁹ Zarzut aktywizmu może być uznany za uzasadniony jedynie w sytuacji, w której zaadoptowane przez sąd standardy wypaczają treść ustawy zasadniczej.

⁵⁰ Przytoczona argumentacja traci sens w sytuacji, w której sformułowane przez SN standardy są błędne z konstytucyjnego punktu widzenia. W takim wypadku zarzut aktywizmu może być uzasadniony. Ponownie jednak postępowanie Sądu jest aktywistyczne, ponieważ jest błędne; nie jest zaś błędne, ponieważ jest aktywistyczne.

konstytucyjnej⁵¹. Oskarżenie o aktywizm wydaje się zaś adekwatne, jeśli niekorzystna dla prawodawcy interpretacja ustawy zasadniczej (lub badanego unormowania) jest niepoprawna lub też jeśli sąd spośród dwóch możliwych konkurencyjnych wykładni wybiera tę, która zawęży legislatywie pole manewru, wyłączając określone kwestie poza nawias procesu politycznego⁵². Sądzę jednakże, iż sytuacja współwystępowania dwóch (lub oczywiście większej liczby) **równorzędnych** interpretacji, prowadzących do odmiennych rezultatów przy ewaluacji konstytucyjności danego przepisu, jest – przynajmniej w kwestiach będących przedmiotem pracy – na gruncie amerykańskim raczej rzadka, albowiem nawet tak niedookreślone pojęcie, jak „wolność słowa”, ma pewien obiektywny sens (w ramach jednej – np. oryginalistycznej czy tekstualistycznej – strategii wykładni), pozwalający wykluczyć liczne propozycje jego rozumienia. Moim zdaniem, właściwie poprowadzony proces egzegezy często – acz niestety nie zawsze – umożliwi intersubiektywnie akceptowalną rekonstrukcję znaczenia podobnych terminów, które nie jest li tylko refleksem osobistych ocen interpretatorów⁵³.

Konkludując niniejszy fragment pracy, chciałbym wyraźnie zaznaczyć, iż zadeklarowany wyżej sceptycyzm – z nielicznymi wyjątkami – wobec kategorii sędziowskiej

⁵¹ Skoro amerykańska ustawa zasadnicza jest fundamentem całego porządku ustrojowego USA (por. J. Blondel, *Comparing political systems*, New York 1972, s. 171), a jej postanowienia konstytuują „symbiotyczną całość”, determinującą podstawowe pryncypia ustrojowe (M. H. Redish, *The Constitution as political structure*, New York, 1995, s. 3 – 4 i n.), to instytucja sędziego konstytucyjnego winna być wręcz traktowana jako nieodłączny korelat wskazanego powyżej modelu państwa (D. Rousseau, *The Constitutional judge: master or slave of the Constitution?*, [w:] *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy*, ed. by M. Rosenfeld, Durham 1994, s. 276). Odmienny punkt widzenia można znaleźć m.in. [w:] A. M. Bickel, *op. cit.*, s. 16 i n.; R. J. Lipkin, *Constitutional revolutions: pragmatism and the role of judicial review in American constitutionalism*, Durham 2000, s. 232 i *passim*; J. Waldron, *A right-based critique of constitutional rights*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 13, s. 41 – 51. Zagadnienie to jest jednak zbyt skomplikowane, aby omawiać je tutaj szerzej.

⁵² W tym ostatnim przypadku rzeczywiście uprawnienie sądu konstytucyjnego do, jak określa to Wojciech Sadurski, posiadania „autorytatywnego ostatniego słowa” pozwala mu narzucać pozostałym organom władzy swoje tłumaczenie (czy też artykulację) ogólnych klauzul konstytucyjnych, [w:] *idem*, *Spór o ostatnie słowo: sądownictwo konstytucyjne a demokracja przedstawicielska*, Civitas. Studia z filozofii polityki, nr 2, s. 96; *idem*, *Judicial review and the problem of constitutional rights*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 22, s. 282. Racje wynikające z reguł ustroju demokratycznego faktycznie przemawiają w takiej sytuacji za powściągliwością sędziowską (tj. za przyjmowaniem interpretacji korzystnych dla władzy ustawodawczej). Z drugiej jednakże strony, przyjęcie przeciwnej wykładni może być uzasadnione choćby argumentem z praw człowieka.

⁵³ W moim przekonaniu, zabieg ten jest możliwy w odniesieniu do pojęcia „wolność słowa”. Niewątpliwie zastosowanie strategii oryginalistycznej i celowościowej przy jego wykładni prowadzi będzie częstokroć do odmiennych wyników interpretacyjnych. Jeśli jednak dokonamy już wyboru jednej z powyższych opcji (a jest to – przypomnijmy – naturalna prerogatywa sądu konstytucyjnego), to przedmiotowy termin uzyskuje względnie precyzyjne znaczenie. Nie podzielam zatem poglądu, jakoby istniało wiele **równorzędnych** koncepcji rozumienia tegoż pojęcia. O ile radykalnie pozytywistyczne ujęcie wykładni jako ściśle zalgorytmizowanego procesu, wiodącego zawsze do jednego obiektywnie poprawnego rezultatu, zapewne grzeszy naiwnością, o tyle przyjęcie teorii subiektywistycznej właściwie całkowicie pozbawia sensu dyskusję nad orzecznictwem konstytucyjnym w odniesieniu do poprawności bądź niepoprawności poszczególnych rozstrzygnięć.

wstrzeźliwości i aktywizmu (wynikający z ich generalnie politycznego zabarwienia) odnosi się wyłącznie do ich użyteczności jako przydatnego instrumentu analiz o charakterze teoretycznoprawnym (bo już nie doktrynalnym czy aksjologicznym). Nie należy w szczególności utożsamiać takowego stanowiska z próbą pomniejszenia roli judykatury (zwłaszcza Sądu Najwyższego) w realiach amerykańskich. Sądzę bowiem, że normatywna rzeczywistość Stanów Zjednoczonych została celnie zdiagnozowana przez reprezentantów szeroko rozumianego realizmu prawniczego⁵⁴. W mojej ocenie, przysługujący sędziom w USA zakres dyskrecyjnej władzy jest rzeczywiście niebagatelny⁵⁵. „Prawo jest tym, co czynią sędziowie”⁵⁶ i „prawem jest przewidywanie tego, co uczynią sądy”⁵⁷ – te słynne i kojarzone z realizmem sentencje generalnie adekwatnie (choć z pewną przesadą) pokazują pozycję judykatury w Stanach Zjednoczonych, posiadając równocześnie istotny wymiar uniwersalny. Jednak maksymy te odnoszą się w równym stopniu do wyroków „aktywistycznych” oraz „powściągliwych”, opartych na oryginalizmie oraz odrzucających ten paradygmat, uzasadnionych *stricte* tekstualistycznie oraz uargumentowanych teleologicznie, poprawnych oraz błędnych. Podsumowując, to sądy – a w szczególności Sąd Najwyższy – nadają w USA skonkretyzowaną treść terminom w rodzaju „wolność słowa”, z konieczności pełniąc nader „aktywną” funkcję ustrojową. O ile zakres sędziowskiej dyskrejności może być z powodzeniem ograniczany (np. przez precyzyjniejsze konstruowanie przepisów bądź unikanie wprowadzania nadmiernie „rozciągliwych” standardów oceny konstytucyjności regulacji), o tyle żywienie nadziei na jej całościową eliminację jest po prostu oddawaniem się iluzjom.

2. Konstytucyjna klauzula wolności słowa – uwagi ogólne

Pierwsza poprawka do konstytucji Stanów Zjednoczonych, zabraniająca Kongresowi⁵⁸ m.in. stanowienia praw ograniczających wolność słowa, została ratyfikowana

⁵⁴ Używam tego pojęcia nie tyle na oznaczenie konkretnego nurtu w amerykańskiej teorii prawa, ile na określenie generalnej optyki akcentującej kluczową rolę sądów w tworzeniu norm prawnych.

⁵⁵ Por. F. V. Cahill, Jr., *Judicial legislation: a study in American legal theory*, New York 1952, s. 126 i n.

⁵⁶ Cyt. za: N. Duxbury, *Patterns of American jurisprudence*, Oxford 1997, s. 66.

⁵⁷ Cyt. za: W. M. Wiecek, *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America 1886 – 1937*, New York 1998, s. 181.

⁵⁸ Pamiętać również trzeba o poprawce czternastej (zabraniającej stanom ograniczania praw i wolności obywateli Stanów Zjednoczonych oraz pozbawiania kogokolwiek życia, wolności i własności bez odpowiedniego postępowania prawnego), która – przynajmniej w powszechnej dziś interpretacji – rozciągnęła moc obowiązującą pierwszej poprawki także na władze lokalne. Zagadnienie relacji pomiędzy pierwszą a czternastą poprawką zostanie omówione nieco szerzej w rozdziale drugim niniejszej książki. Dodajmy też, iż zakres normowania

przez wymaganą liczbę legislatyw stanowych do dnia 15 grudnia 1791 roku, stając się – wspólnie z innymi dziewięcioma poprawkami – kluczowym składnikiem amerykańskiego porządku prawnego⁵⁹. Jak zauważa David A. Strauss, pierwsza poprawka (a zwłaszcza klauzula wolności słowa) jest przepisem darzonym przez Amerykanów bodajże największą rewerencją spośród wszystkich postanowień konstytucyjnych, czego pośrednie potwierdzenie stanowi fakt, że jej brzmienie (i to brzmienie dosłowne) jest doskonale znane także laikom w kwestiach prawnych⁶⁰. Steven H. Shiffrin obrazowo konstatuje, że „Stany Zjednoczone mają romans z pierwszą poprawką. Amerykanie uznają ją za ważny symbol reprezentujący ich kraj”⁶¹. Trudno też polemizować z poglądem Cassa R. Sunsteina, w którego przekonaniu klauzula wolności słowa perfekcyjnie „symbolizuje przywiązanie Amerykanów do ideału wolności w ramach rządów prawa [...] Jej słowa inspirowały i skłaniały do refleksji nie tylko Amerykanów, ale również reformatorów i twórców konstytucji w innych kręgach kulturowych. Dzięki zakazowi wprowadzania praw ‘naruszających wolność słowa’, amerykańska ustawa zasadnicza postrzegana jest jako potężna zaporę przeciwko urzędowej cenzurze, która stanowi być może największe niebezpieczeństwo dla systemu demokratycznego. Pierwsza Poprawka [...] nie pozwala władzy państwowej na ustanowienie jakiegokolwiek oficjalnej ortodoksji, uniemożliwia większości narzucanie swych preferencji, a nawet gwarantuje istnienie znacznej liczby kanałów komunikacji dla swobodnej ekspresji”⁶². Jak słusznie konkluduje Donald E. Lively, w konstytucyjnym porządku Stanów Zjednoczonych zasada swobody wypowiedzi posiada wyjątkowy status, czego jurydycznym wyrazem jest szczególnie atencja, jaką władza sądownicza (a przede wszystkim federalny Sąd Najwyższy) darzy roszczenia związane z ekspresyjnymi interesami⁶³ (nawet jeżeli ostatecznie podejmuje decyzję o ich bezzasadności, to rozpatruje je nader pieczołowicie). Warto również w tym kontekście przywołać wypowiedź sędziego SN Hugona L. Blacka (jednego z niewielu rzeczników absolutystycznej interpretacji klauzuli wolności słowa): „Gwarancje przewidziane w pierwszej poprawce to kamienie węgielne, na których zbudowana zosta-

pierwszej poprawki obejmuje nie tylko legislatywy, ale również organy władzy wykonawczej i sądowniczej.

⁵⁹ Zob. szerzej L. W. Levy, *The Bill of Rights*, [w:] *The American founding: essays on the formation of the Constitution*, ed. by J. Jackson Barlow, L. W. Levy and K. Masugi, New York 1988, s. 295 – 323.

⁶⁰ D. A. Strauss, *Freedom of speech and the common-law Constitution*, [w:] *Eternally vigilant: free speech in the modern era*, ed. by L. C. Bollinger and G. R. Stone, Chicago 2002, s. 33.

⁶¹ S. H. Shiffrin, *The First Amendment, democracy, and romance*, Cambridge 1990, s. 5. Zob. też *idem*, *Dissent, injustice, and the meanings of America*, Princeton 1999, s. 3, 26.

⁶² C. R. Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, New York 1995, s. XI.

⁶³ D. E. Lively, *Essential principles of communications law*, New York 1992, s. 18.

ła struktura naszego państwa i bez których nie może ono przetrwać w zamierzonym kształcie. Wolność mówienia i pisania o sprawach publicznych są kluczowe dla naszego ustroju, tak jak serce dla organizmu ludzkiego, a właściwie są jego sercem. Jeśli to serce osłabnie, rezultatem będzie wycieńczenie; jeżeli zaś przestanie pracować, rezultatem będzie śmierć⁶⁴. O ile szczegółowe interpretacje pierwszej poprawki budzą niejednokrotnie gwałtowne, emocjonalne i nierozstrzygnięte spory, o tyle słowa Blacka wydają się dość adekwatnie opisywać generalne miejsce zasady swobody wypowiedzi w porządku politycznym, społecznym oraz prawnym Stanów Zjednoczonych.

Uwodzicielski urok klauzuli wolności słowa dla Amerykanów w znacznej mierze wynika z jej absolutnego, ultymatywnego i pozornie jednoznacznego brzmienia. Jednak owa prostota oraz bezwyjątkowość przepisu są oczywiście czysto iluzoryczne, istniejąc tylko *prima facie*⁶⁵. W rzeczywistości, jak podkreśla Eric Barendt, „rzadko kiedy rzekomo klarowny tekst prawny wywołuje tyle problemów interpretacyjnych”, co pierwsza poprawka⁶⁶. Należy zgodzić się z opinią Bernarda Schwartza, iż wyłącznie „komuś pozabawionemu prawniczego wykształcenia można wybaczyć odczytanie Pierwszej Poprawki w językowej próżni [...] Słowom Pierwszej Poprawki nie wolno nadać w sensie prawnym absolutystycznego znaczenia, które posiadają one w sensie językowym. Z pewnością bez wolności objętych rękojmiami Pierwszej Poprawki w ogóle nie istniałoby wolne społeczeństwo. Jednakże [...] wolności wynikające z Pierwszej Poprawki nie są celami samymi w sobie, ale instrumentami pozwalającymi osiągnąć cel, jakim jest budowa wolnej społeczności, i jako takie są kwalifikowane przez ujmowaną całościowo Konstytucję po to, aby stworzyć taką społeczność. Spełniają zatem kluczową funkcję, ale ich wykonywanie nie może kolidować z respektowaniem innych praw niezbędnych w modelu demokratycznym⁶⁷. Jak zresztą przypomina Franklyn S. Haiman, „ani Sąd Najwyższy USA, który posiada ostateczną władzę w zakresie przeprowadzania wykładni ustawy zasadniczej, ani najwybitniejsi uczeni studiujący i autorytatywnie wypowiadający się w sprawie historii i statusu wolności słowa w Ameryce [...] ani największa i najgłośniejsza krajowa organizacja zajmująca się wolnościami obywatelskimi, czyli Amerykańska Unia Wolności Obywatelskich, nie utrzymywali nigdy, że zawarte w pierwszej poprawce słowa [...] powinny być rozumiane zgodnie z ich literalnym,

⁶⁴ Milk Wagon Drivers Union of Chicago, Local 753 vs. Meadowmoor, 312 U. S. Reports 287 (1941).

⁶⁵ Także zadeklarowani orędownicy perspektywy absolutystycznej w praktyce nie utrzymują bynajmniej, że pierwsza poprawka pozwala mówić wszystko w każdych okolicznościach.

⁶⁶ E. Barendt, *Freedom of speech*, Oxford 1985, s. 31.

⁶⁷ B. Schwartz, *The Supreme Court: constitutional revolution in retrospect*, New York 1957, s. 232.

absolutnym brzmieniem”⁶⁸. Przyjęcie takiego stanowiska przeczyłoby zresztą zdrowemu rozsądkowi. Zapewne nikt nie byłby przecież skłonny udzielać zawartych w pierwszej poprawce gwarancji np. autentycznym groźbom, wypowiedzianym z premedytacją kłamstwom podważającym cudzą reputację, podżeganiu do popełnienia przestępstwa czy też pornografii z udziałem dzieci... Skomplikowanie materii jest też dodatkowo pogłębione przez fakt, że sformułowanie jednolitej prawnej teorii wolności słowa zdaje się niesłychanie trudne, jeśli nie wręcz niemożliwe. Pierwsza poprawka odnosi się bowiem do wielu zróżnicowanych problemów oraz stanów faktycznych, regulując m.in. kwestie manifestacji, bojkotów, reklam, billboardów, korzystania z głośników, popierania rewolucji politycznej, profanacji symboliki narodowej, sieci komputerowych, obsceniczności, praw autorskich, zniesławienia, dostępu do forów publicznych, wyrządzania ekspresją szkód emocjonalnych itd⁶⁹. Wskazane tu czynniki powodują, że koniecznością staje się poddanie klauzuli wolności słowa wielopłaszczyznowej oraz wielokontekstowej wykładni, co z natury rzeczy okazuje się obowiązkiem sądownictwa.

Z przytoczonych względów nie sposób kwestionować poglądu, zgodnie z którym „historii rozwoju amerykańskiego modelu wolności ekspresji nie wolno utożsamiać z dziejami samego tekstu pierwszej poprawki. Przepis ten był częścią ustawy zasadniczej przez półtora stulecia, zanim fundamentalne pryncypia amerykańskiego reżimu wolności słowa [...] zostały prawnie usankcjonowane”. Innymi słowy, te podstawowe reguły nie były rezultatem geniuszu ojców-założycieli Stanów Zjednoczonych, inspirowanych liberalnymi paradygmatami, ale „wyłoniły się w sposób znacznie mniej spektakularny, który stanowi jednak bardziej interesujące i celne odzwierciedlenie metody rozstrzygania wielkich konstytucyjnych debat oraz precyzyjniejsze świadectwo tego, jak wolność słowa rezonuje w amerykańskiej kulturze politycznej. Wiodące elementy prawa wynikającego z pierwszej poprawki zostały wypracowane zrywami, głównie w toku dwudziestego wieku, poprzez serię sądowych wyroków oraz pozasądowych wydarzeń. Historia wyłonienia się amerykańskiego prawa konstytucyjnego dotyczącego wolności słowa to historia ewolucji i precedensu, prób i błędów. To historia dwudziestowieczna”⁷⁰. Odmienne spojrzenie na analizowaną problematykę grozi popełnieniem błędu prezentyzmu, polegającego na rzutowaniu współcześnie przyjmowanych standardów interpretacji pierwszej poprawki na cały okres istnienia Stanów Zjednoczonych, co sta-

⁶⁸ F. S. Haiman, *Speech and law in a free society*, Chicago and London 1981, s. 3 – 4.

⁶⁹ R. A. Smolla, *Free speech in an open society*, New York 1992, s. 18 – 19.

⁷⁰ D. A. Strauss, *op. cit.*, s. 33. Interpretacyjne losy pierwszej poprawki znakomicie ilustrują i egzemplifikują fakt, że w Stanach Zjednoczonych „sądy, z Sądem Najwyższym na czele, ustawicznie Konstytucję aktualizują”, R. M. Małajny, *Problem moralności władzy w myśli politycznej the Founding Fathers*, [w:] *Moralność i władza jako kategorie myśli politycznej*, red. J. Justyński, A. Madeja, Warszawa 2011, s. 254.

nowi przejaw ulegania *sui generis* mitologii historycznej, zastępującej racjonalny i obiektywny namysł nad dziejami idei wolności słowa w USA. Wbrew oczekiwaniom czy postulatom oryginalistów, koncepcje ojców-założycieli nie mają bezpośredniego związku z dzisiejszym pojmowaniem pierwszej poprawki oraz zawartej w niej zasady swobody wypowiedzi. Istnieją nawet przekonujące racje przemawiające za tezą, iż pierwotne rozumienie klauzuli wolności słowa redukowało jej znaczenie do wprowadzenia zakazu ustanawiania ograniczeń wstępnych (tj. cenzury prewencyjnej) publikacji⁷¹ (zgodnie z tradycyjnym ujęciem wolności prasy obowiązującym w *common law* i przedstawionym m.in. w „Komentarzach” Blackstone’a⁷²). Nawet jeśli tak radykalnie zawężająca egzegeza pierwszej poprawki idzie zbyt daleko⁷³, to i tak nie sposób odnaleźć w pismach ojców-założycieli USA precyzyjnych dyrektyw, którymi kieruje się (czy nawet mógłby się kierować przy założeniu, iż następcza kryminalizacja ekspresji również narusza wolność słowa) Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w rozwiązywaniu aktualnych dylematów dotyczących swobody wypowiedzi. Poszukiwania owe mają sens tylko w kontekście pewnych ogólnych doktrynalnych twierdzeń, z których można wyprowadzać ideowe wnioski dotyczące wartości zasady wolności słowa. W tym kontekście (i tylko w tym) warto pokrótce przywołać poglądy wyrażone przez Benjamina Franklina, Thomasa Jeffersona oraz Jamesa Madisonsa (*spiritus movens* pierwszej poprawki) – trzech polityków i myślicieli, którzy odcisnęli wyraźne piętno na ustrojowym kształcie USA.

W lipcu 1722 roku ledwie szesnastoletni Benjamin Franklin opublikował pod pseudonimem w piśmie „New-England Courant” krótki esej⁷⁴ wyrażający jego podstawowe credo w kwestii swobody wypowiedzi, któremu autor pozostał wierny właściwie przez całe życie⁷⁵. Franklin dowodził tamże, iż wolność słowa jest warunkiem wszelakiej wolności publicznej, stanowiąc uprawnienie każdego człowieka, którego granicę wyznaczają jedynie prawa innych jednostek i zasada krzywdy. Respektowanie tego „uświęconego

⁷¹ Zob. np. L. W. Levy, *Legacy of suppression: freedom of speech and press in early American history*, Cambridge 1960, s. X i n. Analizę Levy’ego akceptuje m.in. tak zagorzały zwolennik szerokiego pojmowania idei wolności słowa, jak Ronald Dworkin, [w:] *idem*, *Freedom’s law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge 1996, s. 197.

⁷² *Blackstone’s commentaries on the laws of England*, book 4th, chapter 11th, <http://avalon.law.yale.edu>.

⁷³ Krytyczną analizę tej interpretacji można odnaleźć np. [w:] R. A. Parker, *Revising revisionist theory: consensus theories of the Framers’ intent*, *Free Speech Yearbook*, vol. 26, s. 2 – 6.

⁷⁴ *Mrs. Silence Dogood*, no. 8, *New-England Courant*, July 9, 1722, www.franklinpapers.org. Jak podaje na początku tekstu Franklin, artykuł cytuje fragmenty publikacji zamieszczonej w czasopiśmie „London Journal”, które mają oddawać jego poglądy lepiej, aniżeli on sam byłby w stanie je wyrazić. Nieoryginalność tekstu nie przeszkadza zatem w uznaniu go za adekwatny wyraz franklinowskich koncepcji.

⁷⁵ I. Bernard Cohen, *Benjamin Franklin: his contribution to the American tradition*, Indianapolis 1953, s. 272.

przywileju” jest niezbędnym elementem wolnościowego ustroju, a „ktokolwiek pragnie zlikwidować wolność ludu, musi rozpocząć od stłumienia wolności słowa”. Obywatele winni w szczególności dysponować uprawnieniem do oceniania sprawujących władzę oraz do wyrażania swojego niezadowolenia z panujących. Jak wskazywał Franklin, wyłącznie niemoralni rządzący mogliby zasadnie obawiać się publicznie formułowanych względem nich ocen i krytyk. W konkluzji amerykański polityk konstatawał, że wolność słowa jest jednocześnie symptomem i rezultatem przyjęcia właściwych rozwiązań ustrojowych. Z kolei w artykule ogłoszonym dziewięć lat później na łamach wydawanej przez siebie „Pennsylvania Gazette” (poświęconym zasadniczo sprawie wolności druku)⁷⁶, Franklin powołał – w obronie idei swobody wypowiedzi – klasycznie liberalny argument ze społecznego, politycznego czy etycznego pluralizmu. W jego przekonaniu, naturalnym składnikiem ludzkiej kondycji jest zróżnicowanie poglądów, z których część może być obraźliwa lub bulwersująca dla określonego odbiorcy. Oczekiwanie, aby wyeliminować z obiegu publicznego wszystkie wypowiedzi tego rodzaju, zaprzecza rozsądkowi. Co więcej, uczestnicy społecznej debaty mają osobiste prawo do zaprezentowania swojego stanowiska opinii publicznej. Franklin wyrażał równocześnie nadzieję, iż w wyniku rywalizacji przeciwstawnych poglądów prawda zawsze ostatecznie zatriumfuje nad błędem. Aczkolwiek Franklin nie zajmował się systematycznie i w pogłębiany sposób materią wolności słowa, to przedstawione opinie pozwalają na wysnucie wniosku, iż pojmował ją znacznie szerzej aniżeli brak wstępnych ograniczeń publikacji (choć doszukiwanie się w jego wywodach wątków libertariańskich uważam za wyraźną przesadę⁷⁷). W każdym razie koncepcje amerykańskiego polityka dotyczące swobody wypowiedzi dobrze komponują się z jego ogólną filozofią polityczną, zakładającą istnienie naturalnych uprawnień jednostki, spośród których wolność osobista zajmuje jedno z naczelných miejsc⁷⁸.

Również dla Thomasa Jeffersona idea swobody wypowiedzi stanowiła fundamentalny element republikańskiego systemu politycznego⁷⁹. Jak słusznie zauważa Adrienne Koch, idee wolności słowa oraz prasy były dla amerykańskiego polityka konstytutywnym komponentem ustroju Stanów Zjednoczonych, albowiem pozwalały ludowi na wyrażanie, w otwarty sposób, swego krytycyzmu w stosunku do osób sprawujących władzę⁸⁰. Michał Urbańczyk dostrzega także wyraźne *iunctim* pomiędzy jeffersonowską

⁷⁶ B. Franklin, *Apology for printers*, www.franklinpapers.org.

⁷⁷ Por. R. D. Brown, *The strength of a People: the idea of an informed citizenry in America 1650 – 1870*, Chapel Hill 1996, s. 28.

⁷⁸ Zob. R. L. Ketcham, *Benjamin Franklin*, New York 1966, s. 199.

⁷⁹ N. Schachner, *Thomas Jefferson: a biography*, New York 1957, s. 325.

⁸⁰ A. Koch, *The philosophy of Thomas Jefferson*, Gloucester 1957, s. 155.

afirmacją zasady swobody wypowiedzi oraz propagowaną przezeń doktrynalną koncepcją demokratycznego agraryzmu, silnie akcentującą kluczową rolę oświeconej opinii publicznej, zdolnej do wykonywania efektywnej kontroli nad poczynaniami rządzących⁸¹. Trafności wskazanych wyżej ocen nie przekreśla bynajmniej fakt, że Jefferson sformułował w jednym ze swoich listów pogląd, zgodnie z którym instrumentem przywrócenia prasie wiarygodności, rzekomo uszczuplonej przez rozpowszechnianie kłamstw i kalumni wymierzonych w jego środowisko polityczne, może być karne represjonowanie osób posługujących się takimi metodami w debacie publicznej⁸². Wydaje się raczej, że wypowiedź tę należy traktować w kategoriach pewnej ideowej aberracji, a nie jako miarodajną ekspresję przekonań Jeffersona. Bardziej adekwatnym odzwierciedleniem jego poglądów w odniesieniu do przedmiotowego zagadnienia są słynne słowa pochodzące z innej epistoły: „Gdyby mnie pozwolono decydować, czy powinniśmy mieć rząd bez prasy, czy raczej prasę bez rządu, nie wahałbym się ani przez chwilę wybierając to drugie”. Aczkolwiek supozycja ta bezpośrednio dotyczyła jedynie wolności prasy, to jednak bez wątpienia można jej merytoryczny zasięg rozciągnąć na cały obszar wolnej od ingerencji aparatu państwowego komunikacji. Dla Jeffersona, opinia narodu, będącego jedynym cenzorem, jest podstawą amerykańskiego systemu rządów. W jego przeświadczeniu, swoboda debaty publicznej jest lepszym zabezpieczeniem moralności aniżeli jakiegokolwiek akty normatywne. Co więcej, nawet błędne korzystanie z wolności nie upoważnia – co do zasady – państwa do prawnego represjonowania osób podejmujących takie praktyki, ale powinno raczej stymulować działania edukacyjne i wychowawcze, zmierzające do oświecenia ludu. Jak dowodził ponadto Jefferson, lud zazwyczaj wykazuje zdrowy rozsądek; choć można go przez chwilę sprowadzić na złą drogę, to „sam rychło odnajdzie słuszną”⁸³. Wolność słowa jest środkiem służącym takim poszukiwaniom. Dodajmy także, iż polityk pojmował pierwszą poprawkę jako regulację gwarantującą wolność słowa w stopniu wykraczającym poza prosty zakaz ustanawiania wstępnych ograniczeń publikacji, o czym dobitnie świadczy choćby jego zdecydowany sprzeciw wobec tzw. ustawy o działalności wywrotowej z 1798 roku (*Sedition Act*), połączony ze stwierdzeniem o jej sprzeczności z postanowieniami ustawy zasadniczej⁸⁴.

⁸¹ M. Urbańczyk, *Liberalna doktryna wolności słowa a swoboda wypowiedzi historycznej*, Poznań 2009, s. 60 – 61.

⁸² M. D. Peterson, *Thomas Jefferson and the new Nation: a biography*, London 1975, s. 624.

⁸³ W. Osiatyński, *Wizje Stanów Zjednoczonych w pismach Ojców Założycieli*, Warszawa 1977, s. 243. Słowa te należy jednak koniecznie interpretować uwzględniając epistemologiczny sceptycyzm Jeffersona odnośnie do możliwości poznania prawdy oraz jego niechęć wobec rozstrząsań natury metafizycznej. Na ten temat zob. np. S. Filipowicz, *Pochwała rozumu i cnoty. Republikańskie credo Ameryki*, Warszawa – Kraków 1997, s. 100 – 103.

⁸⁴ Zob. szerzej Ł. Machaj, *Amerykańska ustawa o działalności wywrotowej z 1798 roku a wolność słowa*, *Czasopismo Prawno-Historyczne*, t. LXII, z. 1, s. 310. Na temat tego aktu praw-

Również dla ostatniego z omawianych tutaj ojców-założycieli Stanów Zjednoczonych zakaz ograniczania swobody wypowiedzi był niewątpliwie jedną z fundamentalnych maksym, które powinny obowiązywać w państwie wolności⁸⁵. Trafny jest pogląd Roberta J. Morgana, zgodnie z którym James Madison był głęboko przeświadczony, że blackstone'owskie ujęcie wolności słowa jest dalece niewystarczające (także w kontekście ściśle prawnych interpretacji pierwszej poprawki). Zdaniem amerykańskiego polityka, swoboda wypowiedzi jest prawem naturalnym przysługującym jednostce, a nie wyłącznie konwencjonalnym bądź też legalnym rezultatem umowy społecznej. Wolność ta denotuje swobodę dyskusji, pisania, publikowania i druku, obejmując – przynajmniej w obszarze ekspresji natury politycznej – zarówno możliwość wypowiadania twierdzeń faktycznych, jak i formułowania opinii, wniosków czy domysłów. W ocenie Madisona, obywatele republiki posiadają uprawnienie do nieskrępowanego wyrażania swoich poglądów i opinii, tak publicznie, jak i prywatnie, zarówno we własnym imieniu, jak i poprzez zbiorowe petycje; to wielkie i podstawowe indywidualne uprawnienie pozostaje poza zasięgiem oddziaływania władzy państwowej, która nie posiada kompetencji do stanowienia w tej materii normatywnych ograniczeń. Madison podkreślał też immanentny związek między ustrojem republikańskim i warunkującym go poszanowaniem wolności słowa. Tylko dobrze poinformowani obywatele są w stanie rzetelnie ocenić wady i zalety kandydatów do urzędów państwowych; odebranie jednostkom możliwości prowadzenia swobodnej dyskusji politycznej faworyzuje establishment poprzez eliminację z debaty konkurencyjnych punktów widzenia, z natury rzeczy krytycznych wobec panujących elit. Lud musi tedy dysponować uprawnieniem do polemizowania z poczynaniami rządzących; władzy nie wolno tłumić kierowanego przeciw niej społecznego krytycyzmu przez kontrolowanie jednostkowych przekonań i ich ekspresji. Madison akcentował tezę, że w ustroju republikańskim każda osoba decydująca się zajmować stanowisko publiczne dobrowolnie akceptuje podleganie swobodnej i nieskrępowanej ocenie ze strony opinii publicznej, która może nawet przybrać formę wyrażania nienawiści bądź też pogardy. Zasadność takowej krytyki nie jest w wolnym społeczeństwie determinowana na sali sądowej, ale w toku dyskusji między „inteligentnymi i patriotycznymi obywatelami”. Madison utrzymywał, iż wszelkie próby ograniczania możliwości rozpowszechniania podobnych opinii powinny „zaalarmować każdego przyjaciela wolności”, albowiem w konsekwencji prowadzą one do immunizacji rządzących spod kontroli narodu oraz ułatwiają aparatowi państwowemu uwolnienie się od odpowie-

nego przyjdzie nam powiedzieć nieco więcej w drugim rozdziale (w tym miejscu dodajmy jeszcze, iż James Madison także był jego oponentem).

⁸⁵ L. Banning, *The sacred fire of liberty: James Madison and the founding of the federal republic*, Ithaca 1995, s. 286.

działności za niewykonywanie swoich obowiązków. Z tego powodu – w ocenie amerykańskiego polityka – jakiegokolwiek doktryny usprawiedliwiającej interwencję rządu w obszar wolności słowa poprzez cenzurowanie albo kryminalizowanie wypowiedzi są niebezpieczne i nieracjonalne. Współautor *Esejów politycznych federalistów* dowodził też, iż ewentualne nadużycia swobód ekspresyjnych są z naddatkiem rekompensowane płynącymi z nich pożytkami, do których zaliczał „triumf rozsądku nad błędem i ludzkości nad opresją”⁸⁶. Należy także odnotować, że dla Madisona (podobnie zresztą, jak i Jeffersona) występowanie wśród jednostek rozbieżnych poglądów to charakterystyczny i nieusuwalny element ludzkiej kondycji⁸⁷. Motyw agonistycznego wymiaru naszego bytowania jest wyeksponowany już w najbardziej znanej książce polityka⁸⁸. David T. Konig trafnie konkluduje w tym kontekście, że w koncepcji Madisona dostrzegalne jest na wskroś nowoczesne przeświadczenie, iż pluralizm, swobodna cyrkulacja i zderzenie przeciwstawnych stanowisk są zjawiskami pozytywnymi (i to nie tylko w sferze polityki, ale także w obszarze wolności społecznej, poszukiwania prawdy oraz ogólnego postępu)⁸⁹. Postrzeganie sporów jako symptomu żywotności i cnoty, a nie jako przejawu słabości i degeneracji, dobrze unaocznia stosunek polityka do idei wolności słowa.

Na zakończenie tego fragmentu pracy warto pokrótce omówić podstawowe racje ideowo-doktrynalne przemawiające za postulatem poszanowania przez państwo pryncypium wolności słowa, pojawiające się w dyskursie filozoficzno- i polityczno-prawnym dotyczącym pierwszej poprawki. W tym miejscu ograniczę się jedynie do zwięzłej rekapitulacji najpoważniejszych, najpopularniejszych i przynajmniej pretendujących do uniwersalności (adekwatnych do wielu zróżnicowanych sytuacji komunikacyjnych i wielu rodzajów ekspresji) argumentów. Wydaje się, iż wspomniany charakter posiadają przede wszystkim cztery kategorie usprawiedliwień:

1. respektowanie wolności słowa to wyraz poszanowania przez państwo autonomii jednostki,
2. szeroki zakres swobód ekspresyjnych umożliwia poszukiwanie oraz odkrywanie prawdy,
3. wolność słowa stanowi immanentny komponent i warunek demokratycznej samorządności,

⁸⁶ R. J. Morgan, *James Madison on the Constitution and the Bill of Rights*, New York 1988, s. 163 – 181.

⁸⁷ R. A. Dahl, *Pluralist democracy in the United States: conflict and consent*, Chicago 1967, s. 209.

⁸⁸ A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *op. cit.*, s. 78 – 79.

⁸⁹ D. T. Konig, *Jurisprudence and social policy in the new republic*, [w:] *Devising liberty: preserving and creating freedom in the new American republic*, ed. by *idem*, Stanford 1995, s. 207 – 209.

4. poszanowanie swobody wypowiedzi jest pochodną wymogu przestrzegania zasad tolerancji.

Należy podkreślić, że moim celem jest wyłącznie streszczenie powyższych uzasadnień, a nie ich pogłębiona krytyczna analiza⁹⁰. Warto również zaznaczyć, iż przywołane argumenty – choć dystynktywnie odrębne pod względem konceptualnym oraz oparte na osobnych podstawach etycznych – nie są bynajmniej przeciwstawne i mogą się nieproblematicznie uzupełniać. Żaden z nich nie sugeruje także w sposób automatyczny, że wolność słowa musi być traktowana w kategoriach absolutnych jako prawo pozbawione jakichkolwiek granic czy konturów.

Ad 1. Argument ten zakłada, iż prawo do swobodnego wypowiedzania się jest częścią składową jednostkowej autonomii⁹¹. Poszanowanie wolności słowa jest zatem w owym ujęciu nie tyle środkiem służącym rozwojowi niezależności czy moralnej samoświadomości człowieka⁹², ale po prostu jednym z najbardziej fundamentalnych przejawów respektu wobec osoby ludzkiej, będącej odrębnym podmiotem, obdarzonym godnością i posiadającym podstawowe prawo do stanowienia o sobie⁹³. Krótko mówiąc, swobodne formułowanie poglądów stanowi przejaw indywidualnej samorealizacji. Jak konstatuje Wojciech Sadurski, poszukiwanie legitymizacji wolności słowa w prawie człowieka do samorealizacji odzwierciedla fundamentalną zasadę doktryny liberalnej: „autonomia działania jest z reguły ważniejsza, jako dobro samoistne, niż konkretne rezultaty danego działania”⁹⁴. Jeśli pod pojęciem autonomii rozumiemy – za Thomasem Scanlonem – m.in. „suwerenność w decydowaniu o swych przekonaniach oraz w wazeniu konkurencyjnych argumentów przemawiających za bądź przeciwko podjęciu jakiegoś działania”⁹⁵, to wskazana wyżej zależność staje się oczywista. Argument z autonomii posiada przede wszystkim wymiar antypaternalistyczny, albowiem dyktowanie obywatelom, jakie poglądy są akceptowalne, jest świadectwem pogardy wobec nich

⁹⁰ Kompleksowo i wyczerpująco kwestię tę porusza np. Wojciech Sadurski, [w:] *Freedom of speech and its limits*, Dordrecht 1999, s. 8 – 35.

⁹¹ Dla celów niniejszej pracy nie ma potrzeby rozważać uzasadnień wyjaśniających celowość ochrony autonomii jednostki jako takiej. Przyjmuję takie założenie jako dane (i generalnie niekontrowersyjne w zbiorowości politycznej odwołującej się do wartości liberalnych, jaką jest bez wątpienia społeczeństwo amerykańskie).

⁹² Teza taka jest zresztą wielce dyskusyjna (a już z pewnością nie może nawet pretendować do uniwersalności; już *prima facie* nie odnosi się bowiem choćby do szeroko rozumianej mowy nienawiści czy też do ekspresji erotycznej, które to wypowiedzi niewątpliwie są – przynajmniej fragmentarycznie – objęte gwarancjami pierwszej poprawki).

⁹³ Por. R. Dworkin, *Justice in robes*, Cambridge 2006, s. 70.

⁹⁴ W. Sadurski, *Prawo do wolności słowa w państwie demokratycznym (zagadnienia teoretyczne)*, Państwo i Prawo, nr 10/1992, s. 5.

⁹⁵ T. Scanlon, *A theory of freedom of expression*, Philosophy & Public affairs, vol. 1, s. 215.

oraz odmawianiem im należnego szacunku⁹⁶. Warto nadmienić, że omawiane uzasadnienie koncentrować się może wokół uprawnień przysługujących zarówno nadawcy danego komunikatu, jak i jego odbiorcy. Z jednej bowiem strony, możliwość swobodnego wyrażania przekonań i uczuć jest centralnym składnikiem egzystencji ludzi jako niezależnych podmiotów, manifestujących tym sposobem swoją osobowość⁹⁷; z drugiej, ingerencja państwa, uniemożliwiająca jednostce zapoznanie się z jakimikolwiek poglądami bądź też odczuciami mogącymi przyczynić się do samodzielnego sformułowania przez nią własnego i racjonalnego (tzn. stanowiącego rezultat indywidualnego procesu myślowego) stanowiska w określonej kwestii, wymusza na człowieku dostosowanie się do opinii innych podmiotów w kwestii moralnej oceny danej aktywności komunikacyjnej i pozbawia go szansy na niezależne dojście do konkluzji w przedmiotowej sprawie⁹⁸. Trzeba również zauważyć, że argument z autonomii posiada charakter niekonsekwentjalistyczny (co odróżnia go od tych przeanalizowanych niżej): prawo do swobody określonych wypowiedzi powinno przysługiwać obywatelom, nawet jeżeli społeczeństwo jako całość uzyskałoby więcej korzyści, gdyby dana ekspresja nie była tolerowana⁹⁹. W mojej ocenie, ten nieinstrumentalny („konstytutywny”) wymiar wymogu poszanowania wolności słowa precyzyjnie oddaje Ronald Dworkin, którego zdaniem swoboda wypowiedzi jest zasadniczą właściwością sprawiedliwej społeczności politycznej, ufundowanej na uznaniu dorosłych i nieupośledzonych psychicznie obywateli „za odpowiedzialne podmioty moralne. Wymóg ten ma dwa aspekty. Po pierwsze, ludziom odpowiedzialnym moralnie zależy na samodzielnym dochodzeniu do ustalenia, co jest dobre, a co złe w życiu czy w polityce lub co jest prawdą, a co fałszem w sprawach sprawiedliwości i wiary. Władze obrażają obywateli i odmawiają im odpowiedzialności moralnej, gdy dekretują, że nie można na tyle zaufać obywatelom, by umożliwić im zapoznanie się z poglądami skłaniającymi ku treściom niebezpiecznym czy niemoralnym.

⁹⁶ G. E. Carmi, *Dignity – the enemy from within: a theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification*, Journal of Constitutional Law, vol. 9, s. 973.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 974; K. Greenawalt, *Free speech justifications*, Columbia Law Review, vol. 89, s. 153. Jak wskazuje Sadurski, swoboda wypowiedzi „is crucial for self-fulfillment because the exercise of our capacities is only made possible through self-definition, and the determination of who we really are is impossible without open communication with our fellow human beings, [w:] *idem*, *Freedom...*, s. 17.

⁹⁸ K. Greenawalt, *Free speech...*, s. 150 – 152.

⁹⁹ R. Dworkin, *Matter of principle*, Cambridge 1985, s. 353 i n. Przypomnijmy, że akceptacja takiego założenia nie implikuje udzielenia aprobaty perspektywie absolutystycznej, ale wskazuje jedynie, że za ograniczeniem wolności słowa muszą stać silniejsze racje aniżeli dowolny ujemny wynik prostej kalkulacji społecznych zysków oraz strat płynących ze swobody formułowania ekspresji określonego rodzaju (jak choćby rzeczywiście rażąca dysproporcja pomiędzy wskazanymi korzyściami i kosztami czy też praktyczna niemożność ograniczenia tych ostatnich w drodze działań alternatywnych wobec nałożenia prawnych restrykcji na wolność słowa).

Jako jednostki zachowujemy [...] godność tylko wtedy, gdy utrzymujemy, że nikt – ani urzędnik, ani większość – nie ma prawa, by powstrzymać nas przed poznaniem danej opinii dlatego, że nie jesteśmy gotowi do jej przyjęcia”. Po drugie, jak podkreśla Dworkin, jednostki są także odpowiedzialne za przekazywanie przekonań „innym osobom z szacunku i troski dla nich oraz z przemożnego pragnienia poznania prawdy, służby sprawiedliwości oraz ochrony dobra. Władze naruszają i odmawiają tego wymiaru osobowości moralnej, dyskwalifikując niektóre osoby co do możliwości realizowania owej odpowiedzialności na tej podstawie, że ich przekonania czynią z nich [...] bezwartościowych” uczestników społeczności politycznej. Dworkin utrzymuje, iż państwo usiłujące pozbawić człowieka wskazanych „atrybutów odpowiedzialności moralnej” faktycznie niszczy wszelką „treściową podstawę swego roszczenia do legitymowanej władzy nad jednostką”. Amerykański filozof prawa akcentuje także wielopłaszczyznowość prawa do wolności słowa z punktu widzenia indywidualnej autonomii: „Podobnie wielkie zło dzieje się, gdy rząd zakazuje wyrażania pewnych postaw społecznych czy gustów, jak ma to miejsce wtedy, gdy wyraźnie cenzuruje wypowiedzi polityczne; obywatelom przysługuje takie samo prawo do przyczyniania się do formowania klimatu moralnego lub estetycznego, jak prawo do uczestnictwa w polityce”¹⁰⁰. Podsumowując, argument z autonomii jest osadzony w mocnych założeniach ontologicznych, filozoficzno-antropologicznych oraz aksjologicznych.

Ad 2. Uzasadnienie to odnosi się przede wszystkim do sfery epistemologii¹⁰¹. Filozoficznym fundamentem jest tu przekonanie, iż zdobywanie wiedzy oraz poszukiwanie i odkrycie prawdy są przedsięwzięciami wartościowymi, stanowiącymi immanentny i trwały składnik ludzkiego doświadczenia¹⁰². Argument z prawdy był wielokrotnie artykułowany przez najwybitniejszych przedstawicieli amerykańskiego sądownictwa. Jak dowodził przykładowo współkształtujący sławną koncepcję „jasnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa” (*clear and present danger*) Learned Hand¹⁰³ (który, mimo swych licznych zasług, nigdy nie dostąpił zaszczytu zasiadania w Sądzie Najwyższym USA), pierwsza poprawka „zakłada, że poprawne wnioski z większym prawdopodobieństwem wyłonią się z mnogości języków niż skutek jakiegokolwiek rodzaju autorytatywnej

¹⁰⁰ *Idem, Freedom's law...*, s. 200 – 201 (fragment ten został opublikowany w numerze 1/2010 czasopisma *Ius et Lex* pod tytułem *Dlaczego słowo potrzebuje wolności*; posługuję się zaproponowanym tam tłumaczeniem).

¹⁰¹ Por. A. I. Goldman, *The sciences and epistemology*, [w:] *The Oxford handbook of epistemology*, ed. by P. K. Moser, New York 2002, s. 165.

¹⁰² W. P. Marshall, *In defense of the search for truth as a First Amendment justification*, *Georgia Law Review*, vol. 30, s. 23.

¹⁰³ Por. np. M. Dry, *The First Amendment freedoms: civil peace and the quest for the truth*, *Constitutional Commentary*, vol. 15, s. 347 – 348.

selekcji. Dla wielu teza taka jest i zawsze pozostanie głupstwem; jednakże my postawiliśmy na nią wszystko¹⁰⁴. Najbardziej znane jurydyczne zwerbalizowanie argumentu z prawdy to oczywiście słynny passus autorstwa Olivera Wendella Holmesa, który faktycznie wyznacza „narodziny amerykańskiej tradycji wolności słowa”¹⁰⁵: „Prześladowanie za poglądy wydaje mi się w pełni logiczne. Jeśli nie żywisz żadnych wątpliwości co do swych przekonań oraz swojej władzy i jeśli całym sercem pragniesz osiągnąć określony rezultat, to wówczas w naturalny sposób dążysz do przekształcenia swoich życzeń w prawo i do zmiecenia wszelkiej opozycji [...] Kiedy jednak ludzie uświadomią sobie, iż czas podważa wiele mocnych wierzeń, to wówczas mogą zdać sobie sprawę, że [...] najlepszym testem dla prawdziwości danej myśli jest jej zdolność do bycia zaakceptowaną po triumfie w rynkowej konkurencji [...] Taka jest w każdym razie teoria przyświecająca naszej Konstytucji”¹⁰⁶. Warto także przywołać stanowisko innego sędziego SN Byrona White’a, który utrzymywał, że „funkcją Pierwszej Poprawki jest zachowanie nieskrępowanego wolnego rynku idei, na którym prawda ostatecznie zatriumfuje, i niezezwolenie na jego monopolizację”¹⁰⁷. Przynieszone tu wypowiedzi oparte są na mocnym doktrynalnym przeświadczeniu, nawiązującym m.in. do koncepcji Johna Milтона oraz Johna Stuarta Milla, że prawda jest odkrywana (czy nawet konstytuuje się) w wyniku dyskusji, debat, polemik, sporów i kontrowersji, a dążenie do jej poznania jest utrudniane czy uniemożliwiane przez odgórną dekretną dowolnej ortodoksji. W tym ujęciu wolność słowa staje się również warunkiem osiągnięcia postępu we właściwie każdej dziedzinie życia. Zauważmy zarazem, iż omawiane uzasadnienie można też sformułować w słabszej wersji. Jak wskazuje np. wyraźnie sceptyczny wobec argumentu z prawdy Frederick Schauer, o ile wolny rynek idei nie zawsze jest efektywnym instrumentem służącym jej eksploracji, o tyle z całą pewnością jej arbitralne przesądzenie przez władzę państwową historycznie udowodniło swą nieskuteczność¹⁰⁸. Z tej oto perspektywy zasada wolności słowa okazuje się więc niedoskonałym, ale komparatywnie najlepszym, sposobem urzeczywistnienia celu, jakim jest poznanie prawdy. W każdym razie istotę analizowanej tutaj legitymizacji zasady swobody wypowiedzi – w jej mocnym wariant-

¹⁰⁴ Cyt. za: P. Garry, *An American paradox: censorship in a nation of free speech*, Westport 1993, s. 41 (wypowiedź Handa pochodzi już z 1917 roku).

¹⁰⁵ H. Kalven, Jr., *A worthy tradition: freedom of speech in America*, New York 1988, s. 144.

¹⁰⁶ *Abrams vs. Stany Zjednoczone*, 250 U. S. Reports 616 (1919).

¹⁰⁷ *Red Lion Broadcasting Co. vs. Federal Communications Commission*, 395 U. S. Reports 367 (1969).

¹⁰⁸ F. Schauer, *Free speech: a philosophical enquiry*, New York 1982, s. 34; *idem*, *Reflections on the value of truth*, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 41, s. 704 – 705. Wydaje się, że ujęcie schauerowskie najlepiej komponuje się z poznawczym sceptycyzmem charakterystycznym dla ojców-założycieli USA.

cie – dobrze rekonstruuje Thomas I. Emerson: „Osoba poszukująca wiedzy i prawdy musi zapoznać się ze wszystkimi punktami widzenia w danej sprawie, musi rozważyć wszystkie alternatywy, musi przetestować swój osąd poprzez wystawienie go na konfrontację z osądami przeciwnymi oraz musi uczynić pełny użytek z różnych koncepcji. Dyskusja musi być otwarta niezależnie od tego, jak pewny może wydawać się akceptowany powszechnie pogląd; wiele z najszerzej aprobowanych prawd okazywało się następnie błędnymi. I odwrotnie, taką samą regułą należy zastosować niezależnie od tego, jak fałszywy lub też niebezpieczny wydaje się pogląd nowy, albowiem może on okazać się prawdziwy czy częściowo prawdziwy, a nawet jeżeli jest on w całości fałszywy, to i tak jego przedstawienie i otwarte przedyskutowanie wymusza ponowne przemyślenie i weryfikację poglądów ortodoksyjnych”¹⁰⁹. Oczywiście na gruncie omawianego usprawiedliwienia zasady wolności słowa w jego ścisłym sensie nie da się uzasadnić objęcia ochroną prawną wypowiedzi będącej opinią czy też jedynie manifestacją określonych emocji; ekspresja ta – jako *ex definitione* niefałszyfikowalna i nieweryfikowalna w sensie logicznym – nie może przecież przyczyniać się do realizacji analizowanego celu¹¹⁰. Jeżeli jednak wyjdziemy poza klasyczne arystotelesowskie rozumienie prawdy jako zgodności opisu z rzeczywistością, to w moim przeświadczeniu wypowiedzi tego typu nie są całkowicie indyferentne z punktu widzenia wskazanego tu kryterium. Wolność debaty w sprawach politycznych, kulturalnych czy też ekonomicznych, obejmująca prawo do formułowania subiektywnych ocen, przesądów, uczuć i emocji, ułatwia bowiem lepszą eksplikację i zrozumienie ich treści, konsekwencji, wad oraz zalet, przybliżając nas tym samym do rzetelniejszego i bardziej pogłębionego spojrzenia na istniejące realia. Trudno przecież odmówić swobodnej dyskusji między np. zwolennikami demokracji i autorytaryzmu, orędownikami i przeciwnikami integracji europejskiej bądź też adwokatami i oponentami równości rasowej jakiegokolwiek wartości informacyjnej (nawet jeśli jest ona wyłącznie przepelnioną emocjami prezentacją nieprzystawalnych do siebie narracji). Zbliżony argument można też sformułować w odniesieniu choćby do beletrystyki czy sztuki.

Ad 3. Jak wynika z naszych wcześniejszych rozważań, uzasadnienie to odgrywało kluczową rolę w koncepcjach Jeffersona czy Madisona. Rzeczony argument zakłada, iż zasada wolności słowa, gwarantująca otrzymywanie przez obywateli kształtujących ich preferencje informacji, opinii i punktów widzenia ze zróżnicowanych źródeł, jest warunkiem *sine qua non* systemu deliberatywnej demokracji, w której decyzje polityczne (w największym możliwym stopniu) odzwierciedlają poglądy i życzenia opinii publicz-

¹⁰⁹ T. I. Emerson, *The system of freedom of expression*, New York 1970, s. 6 – 7.

¹¹⁰ W. Sadurski, *Offending with impunity: racial vilification and freedom of speech*, Sydney Law Review, vol. 14, s. 174.

nej¹¹¹. W tym ujęciu swoboda wypowiedzi i wolna wymiana idei pozwala jednostkom na skorzystanie w pełni z ich aktywnej, pozytywnej wolności do suwerennego kształtowania porządku społeczno-politycznego¹¹². Zgodnie z ową perspektywą pierwsza poprawka ochrania przede wszystkim autentyczność oraz integralność debaty publicznej¹¹³. Jak wskazuje Shiffrin, w systemie demokratycznym obywatele z natury rzeczy są upoważnieni do uczestnictwa w dyskusji o sprawach publicznych i do krytykowania swoich przywódców w nieskrępowanej, żywej i otwartej debacie¹¹⁴. Z pozoru argumentacja z demokracji jest przeto relewantna wyłącznie do ekspresji o charakterze politycznym. Jednak rozróżnienie pomiędzy twierdzeniami politycznymi i niepolitycznymi jest niesłychanie trudne i arbitralne (a niekiedy być może w ogóle niemożliwe); co więcej, wypowiedzi artystyczne, naukowe, filozoficzne czy literackie niejednokrotnie wywierają wymierny i namacalny wpływ na rozstrzygnięcia podejmowane przy urnie wyborczej, modelując wrażliwość, inteligencję i wiedzę uczestników demokratycznego procesu¹¹⁵. Z tych powodów argument z demokracji może dotyczyć każdej komunikacji odnoszącej się do szeroko rozumianej materii publicznej (poruszającej zagadnienia istotne dla zbiorowości) lub kształtującej indywidualną osobowość (choćby przy użyciu metaforycznych, artystycznych czy symbolicznych środków wyrazu¹¹⁶). Najbardziej znany w realiach amerykańskich wariant uzasadnienia z demokracji (odnoszący się właściwie jedynie do wypowiedzi o charakterze *par excellence* politycznym) sformułował Alexander Meiklejohn. W ocenie filozofa, istotą wolności politycznej jest obywatelskie prawo do samorządności. System rządów obowiązujący w Stanach Zjednoczonych stanowi wcielenie zasady politycznego samostanowienia, zgodnie z którą każdy obywatel (dysponujący prawem wyborczym) jest zarazem rządzącym oraz rządzonym¹¹⁷. Meiklejohn

¹¹¹ C. R. Sunstein, *op. cit.*, s. 18 – 19, 244.

¹¹² S. Breyer, *Active liberty: interpreting our democratic Constitution*, New York 2005, s. 15, 42. W tym ujęciu, „sfera publiczna staje się [...] przestrzenią konfrontacji” (S. Filipowicz, *Demokracja. O władzy iluzji w królestwie rozumu*, Warszawa 2007, s. 150), co zgodne jest z zamysłem ojców-założycieli.

¹¹³ R. C. Post, *Reconciling theory and doctrine in First Amendment jurisprudence*, [w:] *Eternally...*, s. 166 – 167. Argument z demokracji może również stanowić uzupełnienie uzasadnienia z jednostkowej autonomii (jeżeli uznamy, że elementem substancjalnie rozumianego ludowładztwa jest podejmowanie decyzji politycznych przez obywateli w sposób autonomiczny) oraz z argumentu z prawdy (jeżeli uznamy, iż „prawda polityczna” jest najlepiej ustalana właśnie poprzez procedury demokratyczne funkcjonujące w warunkach swobody wypowiedzi).

¹¹⁴ S. H. Shiffrin, *Dissent...*, s. 42.

¹¹⁵ A. Meiklejohn, *The First Amendment is an absolute*, *Supreme Court Review*, 1961, s. 256 – 257.

¹¹⁶ Teoretycznie argument ten można rozciągnąć nawet na ekspresję pornograficzną, albowiem zapoznanie się z takimi „dziełami” może np. zaowocować odrzuceniem poglądów konserwatywnych czy tradycjonalistycznych.

¹¹⁷ A. Meiklejohn, *Free speech and its relation to self-government*, New York 1948, s. 3.

porównał amerykański model władzy do zgromadzenia członków lokalnej wspólnoty, podczas którego jej mieszkańcy „gromadzą się, aby przedyskutować i podjąć działania dotyczące zagadnień publicznych: dróg, szkół, przytułków, zdrowia, obrony przed agresją zewnętrzną itd. Każdy, kto tego chce, może przybyć na zebranie. Wszyscy są politycznie równi. Każdy posiada uprawnienie i obowiązek samodzielnego myślenia, wyrażania swojej opinii oraz wysłuchania argumentów innych osób. Podstawową regułą jest nienaruszanie wolności słowa”. Oczywiście na takim spotkaniu jego uczestnicy nie mogą wypowiadać się w sposób całkowicie swobodny (tj. kiedykolwiek chcą, na dowolny temat, w dowolnej formie itp.); przyjęcie takiego założenia wiodłoby wprost do anarchii. Ich wolność słowa sprowadza się przeto do możliwości merytorycznego udziału w konwersacji o wszystkich kwestiach będących przedmiotem zebrania. Równocześnie jednak, pod warunkiem zachowania przez uczestnika spotkania stosownego decorum, nikt nie posiada kompetencji do ingerowania w takową wypowiedź¹¹⁸. Zdaniem Meiklejohna, aby procedura kolektywnego podejmowania decyzji mogła doprowadzić do rozumnego rezultatu, obywatele muszą mieć świadomość, „nad czym głosują. To z kolei wymaga, by [...] wszystkie fakty oraz racje odnoszące się do danego problemu zostały całościowo i rzetelnie przedstawione”. Tylko bowiem wówczas ludzie są w stanie racjonalnie wybrać określoną linię postępowania spośród dostępnych alternatyw. Meiklejohn pisał, iż żaden punkt widzenia nie może być wykluczony z debaty, ponieważ inni uznają go za fałszywy bądź niebezpieczny. W jego przeświadczeniu, „kiedy jednostki się samorządzą, to właśnie one – i nikt inny – pełnią funkcję arbitra w kwestii głupoty, niesprawiedliwości i niebezpieczeństwa. A to z kolei oznacza, że niemądre poglądy muszą być wysłuchane tak samo, jak mądre, niesprawiedliwe jak sprawiedliwe, niebezpieczne jak niepowodujące zagrożenia”. Pozbawianie obywateli szansy zapoznania się z „informacją, opinią, wątpliwością, niewiarą lub krytycyzmem” w jakiejś sprawie publicznej to okaleczanie procesu demokratycznej deliberacji. Wolni ludzie, żyjący w wolnym społeczeństwie, nie mogą lękać się słów¹¹⁹. Swoboda wypowiedzi obejmuje przeto wszelką ekspresję zorientowaną na realizację dobra publicznego, niezależnie czy mówca „zaleca czy oprostowuje przymusowy pobór do wojska, opowiada się za wojną czy przeciwko niej, broni czy atakuje demokrację, proponuje czy krytykuje reorganizację gospodarki w oparciu o doktrynę komunizmu”¹²⁰. Jak podsumowywał przeto Meiklejohn, celem pierwszej poprawki jest przede wszystkim ochrona interesów całego ciała politycznego (by mogło rozsądnie wybierać), a wyłącznie subsydiarnie zagwarantowanie jednostkom

¹¹⁸ *Ibidem*, s. 22 – 25.

¹¹⁹ *Ibidem*, s. 25 – 27.

¹²⁰ *Ibidem*, s. 45 – 46.

ich ekspresyjnej autonomii; jej *telos* to stworzenie głosującemu obywatelowi możliwie najpełniejszej możliwości „zrozumienia problemów, z jakimi borykają się członkowie stanowiącej o sobie zbiorowości”¹²¹. W uzupełnieniu tego wywodu trzeba też dodać, że ograniczanie wolności słowa (dotyczące niejako z założenia wyłącznie obywateli o „nieprawomyślnych” przekonaniach) podważa jedno z fundamentalnych pryncypiów systemu ludowładztwa, jakim jest równość polityczna¹²². Z wyłożonych wyżej przyczyn zwolennicy omawianego argumentu postrzegają więc zasadę swobody wypowiedzi nie tyle jako „kamień węgielny” liberalnej demokracji¹²³, ile jako istotowy element ustroju demokratycznego *per se*.

Ad 4. Obok motywacji antypaternalistycznej, nietolerancja, prowadząca do usuwania ekspresji określonych światopoglądów (ze względu na ich moralną nieakceptowalność) poza margines obowiązywania zasady wolności słowa¹²⁴, zdaje się być najczęstszą przesłanką wprowadzania restrykcji ograniczających swobodę wypowiedzi. Kwestia tolerancji jest w oczywisty sposób powiązana z zagadnieniem wolności słowa. Wymóg tolerowania przez państwo negatywnie waloryzowanych wypowiedzi jest przecież logiczną konsekwencją aprobowania uzasadnień z autonomii, poszukiwania prawdy i demokracji¹²⁵. W tym miejscu interesuje nas jednakże tylko koncepcja dostrzegająca koniunkcję pomiędzy wolnością słowa a traktowanym w kategoriach nieinstrumentalnych postulatem stworzenia tolerancyjnego społeczeństwa, której prawdopodobnie najbardziej znanym orędownikiem jest Lee C. Bollinger¹²⁶. W jego ocenie, naturalnym odruchem człowieka jest „impuls nadmiernej nietolerancji” wobec nieaprobowanych czynów i wypowiedzi, wynikający z niejako instynktownej niechęci względem osób „postrzeganych jako inne, wyznających inne wartości i przekonania, wybierających inny sposób życia”. Pohamowanie tej naturalnej reakcji – choć nie jej całkowita eliminacja (impuls ów może być wykorzystany w społecznie użyteczny sposób, podobnie jak dążenie jednostki do zysku) – którego manifestacją jest przestrzeganie zasady wolności słowa, pozwala wykształcić w człowieku „osobowość demokratyczną”. Jak wyjaśnia Bol-

¹²¹ *Ibidem*, s. 63, 88.

¹²² Por. R. Dworkin, *Political equality*, [w:] *Philosophy and democracy: an anthology*, ed. by T. Christiano, New York 2003, s. 123.

¹²³ Zob np. K. Greenawalt, *Fighting words: individuals, communities and liberties of speech*, Princeton 1995, s. 3.

¹²⁴ Por. np. W. Sadurski, *Does the subject matter? Viewpoint neutrality and freedom of speech*, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 15, s. 337 – 338.

¹²⁵ Por. R. Cohen-Almagor, *The boundaries of liberty and tolerance: the struggle against Kahanism in Israel*, Gainesville 1994, s. 106 – 107.

¹²⁶ Nie zamierzam oczywiście rozważać tutaj kwestii, czy bollingerowska wizja społeczności jest z aksjologicznego punktu widzenia warta realizacji.

linger, podstawowe charakterologiczne cechy takiego osobnika to skłonność do zawierania kompromisów oraz gotowość do akceptacji przegranej w politycznej rywalizacji. Te umysłowe dyspozycje, zakładające wolę rezygnacji z urzeczywistniania własnych celów za wszelką cenę w imię utrzymania spójności wspólnoty, posiadają fundamentalne znaczenie dla przetrwania zbiorowości (są one zresztą ucieleśnione chociażby we współczesnej procedurze karnej czy też w funkcjonowaniu aparatu biurokratycznego w państwach zachodnich). Inaczej mówiąc, respektowanie swobody wypowiedzi „ma na celu pomóc nam w uzyskaniu kontroli nad uczuciami relewantnymi do całej tkanki stosunków społecznych”, a nie jedynie ochraniać ekspresyjne uprawnienia indywidualne. Bollinger wskazuje zatem, iż uzasadnieniem wolności słowa jest potrzeba odpowiedniego skorygowania defektu w naszym naturalnym usposobieniu intelektualnym¹²⁷. Dla amerykańskiego filozofa poszanowanie wolności słowa staje się przeto instrumentem swoistej inżynierii społecznej, mającym zmodyfikować ludzki sposób myślenia i odczuwania (i to – przynajmniej moim zdaniem – w wielce radykalnym wymiarze¹²⁸).

Wymienione legitymizacje zasady swobody wypowiedzi mogą być również uzupełniane różnymi argumentami o charakterze pragmatycznym, przemawiającymi przeciwko nakładaniu prawnych restrykcji na ekspresję (jak np. realna groźba nadużywania przez sądy bądź organy administracyjne ich regulacyjnych kompetencji, praktyczna nieskuteczność cenzorskich bądź penalizacyjnych działań w kontekście faktycznego wyeliminowania określonych poglądów z ludzkich umysłów, niepotrzebne przydawanie osobom prześladowanym za wypowiedzi nimbu męczenników za wolność słowa czy też wreszcie – zgodnie z zasadą kuszącego, bo zakazanego, owocu – przyczynianie się przez normatywne represje do wzrostu popularności niejednokrotnie bulwersujących moralnie idei). Choć walor perswazyjny takich konstatacji w żadnym razie nie powinien być zbagatelizowany (wydają się one wskazywać na bynajmniej niewyimaginowane zagrożenia), to jednak kluczową rolę w dyskursie na temat pierwszej poprawki muszą spełniać usprawiedliwienia ideowe. Spośród wymienionych tutaj uzasadnień najbardziej ultymatywny i wielopłaszczyznowy charakter posiada niewątpliwie argument z indywidualnej autonomii (w jego nieinstrumentalnym wariancie). Warto również zauważyć, iż koncepcja ta właściwie nie może zostać wykorzystana jako narzędzie intelektualne usprawiedliwiające wprowadzenie jakichkolwiek ograniczeń wolności słowa. Jeżeli uznajemy legitymizowanie zasady swobody wypowiedzi poprzez argumentację z autonomii jednostki za – choćby częściowo – prawomocne, to nałożenie na sferę ekspresyjną ewentualnych prawnych restrykcji musi być umotywowane odmiennymi względami (tj. potrzebą za-

¹²⁷ L. C. Bollinger, *The tolerant society: freedom of speech and extremist speech in America*, New York 1986, s. 107, 111, 116 – 120.

¹²⁸ Por. J. Shearmur, *The political thought of Karl Popper*, New York 1996, s. 40 – 44.

bezpieczenia innych cennych, a w danym przypadku konkurencyjnych wobec wolności słowa, wartości). Sytuacja przedstawia się zgoła inaczej w odniesieniu do uzasadnień przyznających swobodzie wypowiedzi jedynie służebną rolę. Jeśli zaakceptujemy słabsze (to konieczne zastrzeżenie) wersje takowych argumentów, to mogą one same w sobie dostarczać uprawomocnienia dla cenzurowania lub kryminalizowania ekspresji. Przykładowo, skoro wolność słowa ma służyć poszukiwaniu prawdy, to nie widać powodu, dla którego niedopuszczalne miałyby być penalizowanie wypowiedzi ewidentnie fałszywych oraz „mącających ludziom w głowach” (choćby „kłamstwa oświęcimskiego”); skoro wolność słowa ma służyć zasadom demokracji, to nie widać powodu, dla którego niedopuszczalne miałyby być prawne zwalczanie głoszenia doktryn autorytarnych i totalitarnych (choćby propagowanie faszyzmu); skoro wolność słowa ma służyć stworzeniu tolerancyjnego społeczeństwa, to nie widać powodu, dla którego – zgodnie z wymownym historycznym powiedzeniem „nie ma tolerancji dla wrogów tolerancji” – niedopuszczalne miałyby być represjonowanie ekspresji bigoteryjnej, homofobicznej lub też promującej nienawiść rasową. Między innymi z tego powodu, w moim przekonaniu, odwołanie się do argumentów z autonomii stanowiącej wyraz jednostkowej wolności i godności stanowi konieczny (choć zapewne niewystarczający) element kompleksowej i spójnej teorii swobody wypowiedzi, która ma usprawiedliwiać szeroki zakres swobód ekspresyjnych. W każdym razie, uprzedzając nieco późniejsze rozważania, w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych bez trudu można odnaleźć – formułowane *explicite* bądź też *implicite* – nawiązania do wszystkich czterech omówionych argumentów, przejawiające się np. w koncepcji neutralności treściowej państwa (antypaternalistyczne uzasadnienie z autonomii), niechęci względem odgórnego dekretowania jakiegokolwiek ortodoksji (argument z poszukiwania prawdy), roztaczaniu szczególnej pieczy nad ekspresją o charakterze politycznym (argument z demokracji) czy wreszcie podkreślaniu konieczności zachowania przez władzę państwową neutralności światopoglądowej (argument z tolerancji). Wydaje się zatem, że jurydyczne interpretacje pierwszej poprawki są w znacznej mierze pochodną ogólnych refleksji na temat wolności słowa formułowanych przez filozofów bądź myślicieli politycznych (co – nawiasem mówiąc – zaprzecza popularnej gdzieś tezie o braku bezpośredniego związku między doktrynami polityczno-prawnymi a rzeczywistością normatywną). Ta bliska relacja stanowi *differentia specifica* badanego w książce orzecznictwa.

3. Ekspresja symboliczna a ekspresja werbalna

Jedna z popularnych definicji pojęcia „język” (autorstwa Edwarda Sapira) określa go mianem „właściwej jedynie człowiekowi oraz nieinstynktownej metody komuniko-

wania idei, emocji czy też pragnień poprzez system woluntarnie tworzonych symboli¹²⁹. Język pozostaje zarazem produktem (refleksem) skomplikowanych interakcji społecznych i nie konstytuuje się w socjalnej próżni bądź w wyabstrahowanej od konkretnych partykularnych okoliczności kontrfaktycznej sytuacji wyjściowej¹³⁰. Równocześnie spełnia szereg funkcji potrzebnych (czy raczej niezbędnych) dla przetrwania ludzkiej społeczności: deskryptywną (opis określonych stanów rzeczy), ekspresywną (wyrażanie przeżyć, uczuć, emocji, pragnień itp.), sugestywną (oddziaływanie na adresatów wypowiedzi jako bodziec skłaniający ich do podjęcia bądź też zaniechania określonych działań) oraz performatywną (pozwalającą na dokonanie, poprzez wypowiedź językową, określonego aktu o charakterze konwencjonalnym)¹³¹. Prawdopodobnie w przeważającym stopniu z uwagi na naszą biologiczną naturę (wyposażenie genetyczne), po części zapewne także z racji kulturowych, istoty ludzkie porozumiewają się zasadniczo przy użyciu mechanizmów werbalnych. Jednakowoż już sama definicja języka, konstatacja o jego społecznych, historycznych czy kulturowych determinantach oraz analiza funkcji spełnianych przez wypowiedzi językowe wyraźnie uświadamiają, że niezbędnym komponentem każdego procesu porozumiewania się między ludźmi jest istnienie intersubiektywnie rozpoznawalnych symboli¹³², bynajmniej niekoniecznie o werbalnym charakterze. Jasna teleologiczna wykładnia postanowień pierwszej poprawki do amerykańskiej konstytucji nakazywałaby zatem w owym kontekście potraktowanie także części zachowań niewerbalnych (wypełniających analogiczne funkcje jak wypowiedzi werbalne) jako desygnatów użytego w jej normie terminu „słowo”. Sąd Najwyższy USA i doktryna prawa konstytucyjnego kategoryzują więc rodzaje ekspresji mieszczące się w dyspozycji pierwszej poprawki. Niewątpliwie najwyższy poziom ochrony przysługuje tzw. czystemu słowu („pure speech”), które należy definiować jako „komunikację idei poprzez słowo pisane lub mówione bądź też poprzez zachowanie na tyle ograniczone w formie, aby było koniecznym dla przekazania tej idei”¹³³. Wydaje się, iż „czyste

¹²⁹ W. U. Urban, *Language and reality: the philosophy of language and the principles of symbolism*, New York 1939, s. 71.

¹³⁰ Por. np. N. Chomsky, *Knowledge of language: its nature, origin, and use*, Westport 1986, s. 16.

¹³¹ Oczywiście jedna wypowiedź językowa częstokroć wypełnia kilka z tych ról równocześnie, Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1999, s. 22 – 23.

¹³² Zob. F. L. Casmir, *Building communication theories: a socio/cultural approach*, Hillsdale 1994, s. 131.

¹³³ *Merriam-Webster's dictionary of law*, Springfield 1996, s. 398. Współcześnie legislacja ograniczająca swobodę głosu tego typu wypowiedzi musi zasadniczo przejść test tzw. surowego nadzoru sędziowskiego (*strict judicial scrutiny*), zgodnie z którym unormowanie jest niezgodne z ustawą zasadniczą, chyba że realizuje fundamentalny interes rządowy, jest wąsko ujęte (tzn. wymierzone w ekspresję, która narusza przedmiotowy interes), a potencjalna alternatywna norma nakładająca mniejsze ciężary na prawa czy wolności obywatelskie nie pozwoliłaby w wystarczającym stopniu na urzeczywistnienie wskazanego celu, R. J. Steamer,

słowo” będzie więc generalnie obejmować także takie formy wypowiedzi, jak filmy, produkcje teatralne, koncerty muzyczne, obrazy, rzeźby, instalacje artystyczne, gry komputerowe itp.¹³⁴. Wskazane przypadki zdają się korespondować z wypowiedzianą w nieco innym kontekście słynną tezą Marshalla McLuhana o tożsamości przekazu i środka przekazu („medium is a message”)¹³⁵.

Nauka prawa konstytucyjnego i orzecznictwo Sądu Najwyższego zakładają jednak także objęcie ochroną konstytucji wypowiedzi symbolicznych („symbolic speech”), czyli niektórych ekspresyjnych zachowań o charakterze wykraczającym poza „pure speech”¹³⁶. Choć z uwagi na *differentia specifica* komunikacji werbalnej przynależna wypowiedziom symbolicznym skala konstytucyjnej protekcji nie może być częstokroć jednakowa z tą przynależną „pure speech”, to z perspektywy filozofii prawa i maksyma-

Contemporary Supreme Court directions in civil liberties, Political Science Quarterly, vol. 92, s. 433; część autorów traktuje drugi i trzeci warunek kumulatywnie (por. np. E. Volokh, *Freedom of speech, permissible tailoring and transcending strict scrutiny*, <http://www2.law.ucla.edu/volokh/scrutiny.htm>). Pamiętać równocześnie trzeba o kategoryalnych wyłączeniach niektórych rodzajów wypowiedzi spod ochrony pierwszej poprawki (groźby, ekspresja obsceniczna, podżeganie do popełnienia przestępstwa, zniesławienie itp.; por. jednak *R.A.V. vs. St. Paul*, 505 U. S. Reports 377) oraz o tzw. standardzie czasu, miejsca i sposobu przekazu. Dodajmy, że wspomniane reguły są rezultatem wieloletniej ewolucji orzecznictwa Sądu Najwyższego. Przykładowo, test „strict scrutiny” (w zbliżonym do dzisiejszego brzmieniu) został *expressis verbis* inkorporowany do standardów dotyczących klauzuli wolności słowa właściwie dopiero w latach 60. XX wieku (por. zwłaszcza *N.A.A.C.P vs. Button*, 371 U. S. Reports 415 (1963)).

¹³⁴ Por. T. E. Yarbrough, *The Burger Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2000, s. 164.; *Brown vs. Entertainment Merchants Association*, www.supremecourt.gov (2011). Oczywiście nie dotyczy to sytuacji, w której wspomniane wypowiedzi artystyczne „opuszczają” obszar fikcji lub przekroczą sferę imaginacji artysty. Np. rzeczywiste pozbawienie człowieka życia podczas kręcenia filmu (jak ma to miejsce w tzw. *snuff movies*, zazwyczaj o podtekście seksualnym) pozostaje zabójstwem i pozbawia tym samym takie „dzieło” atrybutów właściwych „czystemu słowu”. By przywołać mniej drastyczny przykład, z podobną sytuacją będziemy mieli do czynienia chociażby w sytuacji, gdy aktorzy poczęstują publiczność przeterminowanym posiłkiem (jeśli takie postępowanie stanowiłoby element spektaklu), spowodują zagrożenie pożarowe itp. W konkretnych sytuacjach problematyczne może być także uznanie za „pure speech” rozmaitych artystycznych instalacji, happeningów bądź też performance’ów. Pamiętajmy także, iż przez jednakowy poziom ochrony tych zróżnicowanych rodzajów wypowiedzi należy rozumieć stosowanie do odnoszących się doń regulacji identycznych kryteriów konstytucyjności przepisów limitujących wolność słowa. Jednak specyfika np. ekspresji teatralnej w porównaniu np. ze słowem pisanym oznacza, że nieuchronnie zastosowanie tych samych kryteriów do tych tak odmiennych sposobów wyrażania poglądów, idei czy emocji przyniesie niejednokrotnie inne rezultaty. W praktyce zatem zakres konstytucyjnie legitymowanej ingerencji państwa w swobodę ekspresji będzie znacznie szerszy w przypadku przedstawień teatralnych aniżeli w przypadku książek.

¹³⁵ M. McLuhan, *Understanding media: the extensions of men*, London – New York 2001, s. 7 i n.

¹³⁶ W konstytucjonalizmie amerykańskim wyróżnia się także kategorię tzw. *speech plus*, czyli formy pośredniej między „czystym słowem” a wypowiedziami symbolicznymi. Przykładowymi formami ekspresji należącymi do tej grupy są rozdawanie ulotek, demonstrowanie z określonymi hasłami, pikietowanie itp. Choć w dalszej części pracy zajmować się będziemy zasadniczo wyłącznie wypowiedziami symbolicznymi, to warto zaznaczyć, że konstytucyjny poziom ochrony przynależny „symbolic speech” i „speech plus” jest właściwie analogiczny (z zastrzeżeniem, *mutatis mutandis*, zamieszczonym w przypisie 137, zd. 5 i n.).

listycznie zorientowanej polityki prawa nie wydaje się istnieć między rzeczonymi typami wypowiedzi fundamentalna różnica¹³⁷. Jak argumentuje Louis Henkin, „konstytucyjna dystynkcja pomiędzy słowem a „nie-słowem” jest pozbawiona treści. Konstytucyjne rozróżnianie między słowem oraz działaniem jest fałszywe. Słowa to zachowania, a czynny przemawiają. Nie istnieje nic inherentnie świętego w machaniu językiem i w dzierżeniu pióra; nie ma nic immanentnie świętszego w słowach w porównaniu z innymi symbolami. Inne typy komunikowania się są także skuteczne – [...] oddawanie honorów fladze, przyklęknięcie przy religijnej ceremonii, ujmowanie dłoni ukochanej osoby [...] Byłoby zaskakującym, gdyby ci, którzy wyrzucali herbatę do morza lub odmawiali nabycia znaczków skarbowych nie rozpoznawali, że komunikowanie idei, wyrażanie sprzeciwu i protestowanie jest możliwe w inny sposób niż przy użyciu ust czy pióra”¹³⁸. Również взгляд na pragmatykę działania oraz analiza fenomenologiczna wydają się przemawiać przeciwko rygorystycznemu separowaniu słów i zachowań. Przykładowo (nawiązując np. do hermeneutyki Paula Ricoeura) można zauważyć, że zarówno „pure speech”, jak i ekspresyjne działania posiadają podwójną naturę, zawierając równocześnie przekaz literalny oraz figuratywny¹³⁹. Melville B. Nimmer konstatuje: „W pewnym sensie każde słowo jest symbolem. W tym momencie czytelnik obserwuje czarne znaczki na papierze, które wyginają się i wskazują w różnych kierunkach. Nazywamy owe znaki literami, a ich zgrupowania słowami. To, co zostaje wyrażone w tym zdaniu, posiada dane znaczenie wyłącznie dlatego, że czytelnik rozpoznaje przedmiotowe znaki jako symbole pewnych idei. Ta sama prawidłowość dotyczy słowa mówionego, które polega po prostu na wykorzystaniu symbolicznych dźwięków. Wyjąwszy obszar obecnej w świecie science fiction bezpośredniej komunikacji telepatycznej, każde porozumiewa-

¹³⁷ Gwoli sprawiedliwości należy zauważyć, iż powyższa przesłanka bynajmniej nie jest akceptowana przez wszystkich znawców problematyki. Np. jeden z najbardziej znanych obrońców idei wolności słowa na gruncie amerykańskim, zwolennik absolutystycznego paradygmatu w interpretowaniu relewantnych postanowień ustawy zasadniczej, jakim był Alexander Meiklejohn, przyznawał wprawdzie w swojej najważniejszej książce, że słowa mogą niekiedy być działaniami i jako takie podlegać konstytucyjnej ochronie pierwszej poprawki, ale całkowicie pomijał zarazem sytuację odwrotną, tj. okoliczność, w której działania okazują się ekwiwalentem słowa, [w:] *idem, Free speech and its relation ...*, s. 42 – 43.

¹³⁸ L. Henkin, *Foreword: on drawing lines*, Harvard Law Review, vol. 82, s. 79. O ile historia topienia herbaty w porcie bostońskim jest powszechnie znana, o tyle uwaga Henkina o znaczkach skarbowych wymaga pewnego wyjaśnienia. Otóż dotyczy ona sprzeciwu kolonistów amerykańskich wobec nałożenia przez brytyjską metropolię w 1765 roku (tzw. *Stamp Act*) obowiązku podatkowego realizowanego poprzez obligatoryjne umieszczanie na rozmaitych dokumentach (np. umowach, testamentach, zezwoleniach, gazetach) znaczków skarbowych. Odnośnie do tej istotnej kontrowersji w historii Ameryki zob. np. J. C. Miller, *Origins of the American revolution*, Boston 1943, s. 109 – 164.

¹³⁹ Zob. np. H. White, *The metaphysics of narrativity: time and symbol in Ricoeur's philosophy of history*, [w:] *On Paul Ricoeur: narrative and interpretations*, ed. by D. Wood, London and New York 1991, s. 157.

nie się wymaga posłużenia się symbolami¹⁴⁰. Jak odnotowuje Zygmunt Ziemiński, polemizując z koncepcją bezpośredniego rozumienia (bez przeprowadzania wykładni) tekstu prawnego oraz zasadnością literalnego odczytywania paremii *clara non sunt interpretanda*, „napis wymaga przypisania mu określonego sensu, jeśli ma być traktowany jako określona wypowiedź, a nie tylko zespół kresek sporządzonych przez drukarza czy kaligrafa¹⁴¹. Edwin C. Baker nie waha się przeto konkludować, że „ekspresyjne zachowanie służy takim samym wartościom oraz funkcjonuje w ten sam sposób”, co chroniona przez pierwszą poprawkę ekspresja werbalna¹⁴². Oczywiście zagadnienie podobieństwa czy też wręcz identyczności wypowiedzi słownych i niewerbalnych nie powinno być podejmowane w sposób symplicystyczny. Bliskie prawdy wydaje się tutaj stanowisko Paula Berckmansa, który przypomina, że funkcją mowy jest transmitowanie idei lub emocji, a znaczenie słów czy zdań może być sprowadzone do idei w umyśle ludzkim, które są przez te słowa reprezentowane. Proces porozumiewania się zachodzi wówczas, kiedy odbiorca określonego przekazu dopasowuje „konwencjonalną deskryptywną treść językowej ekspresji do zawartości umysłu” autora tegoż przekazu. Rzecz jasna, powyższe wyjaśnienie, jak podkreśla Berckmans, z całą pewnością nie może odnosić się do wypowiedzi symbolicznych, albowiem nie istnieją wszak strukturalne analogie pomiędzy zachowaniem niewerbalnym a procesem myślowym. Autor wyraża jednak zarazem przeświadczenie, że ekspresyjne zachowania są odpowiednikiem wypowiedzi werbalnych, ale raczej ze względu na fakt, iż oba fenomeny „wywołują szczególne reakcje wśród uczestników procesu” komunikacji, a nie z uwagi na rzekome podobieństwo w realnym funkcjonowaniu tych instrumentów komunikowania idei w międzyludzkich interakcjach¹⁴³. W każdym razie analogie pomiędzy ekspresją słowną a symboliczną wydają się na tyle istotne, iż pryncypialna odmowa przyznania ekspresyjnym zachowaniom choćby rudymen tarnej protekcji pierwszej poprawki (uzasadniana literalną językową wykładnią terminu „słowo”) nie znajduje poparcia wśród miążdżącej większości współczesnych konstytucjonalistów lub też filozofów prawa¹⁴⁴.

¹⁴⁰ M. B. Nimmer, *The meaning of symbolic speech under the First Amendment*, UCLA Law Review, vol. 21, s. 33.

¹⁴¹ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 166.

¹⁴² E. C. Baker, *Human liberty and freedom of speech*, New York – Oxford 1989, s. 79.

¹⁴³ P. Berckmans, *The semantics of symbolic speech*, Law and Philosophy, vol. 16, s. 148 – 149, 152.

¹⁴⁴ Spośród nielicznych przeciwnych stanowisk warto przytoczyć pogląd konserwatywnego jurysty Roberta H. Borka, którego zdaniem ochrona przewidziana w pierwszej poprawce przysługuje jedynie „wprost politycznym” wypowiedziom, a nie ekspresji naukowej czy też erotycznej (a tym bardziej – jak się wydaje – wypowiedziom symbolicznym), [w:] *Neutral principles and some First Amendment problems*, Indiana Law Journal, vol. 47, s. 20. Na marginesie dodajmy, iż teza ta stanowiła jedną z przyczyn, dla których Senat USA 23 października 1987 roku odmówił zatwierdzenia nominacji Borka (który w trakcie przesłuchania przed komisją senacką złągodził swoją tezę) na sędziego SN.

Udzielenie gwarancji przewidzianych w ustawie zasadniczej także wypowiedziom natury symbolicznej może być również usprawiedliwione poprzez analizę samych definicji pojęcia „komunikacja”. Jak zauważa W. Barnett Pearce, „dowolny aspekt ludzkiej aktywności może być interpretowany w kategoriach procesu komunikacyjnego, w którym zasoby są wyrażane i (re)konstruowane w praktykach. Odnosi się to do tych rodzajów działania, które są tradycyjnie pojmowane jako komunikowanie się: mówienie, pisanie, telewizja i film. Jednakże te praktyki nie są ani w większym, ani w mniejszym stopniu nadające się do komunikacyjnej analizy aniżeli każdy inny rodzaj ludzkiej aktywności [...] perspektywa komunikacyjna odnosi się do sposobu myślenia, a nie do klasy zjawisk, o których się myśli”¹⁴⁵. Przywołajmy więc kilka przykładów definiowania przedmiotowego pojęcia. Komunikacja bywa pojmowana jako proces, w którym określona informacja sformułowana przez autora danego przekazu wywołuje u jego odbiorcy „entymematyczną odpowiedź”, polegającą na ukonstytuowaniu przezeń nieprzypadkowych powiązań znaczeniowych korespondujących i skoordynowanych z powiązaniem kreowanymi przez twórcę przekazu¹⁴⁶. Według alternatywnego wyjaśnienia, komunikacja zachodzi wtedy, kiedy określona zmiana środowiskowa (bodziec, stymulant czy katalizator) wywiera wpływ na organizm, który reaguje na nią w pewien sposób, czyli udziela rozróżniającej odpowiedzi. A zatem sytuacja komunikacyjna ma miejsce w razie wystąpienia reakcji na dany przekaz¹⁴⁷. Jak argumentuje Wendy Leeds-Hurwitz, komunikacja wiąże się z używaniem określonego rodzaju znaków, tj. symboli, wiązaniem wspomnianych symboli w służące porozumiewaniu się kody, stosowaniem symboli oraz kodów jako instrumentów służących społecznemu konstruowaniu (produkcji, utrzymaniu, korekcie, transformacji) rzeczywistości oraz umożliwianiem interakcji międzyludzkiej¹⁴⁸. Jak wreszcie puentują Ralph V. Exline i B. J. Fehr, komunikacją staje się każde zachowanie generujące określoną reakcję u odbiorcy. Taka zmiana może polegać już to na reakcji na poziomie czysto neuronowym, już to na zauważalnej modyfikacji zewnętrznego zachowania podmiotu odbierającego przekaz. Zarazem wszystkie aspekty ludzkiej aktywności mogą być elementem komunikatu wysyłanego przez jego autora¹⁴⁹. Wspólną cechą wszystkich powyższych ujęć zaproponowanych przez teoretyków komunikacji jest odmowa ograniczenia zakresu desygnatów analizowanego terminu wyłącznie do

¹⁴⁵ W. Barnett Pearce, *Communication and the human condition*, Carbondale 1989, s. 25.

¹⁴⁶ R. Norton, D. Brenders, *Communication and consequences: laws of interaction*, Mahwah 1996, s. 17 – 18.

¹⁴⁷ Zob. K. K. Sereno, C. David Mortensen, *Foundations of communication theory*, New York 1970, s. 19 – 20, 23.

¹⁴⁸ W. Leeds-Hurwitz, *Semiotics and communication: signs, codes, cultures*, Hillsdale 1993, s. 15.

¹⁴⁹ R. V. Exline, B. J. Fehr, *Applications of semiosis to the study of visual interactions*, [w:] *Nonverbal behaviour and communication*, ed. by A. W. Siegman, S. Feldstein, Hillsdale 1978, s. 121.

werbalnych form porozumiewania się. Jak lapidarnie konkluduje Beth Haslett, proces komunikacji okazuje się multimodalnym fenomenem, zachodzącym na poziomie werbalnym i niewerbalnym¹⁵⁰. Patrząc z nieco innej perspektywy możemy powiedzieć, że do zaistnienia procesu komunikacyjnego między ludźmi konieczne jest wystąpienie czterech komponentów: autora przekazu, odbiorcy przekazu, treści przekazu oraz zapośredniczającego medium pozwalającego na transmisję wspomnianej treści od nadawcy do odbiorcy. Słowa oraz różnego rodzaju ekspresyjne zachowania stanowią więc, zgodnie z ową optyką, odmienne sposoby mediatyzacji idei czy emocji; działają zapewne w różnicowany sposób¹⁵¹, ale z perspektywy funkcjonalnej odgrywają analogiczną rolę. Jeżeli zatem zaakceptować słynną teleologiczną interpretację pierwszej poprawki jako instrumentu chroniącego wolny rynek idei oraz skonstatować, że warunkiem istnienia tegoż jest możliwość istnienia swobodnej i nieskrępowanej rządowymi interwencjami i regulacjami międzyludzkiej komunikacji, to argumenty przemawiające za przynajmniej częściowym objęciem wypowiedzi symbolicznych konstytucyjną ochroną wydają się w pełni uzasadnione. Warto również dodać, iż także wzgląd na aksjologiczną spójność ustawy zasadniczej zdaje się usprawiedliwiać takie rozwiązanie. Protekcja komunikacji werbalnej i niewerbalnej służy bowiem w znacznej liczbie przypadków tym samym wartościom, a doktrynalne i moralne argumenty stosowane w obronie wolności słowa w ścisłym znaczeniu są bardzo często relewantne także do wypowiedzi natury symbolicznej. Wreszcie wypada zaznaczyć, iż komunikacja niewerbalna niejednokrotnie bywa znacznie efektywniejsza aniżeli jej werbalny odpowiednik; tym samym ekspresja symboliczna stwarza autorowi przekazu okazję (zwłaszcza w sytuacji, gdy prezentuje on mniejszościowy punkt widzenia) do skutecznego dotarcia ze swoim przekazem do adresatów czy odbiorców.

Usankcjonowanie objęcia zakresem normowania pierwszej poprawki ekspresyjnych zachowań nie oznacza, rzecz jasna, rozstrzygnięcia wszystkich związanych z tym problemem kontrowersji. Zagadnienie, jak daleko winna być posunięta konstytucyjna protekcja ekspresji wykraczającej poza „pure speech”, pozostaje niesłyszane dyskusyjne. Charakter chronionych wypowiedzi symbolicznych, rozmiar przewidzianej protekcji, określenie dopuszczalnych oraz niedopuszczalnych sposobów regulacji ekspresyjnego zachowania – wszystkie wspomniane tu kwestie wymagają starannego namysłu,

¹⁵⁰ B. Haslett, *Communication: strategic action in context*, Hillsdale 1987, s. 4 – 5. Dodajmy, iż nawet Jürgen Habermas, kładący nacisk głównie na racjonalny oraz konsensualny aspekt procesu komunikacji i koncentrujący się tym samym raczej na werbalnym sposobie porozumiewania się, zdaje się nie wykluczać *a priori* zachowań niewerbalnych spod zakresu znaczeniowego analizowanego pojęcia. Por. np. J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego. Tom II. Przyczynek do krytyki rozumu funkcjonalnego*, Warszawa 2002, s. 13 i n.

¹⁵¹ Pamiętajmy bowiem, że w przypadku wypowiedzi werbalnych (a także chociażby niektórych wypowiedzi muzycznych – koncert symfoniczny) treść przekazu może być utożsamiana z medium służącym jej transmisji.

a sformułowanie generalnych reguł znajdujących swą aplikację w każdym konkretnym przypadku napotyka duże trudności¹⁵². Główną przyczyną tego stanu rzeczy jest fakt, iż, mówiąc słowami Franklyna S. Haimana, „każde zachowanie jest komunikacyjne [...] Wszystko, co człowiek czyni, każde działanie, które człowiek podejmuje, lub którego nie podejmuje, „przemawia” do każdego, kto jest zainteresowany poszukiwaniem przekazu [...] każde zachowanie może być rozumiane jako komunikacja”¹⁵³. W mojej ocenie zasadne jest nawet stwierdzenie mocniejsze. Jak bowiem zauważa Raymond Gozzi Jr., „kiedy dwie jednostki wchodzą wzajemnie w swoje pole percepcji, to znajdują się zarazem w sytuacji komunikacyjnej. Nie ma nadawcy i odbiorcy. Każda z jednostek jest równocześnie «nadawcą» i «odbiorcą» w sposób nieustający. **Ludzie nie mogą się nie komunikować** [podkr. – Ł. M.]. W takim razie, jeśli ludzie się widzą, słyszą lub dotykają, to również komunikują się”¹⁵⁴. Inaczej mówiąc, dokładnie każde dobrowolne (woluntarne) zachowanie człowieka może być uznane za ekspresję jego uczuć, przekonań, emocji, namiętności, wiary, poglądów itd. Należy ponadto odnotować, iż dobrowolność jest w tym aspekcie pojmowana w najwęższym możliwym sensie wyrazu (jako kategoria ontyczna). Poza jej obszarem pozostają zatem tylko te działania, które są podjęte wskutek oddziaływania całkowicie obezwładniającego zewnętrznego fizycznego przymusu, pozbawiającego człowieka zdolności do kierowania własnym ciałem. Natomiast można do działań dobrowolnych zakwalifikować te podejmowane pod przymusem prawnym, groźbą czy nawet pod wpływem zastosowania przemocy fizycznej, kiedy to jednostka posiada choćby najwęższą możliwość wyboru. Tytułem ilustracji warto odwołać się do przykładów. Pojawienie się uśmiechu na twarzy może być wyrazem entuzjazmu, satysfakcji, ironii, radości, przekory, złośliwości, litości, szyderstwa, pogardy itp.; noszenie ekscentrycznej fryzury może stanowić emanację niechęci wobec społecznych konwenansów, woli wkomponowania się w grupę rówieśniczą, pragnienia wyróżniania się z szarego tłumu, poczucia pokoleniowej rebelii itp.; zamach terrorystyczny jest manifestacją politycznych przekonań sprawcy, wyznawanej przezeń aksjologii, żywionego przezeń szacunku dla ludzkiego życia, trawiących go uczuć i emocji; popełnienie samobójstwa przez żołnierza, by uniknąć przekazania wrogowi pod wpływem tortur jakichś informacji, jest ekspresją jego lojalności wobec państwa, wierności wobec towarzyszy broni, przeświadczenia o istnieniu wartości wyższych aniżeli jednostkowa egzystencja

¹⁵² Por. np. F. Rigaux, *Abridged or forbidden speech: how can speech be regulated through speech?*, [w:] *Epistemology and methodology of comparative law*, ed. by M. van Hoecke, Oxford and Portland 2004, s. 297.

¹⁵³ F. S. Haiman, *Speech and law in a free society*, Chicago 1981, s. 31.

¹⁵⁴ R. Gozzi, Jr., *A shared field model of communication*, ETC: A review of general semantics, vol. 61, s. 396. L. Vernon Jensen uznaje wręcz tezę o niezdolności ludzi do zawieszenia komunikacji za truizm, [w:] *Ethical issues in the communication process*, Mahwah 1997, s. 45.

(albo też np. wyrazem obawy przed bólem). Co bodaj donioślejsze, ekspresyjny wymiar zdają się posiadać w moim przekonaniu także zachowania podejmowane podświadomie, nieintencjonalnie bądź też bezrefleksyjnie. Bezmyślne spoglądanie w telewizor, robienie sobie herbaty, spoczywanie na kanapie czy przemieszczanie się z punktu A do punktu B – wszystkie wskazane tutaj zachowania są co najmniej manifestacją przeświadczenia wykonującego je podmiotu, że w danym czasie i miejscu podjęcie rzeczonych działań znajduje się w jego subiektywnie rozumianym interesie. Rzecz jasna, wszystkie takie czynności podejmowane w codziennym życiu mogą posiadać też, uświadomiony bądź nieuświadomiony przez jednostkę i zrozumiały bądź niezrozumiały dla jej otoczenia, głębszy sens emocjonalny, intelektualny czy nawet filozoficzno-doktrynalny.

Oczywiście aprobatą tezy o immanentnie ekspresyjnym i komunikacyjnym charakterze każdej aktywności człowieka nie oznacza bynajmniej objęcia ochroną wynikającą z pierwszej poprawki całokształtu ludzkich działań. Takowe stanowisko byłoby nie tylko absurdalne pod względem logicznym i prakseologicznym, ale i skutkowałoby drastycznym rozwodnieniem poziomu protekcji przewidzianego w ustawie zasadniczej. Konieczne staje się tedy dokonanie dalszych dystynkcji. W tym miejscu możemy pokusić się jedynie o kilka generalnych uwag. Przy ocenie konstytucyjności prawnej limitacji swobody wypowiedzi symbolicznych można w pierwszym rzędzie podjąć próbę określonej kategoryzacji zachowań ekspresyjnych oraz na podstawie przeprowadzonej klasyfikacji zadecydować o objęciu ochroną pierwszej poprawki wyłącznie części z nich. Zapropozowane kryteria mogą być bardzo różne; przytoczmy zatem pokrótce najbardziej reprezentatywne oraz spójne koncepcje (które oczywiście niekoniecznie muszą być traktowane dysjunktywnie). Po pierwsze, zakresem oddziaływania konstytucyjnej ochrony można objąć tylko takie zachowania, w których uświadomionym celem aktywności podmiotu jest ekspresja określonych idei lub emocji¹⁵⁵. Przesądzającą rolę odgrywałyby więc kwestie teleologiczne. Po drugie, jako chronione przez regulacje pierwszej poprawki można traktować wyłącznie sprecyzowane, skonkretyzowane i przynajmniej potencjalnie zrozumiałe dla odbiorców ekspresyjne zachowania, niosące ze sobą identyfikowalny przekaz¹⁵⁶. Po trzecie, udzielenie konstytucyjnej ochrony można uzależnić od

¹⁵⁵ F. Schauer, *Freedom of expression adjudication in Europe and in the United States: a case study in comparative constitutional architecture*, [w:] *Europe and U. S. constitutionalism*, ed. by G. Nolte, New York 2005, s. 60 – 61.

¹⁵⁶ Pamiętać jednak trzeba, iż wypowiedzi niewerbalne są częstokroć w sposób nieuchronny mniej jednoznaczne aniżeli ich werbalne odpowiedniki. Wyobraźmy sobie sytuację, w której osoba wystawia na widok publiczny znak swastyki otoczony fotografiami nazistowskich dygnitarzy. W olbrzymiej większości przypadków takie zachowanie należy odczytywać jako gloryfikację Holocaustu (a być może nawet jako publiczne wezwanie do morderstwa – por. R. Cohen-Almagor, *Speech, media and ethics: the limits of free expression. Critical studies on freedom of expression, freedom of the press and the public's right to know*, New York 2001, s. 12); powyższa interpretacja z pewnością nie wzbudza poważniejszych kontrowersji. Jednak kiedy takiego czynu dopuszcza się negacjonista Zagłady, to wspomnianą wykładnię trudno uznać za prawomocną.

niewystępowania w wypowiedziach symbolicznych elementów przemocy, przymusu czy też inwazji w sferę autonomii odbiorcy oraz od ich substancjalnego (nieinstrumentalnego) wartościowania przez autora przekazu¹⁵⁷. Po czwarte, jako zasługujące na protekcję ustawy zasadniczej w interesującym nas kontekście można zakwalifikować wyłącznie takie przejawy ludzkiej aktywności, w których komponent ekspresyjny odgrywa dominującą (podstawową, istotną) rolę w zestawieniu ze składnikiem nieekspresyjnym (choćby w przypadku zamachu terrorystycznego fakt zadania ofiarom przez zamachowca śmierci zdaje się bezsprzecznie istotniejszy aniżeli aspekt tego czynu polegający na wyrażeniu przez sprawcę jakichś przekonań polityczno-ideologicznych...)¹⁵⁸. Po piąte, idąc w pewnym sensie śladem Meiklejohna lub Borka, można spróbować dokonać przedmiotowej klasyfikacji wypowiedzi symbolicznych i przyznać wynikającą z pierwszej poprawki ochronę wyłącznie niektórym z nich (np. tylko tym o charakterze politycznym)¹⁵⁹. Każde z powyższych kryteriów może być również opatrzone dodatkowym zastrzeżeniem o konieczności uważnego kontekstualnego analizowania poszczególnych zachowań, pozwalającego stwierdzić, czy w danych konkretnych okolicznościach czasu i miejsca określona aktywność jednostki zasługuje na ochronę z perspektywy wolności wyrażania poglądów¹⁶⁰. Niezależnie jednak od wad i zalet właściwych każdemu ze wskazanych rozwiązań (zarówno w ich aspekcie teoretycznym, jak i w kontekście ich aplikacji do partykularnych okoliczności), wszystkie wydają się wykazywać jedną identyczną ułomność. Otóż zaproponowane tu standardy oceny są bardzo subiektywne; tym samym prowokują arbitralność w stosowaniu prawa, nie dają obywatelom dostatecznych rękojmi legalnego bezpieczeństwa i stymulują daleko posuniętą dyskrejonalność sędziowską. Alternatywnym sposobem rozstrzygnięcia analizowanego dylematu byłoby skoncentrowanie uwagi nie tyle na atrybutach danego zachowania, co na celach legislacji, tj. na charakterze interesu zabezpieczanego przez dane przepisy bądź też ewentualnie na przyświecających prawodawcy motywacjach implementacji określonego aktu normatywnego ograniczającego w swoich konsekwencjach swobodę formułowania wypowiedzi symbolicznych. Aczkolwiek z perspektywy adresata normy pozornie zasadnicze znaczenie mają nie cele regulacji, ale raczej jej skutki, to w praktyce motywy kierujące prawodawcą odgrywają kluczową rolę również w aspekcie konsekwencjalistycznym. Larry Alexander proponuje w tym kontekście interesujący eksperyment myślowy, oparty na komparatyście dwóch casusów. W pierwszym przypadku prawo zawiera general-

¹⁵⁷ Por. E. C. Baker, *Scope of the First Amendment freedom of speech*, UCLA Law Review, vol. 25, s. 990, 1009 – 1029.

¹⁵⁸ T. I. Emerson, *The system...*, s. 79 – 81.

¹⁵⁹ Tak np. F. A. Morrow, *Speech, expression, and the Constitution*, Ethics, vol. 85, s. 236 – 242.

¹⁶⁰ Por. P. Berckmans, *op. cit.*, s. 176.

ny zakaz zapraszania ognia w miejscu publicznym; w drugim natomiast zabronione jest wyłącznie palenie w miejscach publicznych flagi amerykańskiej motywowane sprzeciwem wobec polityki Stanów Zjednoczonych bądź pogardą wobec obowiązującego w USA stylu życia. Przyjmując zasadę *ceteris paribus*, adresat norm może w obydwu sytuacjach zostać skazany na identyczną karę za ten sam czyn (popołniony w jednakowych warunkach i z takich samych pobudek). W każdym z tych stanów faktycznych szczególna forma protestu polegająca na publicznym spaleniu flagi narodowej jest sprzeczna z obowiązującym prawem. O ile jednak w pierwszej sytuacji motywacją regulacji jest zapobieżenie niebezpieczeństwu pożarowemu, o tyle w drugiej celem prawodawcy jest wyeliminowanie z publicznej dyskusji pewnej specyficznej formy wyrażenia poglądów politycznych. W nieco dłuższej perspektywie czasowej odmienność ta będzie rzutowała na konsekwencje tych unormowań dla „rynku idei” (a także – dodajmy na marginesie – dla skali zagrożenia pożarowego). O ile bowiem pierwsza z regulacji jest neutralna treściowo, uzasadniona racjonalnymi przesłankami oraz mniej więcej w równym stopniu obciążająca wszystkich uczestników publicznego dyskursu, o tyle przepisy drugiego typu stanowią wyraźne wypaczenie wolnej rywalizacji ideowej i przejaw ewidentnej dyskryminacji jednej ze stron debaty (można przecież, pozostając z nimi w zgodzie, palić flagi narodowe innych państw, portrety nieulubianych polityków, kukły doktrynalnych oponentów itp.), bez kompensowania tych niedomagań profitami w zakresie bezpieczeństwa¹⁶¹. Zatem, co dobitnie unaocznia powyższa egzemplifikacja, zgodność przepisów ograniczających wolność wypowiedzi symbolicznych z pierwszą poprawką do konstytucji może być determinowana rezultatem ich celowościowej analizy. Najciekawszą propozycję w tym kontekście formułuje Melville Nimmer¹⁶². Otóż jeśli regulacja danego zachowania motywowana jest pragnieniem ograniczenia określonego rodzaju ekspresji (*anti-speech interest*), to takowe unormowanie jest dopuszczalne wyłącznie wtedy, kiedy pierwsza poprawka nie chroni analogicznych treściowo wypowiedzi werbalnych. Innymi słowy, wypowiedzi symboliczne powinny być podówczas traktowane tak samo jak „czyste słowo”¹⁶³. Jeśli jednak przedmiotowa legislacja uzasadniona jest nieekspresyjnym komponentem (ewentualnie następstwami) danego zachowania oraz w istotny sposób wspomaga realizację ważnego (niekoniecznie fundamentalnego) uprawnionego interesu rządowego, to takie ograniczenie należy uznać za w pełni dopuszczalne. Oczywiście praktyczne zastosowanie koncepcji Nimmera również nie byłoby wolne od kontrowersji. Po pierwsze, problemem może być samo ustalenie celu norm

¹⁶¹ L. Alexander, *Is there a right of freedom of expression?*, New York 2005, s. 41 – 42.

¹⁶² M. B. Nimmer, *op. cit.*, *passim*. Zob. też T. I. Emerson, *op. cit.*, s. 81.

¹⁶³ Por. D. Feldman, *Content neutrality*, [w:] *Importing the First Amendment: freedom of speech and expression in Britain, Europe and USA*, ed. by I. Loveland, Oxford 1998, s. 141.

(np. nie wiadomo, czy decydujące powinny być tutaj otwarcie deklarowane lub domyślne intencje rzeczywistego prawodawcy, czy też raczej miarodajna winna być zobiektywizowana analiza relewantnych przepisów). Po drugie, wprowadzenie danego unormowania może być motywowane zróżnicowanymi celami; wyważanie proporcji między nimi także kreuje wspomniane uprzednio ryzyko arbitralności i subiektywizmu w stosowaniu prawa. Wydaje się jednakże, iż *summa summarum* propozycja Nimmera jest lepszym sposobem ewaluacji konstytucyjności przepisów limitujących wolność wypowiedzi symbolicznych aniżeli koncepcja zakładająca skoncentrowanie się wyłącznie na jakościach samego zachowania ekspresyjnego. Już w tym miejscu wypada nadmienić, że SN USA w swych orzeczeniach odwoływał się do obydwu wspomnianych metod, niejednokrotnie na zasadzie koniunkcji (tj. nie rezygnując z oceny poziomu ekspresyjności danej wypowiedzi symbolicznej, poddawał zarazem weryfikacji cele przyświecające kwestionowanym normom).

Podsumowując te wstępne rozważania, można stwierdzić, że o ile objęcie ekspresyjnych zachowań ochroną pierwszej poprawki wydaje się pozostawać w sprzeczności z autentyczną i literalno-językową wykładnią ustawy zasadniczej, o tyle jest absolutnie zgodne z duchem oraz celem konstytucji, poszerzając sferę wolnej od ingerencji państwa indywidualnej ekspresji¹⁶⁴. Kwestia, któremu z powyższych rodzajów interpretacji

¹⁶⁴ Por. S. M. Szasz, *Advertising tobacco: free expression in a free society*, [w:] *American voices: prize-winning essays on freedom of speech, censorship and advertising bans*, ed. by G. L. Smith, M. A. Taylor, New York 1987, s. 301. Ostatecznie, jak zauważa Stanisław Filipowicz, „w nowożytnej Ameryce telos polityki wyraża idea ochrony indywidualnych uprawnień”, [w:] *idem*, *Recepcja i rekonstrukcja. Geneza nowożytnego projektu republikańskiego*, [w:] *idem*, N. Gładziuk, S. Józefowicz, *Republika. Rozważania o przemianach archetypu*, Warszawa 1995, s. 66. Wypada również nadmienić, że, co zapewne unaocznia dalsze partie książki, ochrona zachowań ekspresyjnych realizuje zamierzenia ojców-założycieli Stanów Zjednoczonych zwłaszcza poprzez umożliwienie pojawienia się na rynku idei szerszej palety punktów widzenia, doktryn czy przekonań; tym samym obywatele uzyskują w dalszej kolejności większą szansę na samodzielne wyrobienie sobie poglądów w sprawach publicznych (por. np. K. Melville, [w:] *The boundaries of free speech: how free is to be free?*, ed. by *idem*, Dubuque 1991, s. 1). Jest bardzo prawdopodobne, że pryncypialne wykluczenie wypowiedzi symbolicznych spod zasięgu gwarancji przewidzianych przez pierwszą poprawkę wymiennie redukowałoby możliwość ujawnienia się w debacie publicznej niektórych stanowisk (zwłaszcza tych prezentowanych przez mniejszość obywateli). W szczególności dotyczy to przekonań radykalnych i przesyconych znaczącym poziomem emocji, który trudno jest zmanifestować przy użyciu czysto werbalnych metod komunikowania się. Fundamentalny sprzeciw wobec polityki rządu, protest antywojenny, wyrażenie niechęci (a nawet pogardy) wobec narodowej symboliki itp. – dla ekspresji tego rodzaju idei wypowiedzi symboliczne okazują się szczególnie adekwatnym wehikułem. „Czyste słowo” nie zawsze jest bowiem w stanie miarodajnie oddać stopień żarliwości, z którym te idee są wyznawane (zob. np. S. J. Heyman, *Free speech and human dignity*, New Haven 2008, s. 125). Należy zatem jasno powiedzieć, że konstytucyjna ochrona wypowiedzi symbolicznych może być, w zależności od specyfiki danego ekspresyjnego zachowania, usprawiedliwiona dwutorowo. Z jednej strony wypowiedź symboliczna bywa znaczeniowym ekwiwalentem korespondującej wypowiedzi werbalnej. Z drugiej strony, jak pisze Arnold H. Loewy, „wiele myśli może być przekazanych dogodniej przez czyny aniżeli przez słowa”, [w:] *Punishing flag desecrators: the ultimate in flag desecration*, North Carolina Law Review, vol. 49, s. 48. Ścisłe powiązanie pomiędzy swobodą myśli i wolnością słowa (a zatem wyrażania poglądów – Ł. M.) podkreślał m.in. John Stuart Mill, *O wolności*, Warszawa 1999, s. 30 i n.

prawa należałoby w tym konkretnym przypadku przyznać prymat, wydaje się w moim przeświadczeniu nierozstrzygalna na gruncie pozytywistycznych aksjomatów i teorematów. Rozwiązania tego dylematu okazują się więc często wyrazem subiektywnych preferencji komentatora. W każdym razie amerykańska nauka prawa konstytucyjnego (w przeważającej większości) oraz orzecznictwo SN akceptują raczej (w tym aspekcie) zorientowaną teleologicznie interpretację postanowień pierwszej poprawki.

W konkluzji niniejszego wprowadzenia warto również przywołać ustalenia poczynione przez Eugene'a Volokha, z których wynika, że ekwiwalentne traktowanie symbolicznego oraz werbalnego sposobu komunikacji jest także przynajmniej częściowo uzasadnione na gruncie oryginalistycznej wykładni konstytucji (opartej na dominującym w okresie tworzenia ustawy zasadniczej rozumieniu pojęć prawnych). Badacz przytacza na rzecz takiego poglądu szereg argumentów. Po pierwsze, osiemnastowieczna amerykańska kultura polityczna prześlągnięta była ekspresją symboliczną (np. palenie kukieł oraz flag z napisem „Wolność lub Śmierć”, wznoszenie tzw. totemów wolności, przyozdabianie gałęzi określonymi akcesoriami w celu skonstruowania symbolicznych „drzew wolności”, przyczepianie do kapeluszy kolorystycznie zróżnicowanych wstążek desygnujących polityczne sympatie, niszczenie tekstów federalnych ustaw czy publikacji przeciwników). Po drugie, m.in. w pismach sir Edwarda Coke'a oraz sir Williama Blackstone'a (recypowanych przez ówczesną amerykańską naukę prawa) odnaleźć można argumenty na rzecz tezy, że legalne pojęcie „zniewagi” obejmowało nie tylko ekspresję werbalną, ale i symboliczną. Stąd przestępstwo to można było popełnić przez posłużenie się tak paradygmatycznymi formami ekspresyjnego zachowania, jak spalenie kukły, umieszczenie przed domem oficera drewnianego pistoletu (desygnującego tchórzostwo) czy zapalenie przed czyimś domem latarni (sugerujące, iż jest to dom publiczny). Po trzecie, wypowiedzi werbalne i symboliczne były traktowane ekwiwalentnie także przez prawa o działalności wywrotowej, przepisy wymierzone w ekspresję obsceniczną i unormowania penalizujące bluźnierstwo. Po czwarte, np. w sprawie z 1795 roku (*Respublica vs. Montgomery*) strony postępowania zgodnie uznały wzniesienie „totemu wolności” za odpowiednik słowa (spór dotyczył jedynie kwestii, czy w tym konkretnym przypadku wolność słowa nie została nadużyta). Podobne stanowisko można zresztą też odnaleźć w pismach wielu prominentnych jurystów epoki. Po piąte, wolność słowa była wówczas powszechnie pojmowana jako prawo do ujawniania oraz proklamowania swoich przekonań, odczuć i sentymentów (a nie tylko jako prawo do pisania czy mówienia). Fakty te układają się w koherentny wzór potwierdzający pogląd, iż pierwsza poprawka odnosi się do przynajmniej części zachowań ekspresyjnych. Jednak przy rozstrzygnięciu współczesnych konkretnych kontrowersji (np. konstytucyjny status palenia flagi USA, spania w parku, tańca erotycznego) powyższa analiza historyczna jest użyteczna tylko

w znikomym stopniu¹⁶⁵. Nie można bowiem na jej podstawie wyprowadzić żadnych precyzyjnych dyrektyw interpretacji pierwszej poprawki (poza generalną konstatacją, że aprioryczne i automatyczne odmówienie każdej ekspresji symbolicznej konstytucyjnej ochrony jest historycznie bezpodstawne).

¹⁶⁵ Potwierdza to zresztą sam Volokh. Zob. *idem*, *Symbolic expression and the original meaning of the First Amendment*, *The Georgetown Law Journal*, vol. 97, s. 1059 – 1084.

II. OCHRONA WYPOWIEDZI SYMBOLICZNYCH NA ZASADACH OGÓLNYCH

1. *Stromberg vs. California*¹ czyli pierwsza poprawka a wywieszanie czerwonej flagi

Na przełomie lat 20. i 30. ubiegłego stulecia Sąd Najwyższy USA zaczął stosować przewidzianą w pierwszej poprawce ochronę wolności słowa do uregulowań stanowych i lokalnych². Prawnej legitymacji dla takiego postępowania dostarczyła SN tzw. doktryna inkorporacji, zgodnie z którą normy zawarte w czternastej poprawce do konstytucji nakazują władzom stanowym respektowanie amerykańskiej „Karty Praw” (czyli pierwszych dziesięciu poprawek). Innymi słowy, wspomniana powyżej doktryna zakładała, że znaczenie takich pojęć, jak „życie”, „wolność”, „własność” i „właściwe postępowanie prawne”, nie może być dedukowane bez uwzględnienia szczegółowych eksplikacji tych terminów zawartych w „Bill of Rights”³. Na marginesie warto wskazać, że wskazany wyżej pogląd budził (i po dziś dzień budzi) bardzo poważne kontrowersje. Przeciwnicy doktryny inkorporacji wskazywali m.in. na rzekomo stwarzane przez nią niebezpieczeństwo dla federalnego ustroju USA oraz na dokonywanie przez jej adherentów wątpliwych z prawnego punktu widzenia reinterpretacji czternastej poprawki⁴. Natomiast orędownicy omawianej teorii wskazywali, iż kładzie ona finalnie kres podwójnemu standardowi obowiązującemu w amerykańskim porządku prawnym w kontekście praw obywateli, zgodnie z którym konstytucja „nakazywała rządowi krajowemu powstrzymanie się od wprowadzenia pewnych przepisów i przestrzeganie pewnych procedur, ale zarazem pozostawiała stanom swobodę decyzyjną w tych samych sprawach”⁵. W każdym razie, aczkolwiek orzecznictwo SN przyjęło teorię inkorporacji w selektywnej wersji (tzn. bez jednorazowej całościowej absorpcji „Bill of Rights” w obręb czternastej

¹ 283 U. S. Reports 359.

² M. J. Phillips, *The Lochner Court, myth and reality: substantive due process from the 1890's to the 1930's*, Westport 2001, s. 37.

³ D. J. Goldford, *The American Constitution and the debate over originalism*, New York 2005, s. 38.

⁴ Przykładowe stanowisko tego rodzaju relacjonuje np. M. Kent Curtis, *No state shall abridge: the Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Durham 1986, s. VII – VIII.

⁵ L. W. Levy, *Seasoned judgements: the American Constitution, rights, and history*, New Brunswick 1995, s. 119.

poprawki)⁶, to, jak podniesiono w literaturze, swobody zagwarantowane przez pierwszą poprawkę bardzo szybko wymościły sobie bezpieczne miejsce w obrębie słowa „wolność”⁷. Pierwsza chronologicznie sprawa, w której SN musiał rozstrzygnąć kwestie związane z wypowiedziami symbolicznymi (ekspresyjnym niewerbalnym zachowaniem), dotyczyła właśnie przepisów stanowych.

Przed przystąpieniem do omówienia wskazanego wyroku należy jednak przynajmniej pokrótce wspomnieć o jego historycznym tle, czyli o prawnym represjonowaniu w niektórych okresach historii USA nieprawomyślnych, dysydenckich czy ekstremistycznych wypowiedzi o jednoznacznie politycznym charakterze. Pomimo właściwie ultymatywnego sformułowania użytego w pierwszej poprawce, idei wolności słowa zdarzało się całkiem często przechodzić w Stanach Zjednoczonych ciężkie chwile. Bodaj najbardziej niesławną egzemplifikację tego zjawiska stanowi uchwalenie przez Kongres w 1798 roku ustawy o działalności wywrotowej (*Sedition Act*)⁸. Wskazany akt czynił przestępstwem zagrożonym grzywną do 2000 \$ lub karą pozbawienia wolności do dwóch lat napisanie, wypowiedzenie, wydrukowanie bądź też opublikowanie wszelkiego rodzaju nieprawdziwych, wywołujących publiczne zgorszenie albo złośliwych stwierdzeń wymierzonych przeciwko rządowi Stanów Zjednoczonych, którejs z izb Kongresu bądź Prezydentowi, jeśli czyn ów został popełniony w zamiarze ich zniesławienia, wzbudzenia wobec nich pogardy, obniżenia ich reputacji, pobudzenia względem nich uczucia nienawiści wśród „szacownych obywateli Stanów Zjednoczonych”, zainicjowania na terenie USA działań wywrotowych, nakłonienia do nieprzestrzegania prawa lub udzielenia wsparcia, zachęty albo pomocy zakusom wrogich państw. Nielegalne było również organizowanie się w powyższych celach⁹. Treść ustawy już *prima facie* była sprzeczna z pierwszą poprawką (jeśli wykroczymy poza zawężającą blackstone’owską wykładnię terminu „wolność słowa”) oraz wydawała się pasować raczej do państw o au-

⁶ Zob. E. Neisser, *Recapturing the spirit. Essays on the Bill of Rights at 200*, Madison 1991, s. 8 – 9; L. Garlicki, *Bill of Rights w rozwoju konstytucji federalnej Stanów Zjednoczonych*, [w:] *Konstytucja USA 1787 – 1987. Historia i współczesność*, pod red. J. Wróblewskiego, Warszawa 1987, s. 216 – 218.

⁷ L. W. Levy, *The Establishment Clause*, [w:] *How does the Constitution protect religious freedom?*, ed. by R. A. Goldwin, A. Kaufman, Washington 1987, s. 86. Niezależnie od dyskusyjności doktryny inkorporacji, jest ona tak mocno zakorzeniona w konstytucjonalizmie amerykańskim, iż odejście od niej jest nie do pomyślenia.

⁸ Ustawa utraciła moc obowiązującą w 1801 r.; nigdy nie została wprost zweryfikowana przez Sąd Najwyższy pod kątem zgodności z ustawą zasadniczą. Por. jednak choćby uzasadnienie sędziego Williama Brennana z 1964 r. w sprawie *New York Times Co vs. Sullivan*, 376 U. S. Reports 254; uzasadnienie sędziego Hugo Blacka w sprawie *Communist Party vs. Control Board*, 367 U. S. Reports 1 (1961); uzasadnienie sędziego Williama O. Douglasa w sprawie *Gertz vs. Robert Welch*, 418 U. S. Reports 323 (1974).

⁹ D. P. Currie, *The Constitution in Congress: the Federalist period*, Chicago 1997, s. 260; L. Whipple, *The story of civil liberty in the United States*, New York 1927, s. 22 – 23.

torytarnym modelu ustrojowym, a nie do kraju zbudowanego w końcu na liberalnych pryncypiach. Co więcej, stosowanie tegoż prawa przez sądy było zwykle motywowane ściśle politycznymi względami; ponadto, choć z formalnego punktu widzenia prawdziwość wygłoszonych wypowiedzi stanowiła okoliczność wyłączającą bezprawność czynu, to w praktyce procesowej taka droga obrony pozostawała nader często dla podsądnych zamknięta¹⁰. Nie może zatem dziwić fakt, że *Sedition Act*, w tekstach bardzo wielu późniejszych komentatorów, został uznany za unormowanie destrukcyjne dla idei wolności, które właściwie godziło w samą istotę swobody słowa¹¹. Przykładowo, na podstawie przepisów przedmiotowej ustawy wymierzone zostały sankcje za wypowiedź sugerującą, że prezydent Adams ujawnia „ciągły pęd ku władzy i okazuje niepohamowane pragnienie kuriozalnej pompy, głupawego uwielbienia i samolubnej chciwości”, a także za wyrażenie nadziei, że salwa armatnia na jego cześć „trafi Adamsa w tyłek”¹². Jak podsumowuje (i trudno z nim się nie zgodzić) Charles A. Beard, ustawa o działalności wywrotowej z 1798 roku to prawo uchwalone ze względów czysto politycznych, które poprzez swój szeroki i niejasny język „czyniło przestępcę z każdego, kto poddał rząd Stanów Zjednoczonych surowej ocenie. Tak naprawdę owo rozwiązanie dało [...] sędziom, prokuratorom i urzędnikom władzę aresztowania, ukarania grzywną oraz uwięzienia każdego z ich politycznych przeciwników”. Jak optymistycznie konkluduje Beard, „wszyscy znamy jasny werdykt historii w sprawie tej tyrańskiej i motywowanej polityką ustawy”¹³.

Celem tej krótkiej reminiscencji jest zwrócenie uwagi na fakt, że konstytucyjna ochrona wypowiedzi o *par excellence* politycznej naturze nie zawsze była stosownie (przynajmniej z perspektywy współczesnych standardów) respektowana w praktyce. Łatwiejsze staje się tym samym zrozumienie linii orzeczniczej Sądu Najwyższego tuż po pierwszej wojnie światowej (tj. w okresie bezpośrednio poprzedzającym wyrok w sprawie *Stromberg vs. California*), kiedy to organ ten po raz pierwszy zaczął systematycznie rozważać znaczenie zawartej w pierwszej poprawce protekcji wolności słowa¹⁴.

¹⁰ N. L. Rosenberg, *Protecting the best men: an interpretative history of the law of libel*, Chapel Hill 1986, s. 87 – 88.

¹¹ Por. np. L. W. Levy, *Legacy of suppression: freedom of speech and press in early American history*, Cambridge 1960, s. 197; I. Brant, *The Bill of Rights: its origins and meaning*, Indianapolis 1965, s. 271.

¹² Cytaty za: A. Lewis, *The Bill of Rights: the first 200 years*, [w:] *Censorship and First Amendment rights: a primer*, ed. by T. Adams, Tarrytown 1992, s. 2; T. E. Woods, Jr., *The politically incorrect guide to American history*, Washington 2004, s. 35.

¹³ Ch. A. Beard, *The great American tradition*, [w:] *Selected articles on censorship of speech and the press*, compiled by L. T. Beman, New York 1930, s. 31.

¹⁴ Por. T. Eastland (ed.), *Freedom of expression in the Supreme Court. The defining cases*, Lanham – Boulder – New York – Oxford 2000, s. XXIV.

Kilka z takich decyzji SN zasługuje tutaj na wzmiankę: 1) *Schenck vs. Stany Zjednoczone*¹⁵ – ustawa o działalności szpiegowskiej z 15 czerwca 1917 roku penalizowała spowodowanie lub też usiłowanie spowodowania niesubordynacji w siłach zbrojnych USA i utrudnianie naboru do wojska. Charles Schenck, sekretarz generalny Partii Socjalistycznej, został skazany na podstawie tego przepisu za wysyłanie ulotek krytycznych wobec instytucji poboru, konstatujących jej sprzeczność z ustawą zasadniczą, podważających w duchu izolacjonistycznym celowość zaangażowania Stanów Zjednoczonych w wojnę poza ich granicami oraz nawołujących obywateli do afirmacji swoich praw w obliczu podstępnej i niesławnej konspiracji zmierzającej do ograniczenia bądź też zniszczenia uświęconych praw wolnych ludzi. SN zatwierdził wyrok niższej instancji, utrzymując, piórem Olivera Wendella Holmesa, że dystrybucja takowych ulotek kreowała „jasne i bezpośrednie” niebezpieczeństwo wywołania zła, któremu Kongres ma prawo zapobiec¹⁶. 2) *Frohwerk vs. Stany Zjednoczone*¹⁷ – powyższa ustawa zakazywała również wywoływania lub usiłowania wywoływania wśród sił zbrojnych USA nielojalności albo buntu oraz nakłaniania do odmowy wykonywania poleceń przełożonych. SN zaakceptował skazanie na podstawie tego przepisu publicyisty czasopisma „Missouri Staats Zeitung”, który krytykował amerykańską politykę podczas I wojny światowej, wychwalał w tym kontekście niezłomnego ducha narodu niemieckiego, podważał zgodność poboru z ustawą zasadniczą i częściowo usprawiedliwiał opór przeciwko niemu. 3) *Debs vs. Stany Zjednoczone*¹⁸ – SN uznał konstytucyjne skazanie, na podstawie cytowanych wyżej regulacji Espionage Act, socjalistycznego działacza związkowego i poli-

¹⁵ 249 U. S. Reports 47 (1919).

¹⁶ Uzasadnienie Holmesa zawiera bodaj najsłynniejszy passus w orzecznictwie SN powstałym na tle pierwszej poprawki: „The character of every act depends upon the circumstances in which it is done [...] The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force [...] The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no Court could regard them as protected by any constitutional right”. Fraza „clear and present danger” weszła nawet do potocznego języka dyskutantów podejmujących rozważania na temat ustrojowego modelu USA (W. I. Gordon, *Nine men plus. Supreme Court opinions on free speech and free press. An academic game-simulation*, Dubuque 1971, s. 3). Warto również odnotować, iż mimo pozornie liberalnego wydźwięku wspomniany standard służył wówczas raczej jako instrument usprawiedliwiający ograniczanie wolności słowa niż jako środek gwarantujący jej respektowanie przez władze publiczne. Por. np. R. Polenberga, *Fighting faiths: the Abrams case, the Supreme Court, and free speech*, New York 1989, s. 218; Z. L. Chafee, *Freedom of speech in war time*, Harvard Law Review, vol. 32, s. 967 – 969.

¹⁷ 249 U. S. Reports 204 (1919).

¹⁸ 249 U. S. Reports 211 (1919).

tyka Eugene'a Debsa, który podczas wiecu wyraził sprzeciw względem partycypacji przez USA w wojnie światowej i udzielił wyrazów poparcia dla „towarzyszy” już uwięzionych zgodnie z przepisami ustawy o działalności szpiegowskiej. 4) *Abrams vs. Stany Zjednoczone*¹⁹ – SN zaakceptował skazanie (na podstawie znowelizowanej w 1918 roku ustawy o działalności szpiegowskiej) pięciu osób za prowadzenie probolszewickiej czy prokomunistycznej agitacji. Posađni wzywali m.in. do strajku generalnego, nawoływali klasę robotniczą do oporu wobec wrogich kapitalistycznych sił oraz oprostestowywali udział USA w interwencji wojskowej przeciw „rewolucyjnej Rosji”. Tym samym Sąd Najwyższy uznał za zgodne z ustawą zasadniczą unormowanie penalizujące formułowanie nielejalnych, fałszywych oraz obraźliwych wypowiedzi o amerykańskiej formie rządu, używanie języka mającego na celu wzbudzenie pogardy wobec modelu ustrojowego USA, podżeganie do stawiania oporu Stanom Zjednoczonym podczas wojny, nakłanianie do lub zalecanie ograniczenia produkcji broni czy amunicji w ilości koniecznej do prowadzenia działań wojennych itp. 5) *Gitlow vs. People of the State of New York*²⁰ – nowojorskie prawo karne zakazywało głośzenia doktryny przestępczej anarchii, którą definiowało jako aprobatę koncepcji obalenia rządu przy użyciu siły, przemocy, zabijania urzędników bądź też innych nielegalnych środków. Konstytucyjność tego przepisu została potwierdzona przez SN nawet w odniesieniu do generalnej afirmacji postulatów rewolucyjnych oraz nieskonkretyzowanych wezwań do mobilizacji przeciwko kapitalizmowi i „państwu burżuazyjnemu”. 6) *Whitney vs. People of State of California*²¹ – SN stwierdził zgodność z konstytucją kalifornijskiej ustawy o przestępczym syndykalizmie penalizującej m.in. przynależność do organizacji opowiadającej się za wprowadzaniem politycznych przemian przy użyciu przemocy (wspomniany akt prawny kryminalizował zatem już sam fakt członkostwa np. w organizacjach komunistycznych).

Nietrudno zauważyć, że zdecydowana większość wskazanych orzeczeń wymierzona była bezpośrednio w orędowników radykalno-lewicowych poglądów. Sprawa *Stromberg vs. California* też dotyczyła konstytucyjności prawnego zwalczania ekstremistycznych koncepcji politycznych. Wyrok SN w tej sprawie szedł jednakowoż w wyraźnie odmiennym kierunku, a pomiędzy nim i dotychczasową tradycją orzecznictwą zaznaczało

¹⁹ 250 U. S. Reports 616 (1919). Przy okazji wskazanej sprawy w SN zaczęło ujawniać się wyraźne opozycyjne stanowisko wobec tak szerokiego ograniczania wolności słowa; głównymi rzecznikami tego sprzeciwu byli Holmes (paradoksalnie) i Louis D. Brandeis. Por. np. E. G. White, *Oliver Wendell Holmes: sage of the Supreme Court*, New York – Oxford 2000, s. 115 – 119; A. T. Mason, *Brandeis: a free man's life*, New York 1946, s. 561 – 566 (na stronie 632 autor podkreśla, iż orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie *Stromberg vs. California* wyraźnie nawiązywało do linii orzecznictwej proponowanej właśnie przez Brandeisa).

²⁰ 268 U. S. Reports 652 (1925).

²¹ 274 U. S. Reports 357 (1927).

się wyraźne napięcie. Trudno przy tym nie zgodzić się z poglądem, iż przedmiotowe orzeczenie było zapowiedzią szerszej ingerencji Sądu Najwyższego w przyszłości w prawodawstwo dotyczące wolności zrzeszania się, słowa czy też zgromadzeń²². Stan faktyczny sprawy przedstawiał się następująco. Latem 1929 roku dwie konserwatywne organizacje społeczne – American Legion oraz Better America Federation – zorganizowały nałot (to kolokwialne określenie wydaje się tutaj najwłaściwsze) na letni obóz dla dzieci (w wieku od sześciu do szesnastu lat) utrzymywany i finansowany przez grupy komunistyczne. Zatrzymano pracujące tam kobiety (w tym przewodniczącą komitetu dyskusyjnego w obozie, dziesięcioletnią Yettę Stromberg) i dozorcę; następnie przekazano ich do aresztu. Prokurator dystryktowy długo zastanawiał się nad rodzajem zarzutu, który można było postawić zatrzymanym osobom (a zwłaszcza samej Stromberg). W toku postępowania dowodowego ustalono, iż przyszła oskarżona uczyła w obozie historii i ekonomii, oczywiście w ortodoksyjnie marksistowskiej wersji. Na terenie obozu znaleziono także mnóstwo książek, broszur i pamfletów zawierających radykalną komunistyczną propagandę, którą w ówczesnym klimacie politycznym odczytywano powszechnie jako wezwanie do zbrojnej rewolucji oraz jako podżeganie do popełnienia przestępstwa. Teoretycznie zatem oskarżyciel publiczny mógł próbować powołania się na wspomnianą już powyżej ustawę stanu Kalifornia o przestępczym syndykalizmie. Ostatecznie wybrał jednakże inną drogę. Otóż w obozie codziennie odbywała się dość specyficzna ceremonia. Pod nadzorem i kierownictwem Stromberg, jej podopieczni wciągali na maszt czerwoną flagę, która stanowiła własnoręcznie zrobioną przez nich kopię flagi Związku Radzieckiego (a równocześnie sztandaru Komunistycznej Partii USA). Rytuał bynajmniej nie kończył się na tej czynności. W dalszej kolejności uczestnicy obozu stawiali na baczność, deklarowali lojalność względem czerwonej robotniczej flagi oraz symbolizowanych przez nią idei oraz zobowiązywali się do urzeczywistniania przez swoje życie jednego celu, tj. wolności dla klasy robotniczej. Prokurator zdecydował się tedy na wniesienie aktu oskarżenia opartego na pogwałceniu przez Stromberg kalifornijskiego „prawa o czerwonej fladze”. Takie akty normatywne były podówczas bardzo popularne w Stanach Zjednoczonych (przyjęło je blisko trzydzieści stanów), sta-

²² Zob. O. John Rogge, *The First and the Fifth with some excursions into others*, Edinburgh 1960, s. 100 – 101. Na temat znaczenia rozstrzygnięcia w sprawie Stromberg vs. California i różnic doktrynalnych pomiędzy tym wyrokiem a wcześniejszym orzecznictwem SN piszą też m.in. A. T. Mason, W. M. Beaney, *The Supreme Court in a free society*, Englewood Cliffs 1959, s. 292; W. M. Wiecek, *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America 1886 – 1937*, New York 1998, s. 218 – 219; K. E. Ciani, *Revelations of a reformer: Helen D. Marston Beardsley and progressive social activism*, *The Journal of San Diego History*, vol. 50, s. 118; R. S. Tanenbaum, *Preaching terror: free speech or wartime incitement?*, *American University Law Review*, vol. 55, s. 796. Inne orzeczenia wskazujące na zmianę paradygmatu w orzecznictwie SN to np. *Fiske vs. State of Kansas*, 274 U. S. Reports 380 (1927) i *Near vs. Minnesota*, 283 U. S. Reports 697 (1931).

nowiąc przejaw bardzo dynamicznej reakcji władz publicznych na rzekome szybkie rozprzestrzenianie się w USA ideologii komunistycznej. Obowiązujący w Kalifornii wariant tego rodzaju aktu normatywnego stypulował, że każda osoba wystawiająca czerwoną flagę, sztandar lub odznakę (lub flagę, sztandar, odznakę bądź też jakiegokolwiek inne urządzenie dowolnego koloru) w jakimkolwiek miejscu publicznym bądź miejscu spotkań, podczas dowolnego zgromadzenia publicznego albo też na jakimkolwiek budynku, jako znak, symbol lub emblemat sprzeciwu wobec zorganizowanej formy rządu, zachętę lub stymulację działań anarchistycznych albo pomoc wywrotowej propagandzie, popełnia zbrodnię. Wybór przepisu okazał się początkowo trafny z perspektywy oskarżyciela. Sądy niższych instancji w pełni zaaprobowwały konstytucyjność „prawa o czerwonej fladze” oraz jego zastosowania do okoliczności analizowanego przypadku. Yetta Stromberg została więc skazana na dziesięć lat pozbawienia wolności; pozostałe osoby otrzymały wyroki od sześciu miesięcy do pięciu lat więzienia. Mimo wsparcia Amerykańskiej Unii Swobód Obywatelskich do chwili rozpoznania sprawy przez SN wzmiankowane orzeczenia były sukcesywnie utrzymywane w kolejnych instancjach²³. W Sądzie Najwyższym rozstrzygnięcie zapadło stosunkiem głosów siedem do dwóch; uzasadnienie wyroku sporządził prezes SN Charles Evans Hughes; zdania odrębne przedstawili natomiast sędziowie James Clark McReynolds oraz Pierce Butler.

Jak słusznie podkreśla się w literaturze przedmiotu, cała argumentacja Hughesa została ufundowana na prawnym rozumowaniu zakładającym, że zaskarżone do SN orzeczenie miało charakter ogólny, tj. nie specyfikowało precyzyjnie, którą konkretnie normę prawną naruszyła Stromberg²⁴. Zakres przedmiotowy relewantnych regulacji „prawa o czerwonej fladze” obejmował trzy dysjunktywnie traktowane przypadki. Penalizowane było bowiem wystawianie czerwonej flagi *etc.* 1) jako znaku sprzeciwu wobec zorganizowanej formy rządu, 2) jako zachęty lub też stymulacji działań anarchistycznych, 3) jako pomocy wywrotowej propagandzie. Tymczasem kwestionowany wyrok (wskutek instrukcji udzielonych przez sędziego w pierwszej instancji ławie przysięgłych) nie wskazywał, pod który z trzech powyższych przepisów zakwalifikować należy postępowanie oskarżonej (co dokładnie miało symbolizować wywieszanie czerwonej flagi podczas wspomianej ceremonii w obozie młodzieżowym). Innymi słowy, na gruncie zebranego materiału dowodowego SN nie mógł rozstrzygnąć, czy Stromberg manifestowała swą opozycję względem zorganizowanej formy rządu, zachęcała do anarchii

²³ T. Eastland, *op. cit.*, s. 24; P. L. Murphy, *The meaning of freedom of speech: First Amendment freedoms from Wilson to FDR*, Westport 1972, s. 245; M. R. Belknap, *Cold War political justice: the Smith Act, the Communist Party, and American civil liberties*, Westport 1997, s. 9 – 10; W. E. Leuchtenburg, *The Supreme Court reborn: the constitutional revolution in the age of Roosevelt*, New York – Oxford 1995, s. 246.

²⁴ A. Reppy, *Civil rights in the United States*, New York 1951, s. 90.

czy też udzielała pomocy wywrotowej propagandzie. Hughes skonstatował zatem, że dla uchylecia orzeczenia (i skierowania sprawy do ponownego rozpoznania) wystarczające jest podważenie zgodności z ustawą zasadniczą chociażby jednego z trzech unormowań. Właściwie żadnych wątpliwości prezesa SN nie wzbudziły dwa ostatnie przepisy. Hughes argumentował, że takie pojęcia, jak „działania anarchistyczne” i „wywrotowy charakter”, są dostatecznie klarownie zdefiniowane w dotychczasowych precedensach orzeczniczych, ich interpretacja nie tworzy poważniejszych kłopotów, a zachowania opisane w hipotezie owych norm nie podlegają ochronie konstytucji. Pierwsze z pojęć oznacza dążenie do obalenia przy użyciu przemocy obowiązującego systemu polityczno-prawnego. Działalność wywrotowa oznacza natomiast wywoływanie w państwie chaosu przez (zbliżone do zdrady) zalecanie siłowego usunięcia rządu (ta definicja nie miała być w założeniu wyczerpująca). Według Hughesa, wolność słowa nie jest prawem absolutnym i z całą pewnością nie obejmuje prawa do podżegania lub pomocnictwa w takich działaniach. Sędzia zakwestionował zaś konstytucyjność normy mówiącej o wystawieniu flagi jako znaku sprzeciwu względem zorganizowanej formy rządu, co wystarczyło mu do uchylecia wyroku *in toto*. W tym właśnie miejscu rozeszły się drogi Hughesa z McReynoldsem oraz Butlerem. Nie wkraczając w szczegóły (dokładna analiza wydaje się bowiem zbędna z perspektywy celu pracy), dwaj ostatni sędziowie, nie negując merytorycznie tezy Hughesa o niekonstytucyjnym charakterze części badanej ustawy, twierdzili, że skazanie Stromberg winno być utrzymane w mocy na podstawie zgodnych z ustawą zasadniczą fragmentów „prawa o czerwonej fladze”. Warto dodać, iż w literaturze spekuluje się, że treść zdań odrębnych była zdeterminowana nie tylko *stricte* prawniczym rozumowaniem, ale i konserwatywnymi przekonaniem Butlera oraz McReynoldsa²⁵. Zachowując daleko idącą rezerwę względem tej „hermeneutyki podejrzeń”, możemy jednakże pokusić się o komentarz, że nie chodzi tutaj o konserwatyzm w rozumieniu substancjalnej doktryny politycznej, ale o pragnienie zachowania politycznego, prawnego oraz aksjologicznego *status quo* obowiązującego w USA w latach 20. minionego stulecia²⁶.

Jakie argumenty przemawiały zatem w przeświadczeniu Hughesa za sprzecznością z konstytucją wskazanego passusu „prawa o czerwonej fladze”? Otóż prezes SN dowodził, że przedmiotowy przepis posługuje się zwrotami mglistymi, nieprecyzyjnymi i dwuznacznymi, które otwierają bardzo szerokie możliwości interpretacyjne. Wykład-

²⁵ Zob. np. M. E. Parrish, *The Hughes Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2002, s. 44; P. G. Renstrom, *The Taft Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2003, s. 85.

²⁶ Na temat „konserwatyizmu *status quo*” zob. R. Skarzyński, *Konserwatyzm. Zarys dziejów filozofii politycznej*, Warszawa 1998, s. 25 – 26; R. Legutko, *Trzy konserwatyzy, [w:] idem, Etyka absolutna i społeczeństwo otwarte*, Kraków 1998, s. 129 – 130.

nia ustawy mogłaby więc doprowadzić do objęcia jej zakresem zastosowania również i takich zachowań, w które władza publiczna nie może konstytucyjnie ingerować. Przykładowo zakazany w ten sposób mógłby zostać pokojowy i prowadzony zgodnie z prawem protest antyrządowy; zabronione mogłoby stać się także respektujące porządek publiczny oraz odziewające się od stosowania przemocy wyrażanie sprzeciwu przez reprezentantów jednej partii wobec rządu zorganizowanego przez antagonistyczne stronnictwo. Tymczasem fundamentalnym pryncypium, na którym opiera się amerykańska republika, jest utrzymywanie warunków pozwalających na prowadzenie swobodnej politycznej debaty. Wolność słowa czyni rządzących odpowiedzialnymi wobec wyrażanej woli ludu oraz pozwala na przeprowadzanie w państwie pokojowych zmian. Jak puentował Hughes, prawo umożliwiające poprzez swój brak precyzji ograniczenie podstawowych praw obywatelskich musi być uznane za naruszające wolnościowe gwarancje zawarte w czternastej poprawce do ustawy zasadniczej. Jak łatwo można zatem zauważyć, prezes SN wysunął wobec podważanej ustawy dwa zarzuty natury formalnej. Po pierwsze, wskazał na jej niejasność („vagueness”). Przepis niejasny to taki, co do którego znaczenia istnieją obiektywne wątpliwości; stosowanie takich unormowań w praktyce nieuchronnie prowadzi do administracyjnego lub też sądowego subiektywizmu i łamie zasadę równości wobec prawa²⁷. Po drugie, w przekonaniu Hughesa „prawo o czerwonej fladze” posiada (przynajmniej potencjalnie) nadmiernie szeroki zakres przedmiotowy, obejmując też aktywność chronioną konstytucyjnie („overbreadth”)²⁸. Obydwa wskazane niedomagania konstrukcyjne pozostają ze sobą w ścisłym związku, ale nie powinny być wzajemnie utożsamiane. Trafna wydaje się tu konstatacja, że „choć nie wszystkie zbyt szerokie prawa są niejasne (np. «Nikomnie wolno publicznie pochwałać przestępstwa») i nie wszystkie niejasne prawa są zbyt szerokie (np. «Nikt nie może formułować wypowiedzi, które mogą być konstytucyjnie zakazane przez państwo»), to pomiędzy obydwiema doktrynami w większości przypadków zachodzi bliska korelacja”²⁹. Z interesującego nas punktu widzenia szczególnie istotny jest także fakt, że w sprawie Strom-

²⁷ Na ten aspekt orzeczenia zwracają uwagę np. J. A. Henretta, *Charles Evans Hughes and the strange death of liberal America*, *Law and History Review*, Spring 2006, s. 151; S. Jay, *Free expression – from World War I to the Cold War*, Washington 2006, s. 2; D. M. Ackerman, H. Cohen, R. Meltz, *First Amendment. Religion and expression*, [w:] *The Constitution of the United States of America. Analysis and interpretation. Analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2002*, ed. by J. H. Killian, G. A. Costello, K. R. Thomas, Washington 2004, s. 1039.

²⁸ Na ten aspekt orzeczenia uwagę zwracają np. D. P. Curie, *The Constitution in the Supreme Court: the second century 1888 – 1986*, Chicago – London 1990, s. 256; Ch. W. Smith, *Public opinion in a democracy: a study in American politics*, New York 1939, s. 276; S. Elias, S. Levinkind, *Legal research: how to find and understand the law*, Berkeley 2005, s. 243.

²⁹ G. R. Stone, L. M. Seidman, C. R. Sunstein, M. V. Tushnet, *The First Amendment*, Gaithersburg – New York 1999, s. 114. Analiza prawa pod kątem „overbreadth” została oczywiście w późniejszych latach inkorporowana do testu „strict scrutiny” (wymóg wąskiej konstrukcji).

berg vs. California regulacja ekspresji symbolicznej została przez Hughesa poddana ewaluacji pod kątem zgodności z identycznymi kryteriami formalnymi co unormowania ograniczające swobodę ekspresji werbalnej. Wyrok niższej instancji został finalnie uchylony, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania.

Wielu komentatorów oceniających analizowany wyrok uznaje go za absolutnie miłowy krok w dziedzinie ochrony wolności słowa i autorytatywny wyraz woli respektowania przez SN obywatelskiego prawa do swobodnego wyrażania nieortodoksyjnych poglądów. Według Rebeki S. Shoemaker, Hughes zademonstrował swym uzasadnieniem silne i stabilne poparcie dla idei praw obywatelskich nawet w czasach Wielkiego Kryzysu, generującego namiętności opozycyjne wobec amerykańskiego modelu ustrojowego. Zdaniem George'a P. Fletchera oraz Steve'a Shepparda, wyrok w analizowanej sprawie gwarantował jednostkom nieskrępowane prawo do angażowania się w debatę publiczną i wyrażania opinii w sprawach politycznych. Z kolei Nan D. Hunter interpretuje wyrok jako wyraz przywiązania do zasad indywidualizmu (stanowiącego w końcu jeden z aksjomatów, na których oparty jest cały panujący w Stanach Zjednoczonych model stosunków między jednostką a państwem). Anonimowy autor artykułu opublikowanego w bardzo prestiżowym „Harvard Law Review” konkluduje, że orzeczenie w sprawie Stromberg vs. California gwarantuje konstytucyjną protekcję ekspresji politycznej (a zatem realizuje cel leżący w samym jądrze pierwszej poprawki). Robert L. Tsai utrzymuje zaś, że rozstrzygnięcie sprawy dowodziło, iż nawet subwersyjne wypowiedzi mają legitymację do obecności w dyskursie publicznym i kształtowania opinii społecznej. Albin Eser stwierdza, iż Hughes przedłożył obywatelskie prawa jednostki nad prawo państwa do samozachowania. Wreszcie James Weinstein uznaje wyrok za świadectwo przywiązania do idei demokratycznej samorządności³⁰. Pochwały dotyczyły również znaczenia decyzji SN w kontekście problemu konstytucyjności limitowania wypowiedzi symbolicznych. W przekonaniu Merlo J. Puseya, Hughes w uzasadnieniu „klarownie stwierdził, że wolność słowa nie może zostać wtłoczona w jakiegokolwiek wąskie granice”. Sonia K. Katyal wskazuje natomiast, iż orzeczenie pozwoliło objąć ochroną ustawy zasadniczej niestereotypowe formy ekspresji (tj. te związane z użyciem przedmiotów materialnych

³⁰ R. S. Shoemaker, *The White Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2003, s. 85; G. P. Fletcher, S. Sheppard, *American law in a global context: the basics*, New York 2005, s. 239; N. D. Hunter, *Escaping the expression – equality conundrum: towards anti-orthodoxy and inclusion*, Ohio State Law Journal, vol. 61, s. 1694; Note (b.a.), *Making sense of hybrid speech: a new model for commercial speech and expressive conduct*, Harvard Law Review, vol. 118, s. 2839 – 2840; R. L. Tsai, *Conceptualizing constitutional litigation as anti-government expression: a speech-centered theory of court access*, American University Law Review, vol. 51, s. 866; A. Eser, *A principle of “harm” in the concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected legal interests*, Duquesne University Law Review, vol. 4, s. 406; J. Weinstein, *Institutional Review Boards and the Constitution*, Northwestern University Law Review, vol. 101, s. 512.

i w ten sposób wzbogacające demokratyczną dyskusję³¹. Wykaz podobnych laudacji można bez trudu poszerzyć. Opinie te zdają się jednak nieco przesadzone. Sąd Najwyższy bynajmniej nie umiejscowił bowiem w wyroku prawa jednostki do swobody wypowiedzi na konstytucyjnym piedestale. W ujęciu Hughesa granice wolności słowa zostają przekroczone już z chwilą samego rozpoczęcia nawoływania do podjęcia bezprawnych działań; nie ma zatem konieczności wykazania, że takie podżeganie groziło czy też mogło grozić natychmiastowym podjęciem przez adresata przekazu wywrotowej aktywności³². Tym samym trafniejsza zdaje się bardziej umiarkowana diagnoza, interpretująca treść analizowanego orzeczenia jako próbę znalezienia równowagi i kompromisu pomiędzy liberalną bądź też libertariańską perspektywą odnośnie do wolności indywidualnej a wymogami pokojowego współżycia w ramach państwa i społeczeństwa³³. Jak celnie wskazał Benjamin F. Wright, Sąd Najwyższy stopniowo zaczął podążać „w kierunku szerszej ochrony praw obywatelskich, ale wahał się rozpoznać ten fakt wprost”³⁴. Dla nas szczególnie interesujące jest zaś zagadnienie wypowiedzi symbolicznych. Aczkolwiek Hughes nie powoływał się w uzasadnieniu na pierwszą poprawkę, to właściwie wszyscy komentatorzy (także autorzy późniejszych rozstrzygnięć SN przywołujący rzeczony wyrok) jednoznacznie kwalifikowali *Stromberg vs. California* jako sprawę dotyczącą zakresu oddziaływania tej właśnie partii ustawy zasadniczej. Wskazywała na to treść uzasadnienia (tj. odwołanie się do wartości swobodnej politycznej dyskusji i uznanie wolności słowa za część składową ogólnej wolności chronionej przez czternastą poprawkę). Ponadto usprawiedliwiony jest tutaj szczególny rodzaj wnioskowania *a minori ad maius*, zgodnie z którym skoro taki typ regulacji na poziomie stanowym pozostaje niezgodny z ustawą zasadniczą, to tym bardziej za niekonstytucyjne należy uznać identyczne unormowanie, gdyby zostało ono wprowadzone na szczeblu ogólnopaństwowym. Wynika to z logiki amerykańskiego modelu federalnego. *Ergo*, gdyby „prawo o czerwonej fladze” o treści analogicznej z tym obowiązującym w Kalifornii uchwalili Kongres, to treść wyroku SN musiałaby pozostać identyczna (bądź też ewentualnie korzystniejsza dla praw obywatelskich)³⁵. Tymczasem prawnej podstawy dla rozstrzygnięcia tego rodzaju dostarczyłaby prawdopodobnie pierwsza poprawka. Decyzja Sądu Najwyższego

³¹ M. J. Pusey, *Charles Evans Hughes*, vol. 2, New York 1951, s. 718; S. K. Katyal, *Semiotic disobedience*, *Washington University Law Review*, vol. 84, s. 556.

³² K. Werhan, *Freedom of speech*, Westport – London 2004, s. 55 – 56.

³³ Taką ocenę uzasadnienia Hughesa formułuje E. G. White, *The American judicial tradition: profiles of leading American judges*, New York – Oxford 1988, s. 208 – 209.

³⁴ B. F. Wright, *The growth of American constitutional law*, Boston 1942, s. 152.

³⁵ Mówiąc kolokwialnie, władzy federalnej na pewno w takim przypadku wolno mniej aniżeli stanom.

doprowadziła zatem do objęcia wypowiedzi symbolicznych ochroną pierwszej poprawki, ale uczyniła to *implicite*. Uzasadnienie Hughesa nie dostarczyło jednakże żadnego rozumowania teoretycznego usprawiedliwiającego rzeczony posunięcie, nie zdefiniowało żadnych kryteriów służących ustaleniu atrybutów określonego ekspresyjnego zachowania czyniących ten rodzaj aktywności zasługującym na protekcję konstytucji oraz nie formułowało żadnych standardów pozwalających na ocenę ingerencji władzy publicznej w wypowiedzi symboliczne pod kątem zgodności z ustawą zasadniczą. Wątpliwa argumentacja celowościowa z pewnością nie może być potraktowana jako wystarczająca. Nawet przy akceptacji orzeczenia (a nie mam wątpliwości, że „prawo o czerwonej fladze” pozostaje w całości sprzeczne z konstytucyjnymi gwarancjami wolności słowa), uzasadnienie Hughesa wydaje się zasługiwać na znaczną dozę krytycyzmu. Decyzja SN jest w dużym stopniu manifestacją jurysprudencji zorientowanej na rezultat, czyli takiej, w której ostateczny wynik procesu stosowania prawa jest w większym stopniu funkcją i odzwierciedleniem osobistych preferencji moralnych sędziów aniżeli efektem poprawnego i całościowego rozumowania prawniczego. W Stanach Zjednoczonych (o czym przekonamy się też w dalszych partiach pracy) sąd konstytucyjny był często za taką praktykę krytykowany³⁶.

2. Obowiązkowe oddawanie honorów fladze państwowej w szkołach publicznych

Kolejna rozpatrywana przez Sąd Najwyższy sprawa dotycząca konstytucyjnej ochrony wypowiedzi symbolicznych odnosiła się do (niekontrowersyjnego dla większości obywateli) obyczaju obowiązkowego oddawania honorów fladze Stanów Zjednoczo-

³⁶ Por. G. Minda, *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*, New York and London 1995, s. 37 – 41 (poglądy Herberta Wechslera, Alexandra Bickela, Louisa H. Pollocka i Roberta Borka). Użyteczne jest w tym kontekście rozróżnienie dokonane przez Ronalda Dworkina na decyzje odwołujące się do zasad oraz decyzje polityczne: „Celem argumentów odwołujących się do zasad jest uzasadnienie decyzji [...] korzystnych dla określonej osoby lub grupy poprzez wykazanie, że ta osoba lub grupa ma prawo do danej korzyści. Celem argumentów politycznych jest uzasadnienie decyzji poprzez wykazanie, iż pomimo, że ci, dla których była ona korzystna, nie mieli prawa do takiej korzyści, była ona słuszna pod warunkiem, że przybliży osiągnięcie określonego celu politycznej społeczności”, [w:] *idem, Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 521. Wydaje się, że za rozstrzygnięcia polityczne można uznać również takie decyzje sądowe, w których istnienie „prawa do danej korzyści” nie zostało dowiedzione na podstawie racjonalnej argumentacji odwołującej się do obowiązujących przepisów. Uwzględniając niekonkluzywność pierwszej i czternastej poprawki do ustawy zasadniczej (por. H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 348 – 352), wyrok w sprawie *Stromberg vs. California* jest w moim przeświadczeniu znacznie bliższy decyzji *stricte* politycznej (warunkowanej teleologicznie, a mającej na celu ochronę swobodnej dyskusji) niż decyzji opartej na jasnych zasadach. Mówiąc jeszcze inaczej, nawet jeśli w sensie ontologicznym istnieje konstytucyjnie chronione prawo obywatelskie do wywieszania czerwonej flagi motywowanego względami opisanymi w przepisach zakwestionowanej ustawy kalifornijskiej, to pod względem heurystycznym uzasadnienie Hughesa budzi poważny niedosyt.

nych przez uczniów w szkołach publicznych. Praktyka ta polegała na salutowaniu narodowemu sztandarowi oraz recytowaniu krótkiej przysięgi na wierność (*pledge of allegiance*)³⁷; będąc usankcjonowaną prawnie poprzez rozliczne regulacje lokalne bądź stanowe. Przeciwno przymusowi takowego zachowania ostro protestowali, także na drodze sądowej, Świadkowie Jehowy, według których rytuał ten stanowił naruszenie drugiego przykazania Dekalogu³⁸ oraz konstytuował przejaw kultu złotego cielca. Wskazana grupa wyznaniowa podlegała zresztą w pierwszej połowie XX stulecia w USA wielu prawnym represjom (w deskryptywnym sensie terminu). Niewątpliwie do tego faktu przyczyniła się specyfika żywionych przez ową grupę przekonań religijnych, a w szczególności wybitnie nietolerancyjny i „nieekumeniczny” (ogólnie mówiąc) stosunek do innych związków wyznaniowych, przeświadczenie o bliskim i nieuchronnie nadchodzącym Armageddonie, rygorystycznie pacyfistyczne poglądy, uporcezywy prozelityzm, stosowanie agresywnej taktyki nakłaniającej do konwersji czy wreszcie nieakceptowalna i niezrozumiała dla większości społeczeństwa niechęć wobec transfuzji krwi. Stąd też Świadkowie Jehowy byli po wielokroć skazywani za takie przewinienia, jak sprzedaż swej religijnej literatury bez uzyskania potrzebnego zezwolenia bądź naruszanie porządku publicznego; relatywnie często ich zachowania uznawano także za naruszające cytowaną już wcześniej ustawę o działalności szpiegowskiej z 1917 roku i wymierzano z tego tytułu stosowne sankcje³⁹. Najistotniejsza (i chyba również najbardziej dramatyczna) z perspektywy prawa konstytucyjnego kontrowersja wiązała się jednak z kwestią oddawania honorów fladze. Początkowo Sąd Najwyższy w 1940 roku zadeklarował zgodność z ustawą zasadniczą unormowań wymuszających obowiązkowe uczestnictwo uczniów we wspomnianej ceremonii⁴⁰. Podstawą konstytucyjnego protestu nie była w tym przypadku wolność słowa, ale wolność religijna; z tego powodu dokładna analiza orzeczenia wydaje się zbędna. Kilka rudymenarnych informacji jest jednak potrzebnych, by lepiej zrozumieć dalszy przebieg sporu. Autorem uzasadnienia wyroku we wskazanej sprawie był Felix Frankfurter. Jego argumentacja opierała się na dwóch pod-

³⁷ Przysięga ta miała następującą treść: „Ślubuję wierność fladze Stanów Zjednoczonych i republice, której jest symbolem, jeden naród niepodzielny z wolnością i sprawiedliwością dla wszystkich”. Cyt. za R. Prostack, „*Żywotny interes państwa*” a ograniczenia swobody praktyk religijnych. *Oddawanie honorów fladze państwowej w Stanach Zjednoczonych a Świadkowie Jehowy*, Politea, nr 2, s. 313.

³⁸ Chodzi tu oczywiście o tradycyjną starotestamentową wersję: „Nie będziesz czynił żadnego obrazu i żadnego wyobrażenia ani tego, co na ziemi, ani tego, co w wodzie, ani tego, co pod ziemią. Nie będziesz się im kłaniał, ani nie będziesz im służył, gdyż ja, Jahwe, Bóg twój jestem Bogiem zazdrosnym” (Biblia Warszawsko-Praska). W interpretacji Świadków Jehowy flaga była uznawana za „obraz” lub „wyobrażenie”.

³⁹ Szerzej W. S. McAninch, *A catalyst for evolution of constitutional law: Jehovah's Witnesses in the Supreme Court*, University of Cincinnati Law Review, vol. 55, s. 1002 – 1003, 1008 – 1014.

⁴⁰ *Minersville School District vs. Gobitis*, 310 U. S. Reports 586.

stawowych przesłankach. Pierwsza z nich posiadała charakter formalny i wiązała się z postrzeganiem przezeń właściwej roli SN w amerykańskim systemie prawnym. Frankfurter dowodził bowiem, że stygmatyzacja decyzji legislatury „żądatajcej powszechnego respektu dla symbolu naszego narodowego życia na terenie wspólnej szkoły” jako niekonstytucyjnego pogwałcenia wolności sumienia byłaby „deklaracją psychologicznych i pedagogicznych dogmatów w obszarze, w którym sędziowie nie dysponują wyraźnymi i decydującymi kompetencjami”. Sąd nie jest adekwatnym forum, na którym należy toczyć dysputę o edukacyjnej polityce państwa. Nawet jeżeli wymuszanie oddawania honorów fladze jest rozwiązaniem nierozsądnym, to ocena ta nie czyni go jeszcze bynajmniej propozycją niekonstytucyjną. Transgresja w obszar konstytucyjnie chronionych wolności obywatelskich nie jest tu bowiem oczywista; tym samym spory tego rodzaju winny być rozstrzygane w drodze demokratycznego procesu i parlamentarnej debaty. Uchylenie praw obligujących uczniów do oddawania honorów fladze stanowiłoby zatem uzurpację przez SN nienależnych mu kompetencji, afront wobec władzy ustawodawczej i obrazę zasady rządów ludu. Drugi argument miał już charakter merytoryczny i ufundowany został na założeniu, że władza państwowa jest legitymowana do krzewienia patriotyzmu, gwarantowania narodowej spójności, stymulowania uczucia wierności wobec ojczyzny itp. Wolność religijna, która nie posiada wymiaru absolutnego, musi niekiedy ustąpić przed koniecznościami wymaganymi dla utrzymania jedności narodu. Przepisy pomagające urzeczywistnić „uporządkowane, spokojne i wolne społeczeństwo” (a do takich legislatura zaliczyła przedmiotowe regulacje), które nie są wprost wymierzone w przekonania religijne obywateli (a tylko dotyczą je akcydentalnie), są usprawiedliwione jako instrument służący zapewnieniu obywatelskiej kohezji, tworzącej z kolei fundament dla wszelkich pozostałych indywidualnych praw i wolności⁴¹. Sporządzone przez Frankfurtera uzasadnienie i sama sentencja orzeczenia spotkały się z miążdżącą wręcz krytyczną recepcją części opinii publicznej. Niezależnie od merytorycznej oceny wyroku wiele wytoczonych zarzutów wydaje się zdecydowanie wyolbrzymionych. Sędziego oskarżono m.in. o uleganie wojennej histerii, poddanie się populistycznym naciskom, hołdowanie nazistowskiej filozofii politycznej czy

⁴¹ C. Cookson, *Regulating religion: the courts and the Free Exercise Clause*, New York 2000, s. 13; L. Fisher, *Nonjudicial safeguards for religious liberty*, University of Cincinnati Law Review, vol. 70, s. 61. Jak zauważa Joseph Grinstein, „choć język apoteozujący nienaruszalność wiary religijnej przenika jursprudencję Sądu [Najwyższego – Ł. M.] odnośnie do wolności wyznania, to Sąd rzadko unieważnia rządowe posunięcia z powodu gwałcenia tej wolności”; SN rozróżnia bowiem zazwyczaj wewnętrzną wolność sumienia od wolności działania motywowanego przeświadczeniami religijnymi, [w:] *idem, Jihad and the Constitution: the First Amendment implications of combating religiously motivated terrorism*, Yale Law Journal, vol. 105, s. 1355 – 1356. Orzeczenie w sprawie *Minersville School District vs. Gobitis* wydaje się w tym kontekście bardzo symptomatyczne.

kompromitowanie się heroicznym bojem z grupką dzieci⁴². Prawdopodobnie również z uwagi na tę lawinę krytycyzmu, już dwa lata później⁴³ współtworzący większość w *Minersville School District vs. Gobitis* sędziowie Hugo L. Black, Frank Murphy i William O. Douglas przyznali się do błędu, deklarując tym samym wolę modyfikacji orzeczenia⁴⁴.

Szansa na dokonanie takiej zmiany pojawiła się już w 1943 roku. Wówczas to przed Sądem Najwyższym stanęła sprawa, w której stan faktyczny i prawny był w pełni analogiczny do występującego w *Minersville School District vs. Gobitis*⁴⁵. Jak odnotowuje Ken I. Kersch, różnice pomiędzy dwoma wskazanymi rozstrzygnięciami wyznaczają jeden z najszybszych i najbardziej nieoczekiwanych odwrótów w historii amerykańskiego konstytucjonalizmu⁴⁶. Bez wątplenia SN podważył w ten sposób fundamentalną dla swego *modus operandi* zasadę *stare decisis*, która to reguła nakazuje władzy sądowniczej lojalność wobec uprzednio ogłoszonych doktryn prawnych, zobowiązuje do konsekwentnego stosowania zaakceptowanego wcześniej *ratio decidendi* oraz gwarantuje przewidywalność i spolegliwość porządku normatywnego⁴⁷. Oczywiście *stare decisis* nie jest zasadą bezwyjątkową; jednak aż tak spektakularne odejścia od precedensów zdają się godzić w podstawowe pryncypia systemu *common law*. Faktyczne okoliczności sprawy przedstawiały się następująco. Ustawa Wirginii Zachodniej nakazywała szkołom (również niepublicznym) wprowadzenie do *curriculum* zajęć z historii, wychowania obywatelskiego oraz konstytucjonalizmu, mających promować postawę patriotyczną i krzewić ducha amerykańizmu. Na podstawie tego aktu normatywnego stanowe „kuratorium oświaty” przyjęło zarządzenie zobowiązujące szkoły publiczne do organizowania codziennej ceremonii polegającej na salutowaniu fladze⁴⁸ i wypowiadania

⁴² F. H. Heller, *A turning point for religious liberty*, *Virginia Law Review*, vol. 29, s. 450 – 453; L. Fisher, *op. cit.*, s. 61.

⁴³ Zob. *Jones vs. City of Opelika*, 316 U. S. Reports 584.

⁴⁴ Por. R. L. Hale, *Freedom through law: public control of private governing power*, New York 1952, s. 278.

⁴⁵ *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 U. S. 624.

⁴⁶ K. I. Kersch, *Freedom of speech: rights and liberties under the law*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2003, s. 128 – 129.

⁴⁷ Zob. np. T. Campbell, *Separation of powers in practice*, Palo Alto 2004, s. 69; D. S. Clark, *The sources of law*, [w:] *Introduction to the law of the United States*, ed. by *idem* and T. Ansay, The Hague – London – New York 2002, s. 38; P. Sayre, *Philosophy of law*, Buffalo 1999, s. 42.

⁴⁸ Nie bez znaczenia dla dalszych losów sprawy wydaje się być fakt, iż gest salutowania wykonywany był poprzez podniesienie prawej ręki (dłonią do góry) przy usztywnionym ramieniu. Istnieje tu oczywiście wyraźne podobieństwo do pozdrowienia nazistowskiego (aczkolwiek oczywiście tylko na płaszczyźnie kulturowo-emocjonalnej, a nie racjonalnej). Stąd np. Richard A. Primus domniemywa, że także i ten formalny aspekt wywarł wpływ na kształt orzeczenia SN, gdyż ceremoniał mógł kojarzyć się sędziom z przymusowym mustrowaniem uczniów na wzór narodowosocjalistyczny, [w:] *idem*, *The American language of rights*, New York 1999, s. 198 – 199.

niu *pledge of allegiance*. Odmowa udziału w rytuale miała być kwalifikowana jako przejaw niesubordynacji i karana usunięciem ze szkoły, co w następnej kolejności pociągało za sobą potraktowanie takiej nieobecności jako złamania obowiązku szkolnego. W takiej sytuacji rodzice czy opiekunowie wydalonych dzieci podlegali karze grzywny lub więzienia, a ich podopiecznym groziło umieszczenie w domu poprawczym. Troje rodziców należących do Świadków Jehowy (m.in. Walter Barnette) wystąpiło do kuratorium z wnioskiem o zwolnienie ich dzieci z obowiązku partycypowania w rytuale, opierając swą argumentację przede wszystkim na konstytucyjnych klauzulach gwarantujących wolność religijną i wolność słowa. Kuratorium odmownie rozpatrzyło wskazany wniosek. Pozytywny rezultat przyniosło dopiero odwołanie się do sądu dystryktowego, który unieważnił decyzję kuratorium oraz zobligował ten organ do zwolnienia z obowiązku partycypacji w ceremoniale uczniów zgłaszających stosowne obiekcje motywowane przeświadczeniami religijnymi⁴⁹. Po złożonej przez kuratorium apelacji Sąd Najwyższy utrzymał w mocy rozstrzygnięcie niższej instancji. Uzasadnienie, sporządzone przez Roberta H. Jacksona, jest współcześnie uznawane przez licznych komentatorów za jedną z najbardziej elokwentnych eksplikacji wyjaśniających miejsce praw obywatelskich (a w szczególności prawa do wolności słowa) w amerykańskim systemie polityczno-prawnym⁵⁰. Dodatkowe uzasadnienia (które zawierały uzupełniające tezy, ale akceptowały konkluzje Jacksona) przedstawili Murphy oraz wspólnie Black z Douglasem. *Votum separatum* złożył zaś Frankfurter. Ostatecznie wyrok zapadł stosunkiem głosów 6 do 3.

Z perspektywy tematu pracy najdonioślejszą konsekwencją wyroku było (pamiętając o niedomówieniach zawartych w *Stromberg vs. California*) udzielenie przez Sąd Najwyższy, po raz pierwszy *expressis verbis*, zachowaniom ekspresyjnym ochrony wynikającej z pierwszej poprawki do ustawy zasadniczej⁵¹. Odnotujmy w tym miejscu, że

⁴⁹ Opis stanu faktycznego za: R. Prostack, *op. cit.*, s. 320 – 321.

⁵⁰ Zob. np. R. J. Goldstein, *Symbolic speech*, [w:] *U. S. Supreme Court*, vol. 3, ed. by T. T. Lewis, Pasadena – Hackensack 2007, s. 1137; Ch. Smith, *The persecution of West Virginia Jehovah's Witnesses and the expansion of legal protection for religious liberty*, [w:] *New religious movements and religious liberty in America*, ed. by D. H. Davis and B. Hawkins, Waco 2003, s. 180.

⁵¹ Por. A. Salzman Kurzweil, *Live art and the audience: toward a speaker-focused freedom of expression*, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, vol. 34, s. 457. Dla uzupełnienia kontekstu należy w tym miejscu wspomnieć o sprawie *Thornhill vs. Alabama* (310 U. S. Reports 88, 1940), w której Sąd Najwyższy uznał za sprzeczny z gwarancjami ustawy zasadniczej w zakresie m.in. wolności słowa przepis 3448 stanowego kodeksu Alabamy zakazujący (w uproszczeniu) pikietowania siedziby osoby fizycznej, przedsiębiorstwa czy też stowarzyszenia w zamiarze skłonienia innych osób do zaprzestania współpracy ekonomicznej z tym podmiotem (czyli po prostu nawoływania do bojkotu). Oczywiście takowe pikietowanie nie jest wypowiedzią symboliczną i należy do kategorii „speech plus”. Trudno bowiem wyobrazić sobie prowadzenie wskazanych działań w sposób niezawierający przekazu werbalnego. Niemniej jednak składnik niewerbalny (znalezienie się w pobliżu siedziby określonego podmiotu) stanowi kluczowy komponent złożonego zachowania, jakim jest ten rodzaj pikietowania. W każdym razie orzeczenie SN w tej sprawie pokazywało wyraźnie trend

opisywany ceremoniał, skonceptualizowany całościowo, należy oczywiście do kategorii „speech plus”. Rzeczywiście początek tej partii uzasadnienia, która poświęcona była analizowanej kwestii, statuował, że salutowanie fladze **w połączeniu z recytowaniem przysięgi na wierność** jest formą wypowiedzi. Jednak dalsza część wywodów Jacksona nie pozostawiała wątpliwości, że tezy orzeczenia odnoszą się będą także do zachowań ekspresyjnych. Jak twierdził bowiem sędzia, posługiwanie się symbolami to prymitywna, ale skuteczna metoda komunikowania idei. Używanie emblematu, znaku czy flagi jako symbolu określonych systemów politycznych, instytucji, osób czy poglądów stanowi „skrót od umysłu do umysłu” (w porównaniu z werbalną metodą porozumiewania się). Różnorakie organizacje (partie, loże wolnomularskie, grupy wyznaniowe), narody lub doktryny wykorzystują symbole jako instrumenty kształtowania lojalności wśród swoich członków i zwolenników. Mundury, korony, berła, szaty – to przedmioty reprezentujące autorytet państwa i władzę przysługującą jego poszczególnym funkcjonariuszom; krucyfiks, ołtarz, tabernakulum – to z kolei instrumenty służące kościołom do przekazywania swojej nauki. Innymi słowy, symbole państwowe oraz teologiczne są nośnikami pewnych przekonań czy poglądów. Ze wskazanymi przedmiotami są zazwyczaj powiązane „odpowiednie gesty wyrażające szacunek bądź akceptację: salutowanie, pochylenie lub obnażenie głowy, ugięcie kolan”. Jak zauważał Jackson, interpretacja danego symbolu jest funkcją jego recepcji przez odbiorcę, a „co stanowi pociechę czy inspirację dla jednego, dla drugiego będzie przedmiotem kpiny i pogardy”. Powołując się na wyrok w sprawie *Stromberg vs. California*, sędzia skonstatował, że obowiązujący w Wirginii Zachodniej rytuał wykorzystuje flagę jako „symbol lojalności wobec rządu w jego aktualnym kształcie”. Tym samym stan wymusza na uczniach wyrażenie aprobaty (słowem i gestem) wobec politycznych idei stanowiących doktrynalną podstawę obecnie funkcjonującego państwa. Nietrudno zatem zauważyć, iż konkluzje Jacksona co do konstytucyjności ustalonej przez kuratorium ceremonii byłyby według wszelkiego prawdopodobieństwa identyczne, gdyby rytuał obejmował jedynie obowiązek salutowania fladze bez towarzyszącego recytowania przysięgi na wierność.

Sprawa *West Virginia State Board of Education vs. Barnette* była także o tyle nietypowa, że nie dotyczyła tłumienia, supresji, penalizowania czy też cenzurowania przekazu określonej treści, ale przeciwnieństwa takich praktyk, tj. wymuszania przez władzę

orzecznicy zmierzający do wykładni pierwszej poprawki jako instrumentu ochrony także ekspresyjnych zachowań, a nie tylko „czystego słowa”. W orzeczeniu zwrócono np. uwagę, że zakaz tej formy pikietowania może pozbawić osoby zainteresowane takim działaniem skutecznych praktycznie metod dotarcia do opinii publicznej. Tym samym w uzasadnieniu wyroku SN uznał „speech plus” za efektywny wehikuł komunikacji idei. Stąd pozostał już tylko krok do jednoznacznej kwalifikacji wypowiedzi symbolicznych (ekspresyjnych zachowań) jako chronionego konstytucyjnie elementu swobodnej debaty o sprawach publicznych.

publiczną na obywatelu wyrażenia poglądów, z którymi tenże się nie utożsamia (lub po prostu nie akceptuje przymusu państwowego w tej sferze)⁵². Jak zauważają znawcy problematyki, zagwarantowana ustawą zasadniczą wolność słowa jest wolnością „odnoszącą się do wypowiedzi” i obejmuje też tym samym prawo do milczenia⁵³. Jak podkreśla Robert J. Bresler, Jackson w swym uzasadnieniu unaoczniał, że narzucanie jednostce obowiązku sformułowania określonej ekspresji może być identycznym naruszeniem pierwszej poprawki jak wymuszanie milczenia⁵⁴. Sędzia wskazał, że odgórnie zaordynowane salutowanie fladze i wygłaszanie *pledge of allegiance* wymaga od ucznia afirmacji swych przekonań i postawy. Jak celnie zauważył, „to, czy pierwsza poprawka do Konstytucji pozwala rządzącym nakazać przestrzeganie owego rytuału, nie jest uzależnione od faktu, czy uznamy dobrowolne postępowanie tego typu za pożądane, niepożądane czy też po prostu obojętne” (o czym nigdy nie dość przypominać radykalnym moralistom). Kwestia użyteczności ceremoniału jest więc wtórna względem zagadnienia jego obligatoryjności oraz uprawnienia władzy publicznej do wymuszania (w tym konkretnym przypadku) deklarowania wiary w patriotyczne credo. Według Jacksona, narzucanie niedobrowolnej afirmacji jakiegoś przekonania stanowi poważniejsze naruszenie wolności słowa niż dekretowanie milczenia. Jak konkludował, przyjęcie odmiennej optyki skutkowałoby akceptacją poglądu, jakoby ustawa zasadnicza, „chroniąc prawo jednostki do wypowiadania swojego zdania, pozostawiła zarazem władzom publicznym otwartą drogę do zmuszania jej do wypowiadania nie swojego zdania”. Sędzia nie przyjmował radykalnie absolutystycznego wariantu wykładni pierwszej poprawki i dopuszczał implementację rozmaitych ograniczeń swobody słowa. Od razu zauważał jednak, że kuratorium, decydując się na stosowanie przymusu w przedmiotowej materii, całkowicie pominęło konieczność usprawiedliwienia tak drastycznej limitacji swobody wypowiedzi. Jak konstatował Jackson, pozostawanie przez ucznia biernym w trakcie ceremonii w żaden sposób nie zagraża istotnym interesom, które winny być objęte protekcją państwa. Co więcej, sędzia pokazał równocześnie absurdalność przymusowej partycypacji jednostki w takowym rytuale, zapytując, czy wymagania ustanowione w kwestionowanym przepisie zostałyby zachowane, gdyby uczeń symulował swoje oddanie amerykańskiej fladze poprzez „słowa wypowiedane bez przekonania i gesty pozbawione

⁵² Sprawy takiego rodzaju są relatywnie rzadkie, albowiem państwu znacznie częściej zależy na ograniczeniu pewnego typu ekspresji aniżeli na (szczerym bądź nieszczerym) przymusowym uzewnętrznianiu przez obywateli poparcia lub negacji jakichś poglądów, emocji itp. Por. *Wooley vs. Maynard*, 430 U. S. Reports 705 (1977).

⁵³ T. I. Emerson, D. Haber, *Political and civil rights in the United States. A collection of legal and related materials*, Buffalo 1952, s. 443.

⁵⁴ R. J. Bresler, *Freedom of association: rights and liberties under the law*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2004, s. 53.

znaczenia”⁵⁵. Puentując ten wywód, Jackson zarzucił zwolennikom zastępowania dobrowolnych i spontanicznych ceremonii patriotycznych przez „wymuszoną rutynę” brak wiary w siłę przyciągania amerykańskiego modelu ustrojowego.

Swoją opozycję względem omawianej regulacji sędzia uargumentował również potrzebą zapewnienia neutralności systemu edukacji publicznej w obliczu zróżnicowanych przekonań politycznych, ideologicznych, religijnych czy klasowych żywionych przez obywateli. W jego ocenie, obowiązek zachowania stosownej bezstronności nie nadwątlili zdolności państwa do adekwatnego wypełniania swoich obowiązków w tej sferze. W tym miejscu oczywiście rodzi się pewien istotny problem. Otóż (wbrew marzeniom snutym przez rozmaitego autoramentu utopistów) dyscyplinowanie, subordynowanie, wymuszanie na uczniach określonego rodzaju zachowań oraz egzekwowanie od nich pewnej wiedzy pod groźbą kary stanowią immanentną część każdego systemu oświaty i wychowania. Byłoby więc całkowicie niezasadne upatrywać w tezach Jacksona jakiegoś ekstremistycznego programu wykluczenia przymusu z systemu publicznej oświaty. Podobnie zresztą odczytywane jest to uzasadnienie przez komentatorów. Np. Suzanna Sherry pisze, że orzeczenie stanowi dobry kompromis pomiędzy możliwością wszczepiania przez szkołę wartości (republikańskich) a poszanowaniem innych poglądów bez tłumienia niezależnej myśli. Tyll van Geel utrzymuje, iż według wyroku system publicznej edukacji może promować patriotyzm oraz odpowiednio dostosowywać do tego celu programy nauczania, ale bez naruszania autonomicznej sfery ducha i intelektu jednostki. Natomiast w przeświadczeniu Stephena E. Gottlieba, formalnie absolutystyczny język Jacksona bynajmniej nie pozbawia szkół publicznych prawa do zaszczipiania uczniom aksjologicznych przekonań; zakazuje jedynie przymusowego egzekwowania ortodoksyjnych poglądów⁵⁶. Trochę racji ma w tym kontekście Larry Alexander, dowodzący, iż wyrok nie dostarcza precyzyjnych kryteriów pozwalających na wyznaczenie linii demarkacyjnej pomiędzy wykonywaniem przez placówki oświaty publicznej swej usprawiedliwionej oraz naturalnej funkcji implantowania wartości a niekonstytucyjną indoktrynacją⁵⁷. Ostatecznie jednak przekonujący wydaje się pogląd Seany V. Shiffrin, która, interpretując orzeczenie, odnajduje w regulacji przyjętej przez kuratorium dwie cechy umożliwiające odseparowanie wymuszania udziału w patriotycznych rytuałach od pra-

⁵⁵ B. Novit Evans, *Interpreting the free exercise of religion: the Constitution and American pluralism*, Chapel Hill 1997, s. 77.

⁵⁶ S. Sherry, *Responsible republicanism: educating for citizenship*, University of Chicago Law Review, vol. 62, s. 190 – 191; T. van Geel, *Citizenship education and the free exercise of religion*, Akron Law Review, vol. 34, s. 297; S. E. Gottlieb, *In the name of patriotism: the constitutionality of “bending” history in public secondary schools*, New York University Law Review, vol. 62, s. 513.

⁵⁷ L. Alexander, *Compelled speech*, Constitutional Commentary, vol. 23, s. 151 – 152 i n.

womocnych wysiłków edukacyjnych. Otóż w jej mniemaniu „przekazywanie informacji, ideałów, wizji, racji i argumentów uczniom, by mogli je [...] przemyśleć i ocenić, uwzględnić jasne rozróżnienie pomiędzy proponentem jakiegoś poglądu (państwem) oraz potencjalnymi słuchaczami (uczniowie)”. Tymczasem obligowanie do czynnej partycypacji w ceremoniach homogenizuje nadawcę komunikatu i odbiorców, nie respektując indywidualnej niezależności tych ostatnich. Perswazja edukacyjna musi być zniuansowana i otwarta na potrzeby uczniów; musi pielęgnować ich umiejętności deliberatywne i ocenne; musi zezwalać im na samodzielne formułowanie stanowisk. Tak naprawdę unormowanie przyjęte przez kuratorium nie jest tedy niczym innym, jak tylko manifestacją obojętności w procesie wychowawczym; dekretowane przezeń wymogi zostają bowiem zachowane nawet przy całkowicie obłudnym dostosowaniu przez ucznia swojego zewnętrznego zachowania do nakazów zawartych w regulacji. Shiffrin ostatecznie podsumowuje, że wymuszone oddawanie honorów fladze narusza obywatelskie prawa do wolności myśli (której warunkiem jest autonomia podmiotu szczególnie drastycznie podważana przez podobne przepisy) i wolności wyrażania swoich autentycznych przekonań. Tymczasem prawa te są zakorzenione w pierwszej poprawce⁵⁸. Oczywiście takie dystynkcje są mniej więcej klarowne na poziomie teoretycznym; dokonanie odpowiednich rozróżnień w praktyce może niejednokrotnie nastroić poważnych trudności (istotną rolę prawdopodobnie będzie tu odgrywał wiek ucznia)⁵⁹. Nie oznacza to bynajmniej, iż sama teoria jest bezzasadna. Ontologia oraz epistemologia pozostają wszak dwoma wyraźnie odrębnymi zagadnieniami.

⁵⁸ S. V. Shiffrin, *What is really wrong with compelled association?*, Northwestern University Law Review, vol. 99, s. 853 – 854, 883 – 884.

⁵⁹ Czy profesor Bładaczka powtarzający z zapalem, że „Słowacki wielkim poetą był”, jest po prostu fatalnym pedagogiem, czy też może angażuje się w niedopuszczalną indoktrynację? Czy uczeń znający teorię ewolucji, ale odmawiający uznania jej prawdziwości w oparciu o tezy kreacjonistyczne i dający temu otwarcie wyraz, może być z tego tytułu negatywnie oceniany? Czy uczeń piszący w odpowiedzi na pytanie o największego bohatera XX wieku znakomite pod względem formalnym, erudycyjne i elokwentne wypracowanie gloryfikujące Adolfa Hitlera zasługuje na notę celującą? Czy uczeń twierdzący, że polska transformacja ekonomiczna z przełomu lat 80. i 90. zrujnowała mającą doskonałe perspektywy rozwojowe gospodarkę PRL (opierając się na enuncjacjach zawartych np. w dokumentach programowych Związku Komunistów Polskich „Proletariat”), może otrzymać za postawienie takiej tezy obniżoną ocenę? Nawet rozdzielanie faktów od opinii nie zawsze będzie użytecznym kryterium pomagającym zweryfikować wskazane wypowiedzi. Spróbujmy zresztą przenieść stan faktyczny sprawy West Virginia State Board of Education vs. Barnette na polski grunt (pomijając oczywiście stan prawny, który nie jest istotny dla tego eksperymentu myślowego). Wyobraźmy sobie, że uczeń odmawia, powołując się na wolność słowa, odśpiewania hymnu narodowego, argumentując przy tym, że nie zamierza nikomu niczego odbierać szablą, nie poczuwa się do żadnej lojalności narodowej, Legiony były narzędziem imperialistycznej polityki francuskiej, a Stefan Czarniecki to pozbawiony skrupułów watażka. Reakcja szkoły czy opinii publicznej wydaje się aż nazbyt łatwa do przewidzenia.

Istotnym elementem uzasadnienia były także rozważania dotyczące wzajemnych relacji między jednostką a państwem. Jackson zauważył, iż okoliczności faktyczne sprawy nie wiążą się z koniecznością rozgraniczenia praw indywidualnych, ale ze skonstruowaniem prawa do samostanowienia w kwestii osobistych przekonań bądź postawy z rzekomym uprawnieniem władzy publicznej do uzależniania dostępu do publicznej edukacji od wykonania określonego gestu i sformułowania określonej wypowiedzi oraz stosowania środków penalnych względem dzieci i rodziców dla zapewnienia skuteczności przepisów stanowiących o obowiązku takiego zachowania⁶⁰. Uzasadnienie jest zdecydowanym głosem w obronie idei ograniczonego rządu, który, wedle słów Jacksona, bynajmniej nie powinien być utożsamiany z rządem anemicznym. Lee Canipe słusznie dostrzega w orzeczeniu punkt zwrotny w wysiłkach Sądu Najwyższego zmierzających do wynegocjowania równowagi między „rządowym prawem do kształtowania kolektywnej lojalności swoich obywateli a uprawnieniem każdego obywatela, by wierzyć oraz postępować zgodnie z mandatem swego sumienia”⁶¹. Jak przypominał Jackson, zasadniczym celem Karty Praw było wyprowadzenie pewnych kwestii poza zasięg arbitralnych werdyktów stanowiących przez nietrwale większości. Ograniczony rząd czerpie swą siłę ze specyficznego źródła, którym jest przywiązanie do „indywidualnej wolności umysłu”, a nie z „narzuconego odgórnie ujednoczenia, któremu historia zwiastuje rozczarowujący i katastrofalny koniec”. W tym kontekście sędzia odwoływał się do doświadczeń usiłującego wypłenić chrześcijaństwo (w imię pogańskiej jedności) starożytnego imperium rzymskiego; przywoływał też przykłady średniowiecznej Inkwizycji, syberyjskich wygnań oraz prześladowań podejmowanych przez reżimy totalitarne. Jak z pewną dozą sarkazmu komentował, zdolność aparatu państwowego do wydalenia kilkorga dzieci ze szkoły publicznej jest doprawdy wątpliwym probierzem siły rządu. Bliżej niesprecyzowane zagrożenie spowolnienia zamierzeń władzy czy też osłabienia zdolności państwa do egzekwowania swojej polityki nie jest zatem wystarczającą przesłanką dla redukcji jednostkowych wolności w imię „silnego rządu”. Owa teza w szczególności dotyczyła praw zagwarantowanych pierwszą poprawką, a zwłaszcza wolności słowa. Jackson wprost powołał się tutaj na stanowisko Holmesa i powiązał możliwość ograniczenia tej ostatniej z istnieniem „jasnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa” jako konsekwencji skorzystania w konkretnej sytuacji przez określony pod-

⁶⁰ W przeświadczeniu Edwarda G. Hudona, fakt ten stanowił dla Jacksona sam rdzeń problemu, [w:] *Freedom of speech and press in America*, Washington 1963, s. 95.

⁶¹ L. Canipe, *Freedom, commitment, and the challenges of Pledging of Allegiance in America's public schools*, [w:] *Church – State issues in America today*, ed. by A. W. Duncan and S. L. Jones, Westport – London 2008, s. 376.

miot ze swoich uprawnień⁶². Tym samym kryterium holmesowskie, wprowadzone w sprawie *Schenck vs. Stany Zjednoczone*, wykorzystane zostało jako instrument obrony wolności wypowiedzi przed nieuzasadnionymi zakusami rządzących. Niewątpliwie w powyższych refleksjach dostrzegalne jest oddziaływanie filozofii politycznej Thomasa Jeffersona⁶³. Jackson emfaticznie puentował: „Ci, którzy rozpoczynają przymusową eliminację odmiennych opinii, rychło zaczynają eksterminować dysydentów. Głajszachtowanie poglądów prowadzi wyłącznie do jednomyślności charakterystycznej dla cmentarza. Wydaje się to być banałem, ale warto go powtórzyć: pierwsza poprawka została tak skonstruowana, by uniknąć takiego końca już na samym początku drogi. Amerykańskie pojmowanie państwa oraz natury i źródeł jego władzy odrzuca wszelaki mistycyzm. Rząd powstaje poprzez akceptację rządzonych, a Karta Praw pozbawia posiadaczy władzy możliwości wymuszania owej zgody siłą. Władza jest tu kontrolowana przez opinię

⁶² Por. H. N. Hirsch, *The enigma of Felix Frankfurter*, New York 1981, s. 172. Wątek ten był także kanwą dwóch uzupełniających uzasadnień. Black i Douglas pisali: „No well-ordered society can leave to the individuals an absolute right to make final decisions, unassailable by the State, as to everything they will or will not do. The First Amendment does not go so far. Religious faiths, honestly held, do not free individuals from responsibility to conduct themselves obediently to laws which are either imperatively necessary to protect society as a whole from grave and pressingly imminent dangers or which, without any general prohibition, merely regulate time, place or manner of religious activity [...] Words uttered under coercion are proof of loyalty to nothing but self-interest. Love of country must spring from willing hearts and free minds, inspired by a fair administration of wise laws enacted by the people's elected representatives within the bounds of express constitutional prohibitions. These laws must, to be consistent with the First Amendment, permit the widest toleration of conflicting viewpoints consistent with a society of free men. Neither our domestic tranquility in peace nor our martial effort in war depend on compelling little children to participate in a ceremony which ends in nothing for them but a fear of spiritual condemnation. If, as we think, their fears are groundless, time and reason are the proper antidotes for their errors”. Z kolei Murphy dowodził: „the right of freedom of thought and of religion as guaranteed by the Constitution against State action includes both the right to speak freely and the right to refrain from speaking at all, except in so far as essential operations of government may require it for the preservation of an orderly society, – as in the case of compulsion to give evidence in court. Without wishing to disparage the purposes and intentions of those who hope to inculcate sentiments of loyalty and patriotism by requiring a declaration of allegiance as a feature of public education, or unduly belittle the benefits that may accrue therefrom, I am impelled to conclude that such a requirement is not essential to the maintenance of effective government and orderly society. To many it is deeply distasteful to join in a public chorus of affirmation of private belief. By some [...] it is apparently regarded as incompatible with a primary religious obligation and therefore a restriction on religious freedom [...] I am unable to agree that the benefits that may accrue to society from the compulsory flag salute are sufficiently definite and tangible to justify the invasion of freedom and privacy that it entailed or to compensate for a restraint on the freedom of the individual to be vocal or silent according to his conscience or personal inclination”.

⁶³ Tak np. A. N. Holcombe, *Our more perfect Union: from eighteenth-century principles to twentieth-century practice*, Cambridge 1950, s. 381 – 382. Jedna z najbardziej znanych jeffersonowskich sentencji głosi, że „Karta Praw określa to, do czego upoważniony jest Lud wobec każdego Rządu na ziemi” (cyt. za M. Harrison, S. Gilbert (ed.), *Freedom of speech decisions of the United States Supreme Court*, San Diego 1996, s. 1). Pogląd ten był oczywiście osadzony w iusnaturalistycznych przekonaniach Jeffersona, inspirowanych doktryną Johna Locke'a. Por. np. F. Morley, *The power in the People*, Los Angeles 1972, s. 166.

publiczną, a nie opinia publiczna przez władzę [...] Wolność pozostawania różnymi, a nawet przeciwstawnymi sobie, w sferze intelektualnej i duchowej nie zdeintegruje społecznej organizacji [...] Możemy zachować indywidualizm w dziedzinie myśli i bogaty pluralizm kulturowy [...] jedynie za cenę tolerowania okazjonalnych ekscentryczności i nienormalnych postaw [...] Wolność różnienia się nie dotyczy wyłącznie rzeczy pozbawionych większego znaczenia. To byłby tylko pozór wolności. Substancjalnym testem jest prawo do różnienia się w odniesieniu do spraw, które dotyczą serca istniejącego porządku”. Z kontekstu orzeczenia wynikało zatem, że wypowiedzi symboliczne konstytuują konstytucyjnie chronioną formę manifestowania odmiennych przekonań, których wolność wyrażania leży u podstaw prawno-politycznego systemu obowiązującego w Ameryce. Trudno w tym aspekcie nie zgodzić się ze stanowiskiem Samuela Walkera, konstatającego, że przesłanie obecne w uzasadnieniu Jacksona dotyczy pojmowania samej istoty ustroju demokratycznego i jest „jednoznaczne: nawet w czasie wojny dysydenckie mniejszości miały prawo nie oddawać honorów symbolom narodowej jedności. Jądrzem modelu demokracji konstytucyjnej nie jest wymuszony konformizm wobec narodowego symbolu, ale tolerancja dla wszystkich członków społeczności”. Podstawowym zadaniem Sądu Najwyższego jest obrona praw jednostek i grup uciśnionych, niepopularnych czy bezradnych względem uroszczeń większości⁶⁴. William A. Galston utrzymuje zaś, iż wyrok Jacksona urzeczywistnia wymóg szczególnego poszanowania tego, co czyni nas ludźmi: sfery intelektu oraz ducha. Autonomia jednostek w tym obszarze, zakaz intruzyjnej ingerencji państwa, przyjęcie domniemań na rzecz nadrzędnej aksjologicznie wartości swobody myśli i słowa – to fundamentalne komponenty idei indywidualnej wolności, której nie można gwałcić przez wymuszanie milczenia lub afirmatywnego postępowania⁶⁵.

Na zakończenie analizy jacksonowskiego uzasadnienia warto rozważyć zagadnienie implikowanego przez nie statusu wolności słowa (i innych praw obywatelskich zawartych w pierwszej poprawce) w kontekście sprawowanego przez SN nadzoru nad konstytucyjnością legislacji. Po pierwsze, komparatystyka wyroków w obydwu sprawach dotyczących obowiązku oddawania honorów narodowej fladze przez uczniów szkół publicznych pokazuje kluczowe znaczenie, jakie jurysprudence Sądu Najwyższego zaczynała stopniowo przyznawać prawu jednostki do wolności wypowiedzi. Zdaniem Kena I. Kerscha, orzeczenie Jacksona to ważny krok w kierunku zastępowania wolności religijnej przez swobodę słowa w roli fundacyjnego (wręcz ikonograficznego)

⁶⁴ S. Walker, *The rights revolution: rights and community in modern America*, New York – Oxford 1998, s. 69 – 70.

⁶⁵ W. A. Galston, *The practice of liberal pluralism*, New York 2005, s. 65.

elementu chronionej sędownie wolności politycznej⁶⁶. Generalnie wyrok wydaje się zapoczątkowaniem oraz dobrą egzemplifikacją przyjmowanego przez Sąd Najwyższy paradygmatu, zgodnie z którym wolności wypowiedzi przysługuje tzw. szczególne miejsce (*preferred position*) w katalogu zabezpieczonych ustawą zasadniczą indywidualnych uprawnień⁶⁷. Po drugie, Jackson zakwestionował zasadę deferencji wobec decyzji podjętych przez władzę prawodawczą, jeżeli ich konsekwencją jest ograniczanie fundamentalnych praw jednostki zagwarantowanych postanowieniami pierwszej poprawki. W przekonaniu sędziego rząd dysponuje szerokim polem manewru odnośnie do kształtowania systemu gospodarczego, regulowania kwestii z zakresu użyteczności publicznej itp.; w takich przypadkach kontrola Sądu Najwyższego polega jedynie na sprawdzeniu, czy przedmiotowe unormowanie spełnia elementarne kryterium racjonalności. Natomiast regulacje dotyczące uprawnień jednostek podlegają znacznie surowszemu kryterium weryfikacyjnemu. Sąd Najwyższy posiada bowiem kompetencję do wnikliwej i uważnej merytorycznej oceny takowych przepisów pod kątem ich celowości (jako sposobu zapobieżenia poważnemu i realnemu zagrożeniu interesów państwa). Tym samym Jackson odesłał do lamusa (i to, jak się okazało w kolejnych latach, bezpowrotnie) zasadę wstrzemięźliwości Sądu w nadzorowaniu legislacji (dotyczącej praw obywatelskich), motywowaną rzekomą potrzebą okazania respektu władzom przedstawicielskim, traktowanym wręcz jako sama esencja systemu demokratycznego. Zasada deferencji została tedy zastąpiona wymogiem uważnej substancjalnej analizy kwestionowanych norm, uwzględniającej ogólne zasady prawa konstytucyjnego, społeczno-kulturowe tło czy wreszcie konsekwencjalistyczne badanie tak skutków samej regulacji, jak i rezultatów jej potencjalnego podważenia przez Sąd Najwyższy⁶⁸. Zresztą samo orzeczenie Jacksona zdaje się zastosowaniem tych analitycznych dyrektyw. Wypada też zauważyć, że, zgodnie z uzasadnieniem, SN przestawał pełnić funkcję zdystansowanego oraz rzadko interweniującego arbitra stosującego w rozpoznawanych (na tle indywidualnej wolności, a zwłaszcza swobody wypowiedzi) sprawach maksymalnie zobiektywizowane generalne i abstrakcyjne reguły; przekształcał się natomiast raczej w aktywną stronę (a równocześnie forum) dyskusji o państwie, jednostce, władzy, ustroju, polityce czy moralności. Naczelnym zobowiązaniem Sądu Najwyższego stawała się przy tym ochro-

⁶⁶ K. I. Kersch, *Constructing civil liberties: discontinuities in the development of American constitutional law*, New York 2004, s. 285.

⁶⁷ Zob. np. L. Henkin, *Foreign affairs and the United States Constitution*, Oxford 1996, s. 280.

⁶⁸ B. Schwartz, *The Supreme Court: constitutional revolution in retrospect*, New York 1957, s. 236 – 236; L. H. Greenhaw, M. H. Koby, *Constitutional conversations and new religious movements: a comparative case study*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, s. 642. Terminu „wstrzemięźliwość” używam tutaj w sensie politycznym, a nie filozoficzno-prawnym (zgodnie z uwagami poczynionymi w pierwszym rozdziale).

na wolności jednostek bądź mniejszości⁶⁹. Na końcu uzasadnienie zostało zwieńczone uroczystą proklamacją: „Jeżeli jest jakaś nieruchoma gwiazda w naszej konstytucyjnej konstelacji, to jest nią reguła, iż żaden urzędnik, wyższej lub niższej rangi, nie ma prawa dekretować, co będzie zgodne z ortodoksją w sprawach polityki, narodu, religii bądź innych kwestiach odnoszących się do poglądów, ani też nie posiada prawa do przymuszania obywateli do wyrażania swoich przekonań słowem lub czynem”.

Jak już uprzednio wspomniano, *votum separatum*, zawierające fundamentalne obiekcje wobec poglądów Jacksona, sporządził Felix Frankfurter. Niewątpliwie przewodnim motywem jego wyводу była nieinterwencjonistyczna interpretacja funkcji sędziego Sądu Najwyższego, polegająca na skrupulatnym wypełnianiu swych obowiązków mimo posiadanych osobistych preferencji politycznych. O ile Frankfurter z pewnością „nie zagłosowałby jako ustawodawca za prawem, które zmuszałoby do oddawania honorów fladze [...] Świadkom Jehowy”, o tyle „jako sędzia nie mógł jednak zmusić się do akceptacji opinii większości, jakoby obligatoryjne salutowanie fladze stanowiło niekonstytucyjną inwazję” w prawa obywatelskie gwarantowane pierwszą poprawką⁷⁰. Jak twierdził (ze znaczną dozą patosu), „ktoś, kto należy do najbardziej pomawianej i prześladowanej mniejszości w historii, nie będzie prawdopodobnie obojętny w kwestii wolności zapewnianych przez naszą Konstytucję. Gdyby moje czysto osobiste poglądy miały tutaj znaczenie, całym sercem afirmowałbym generalnie libertariański punkt widzenia obecny w uzasadnieniu Sądu [...] Jednak jako sędziowie nie jesteśmy ni Żydami, ni poganami, ni katolikami, ni agnostykami. Jesteśmy winni równe przywiązanie do norm konstytucyjnych i naszych sędziowskich zobowiązań” niezależnie od personalnych przekonań. Sędziemu nie wolno kierować się swą własną oceną zasadności bądź też bezzasadności, dobra bądź też zła, danej regulacji przy prawnym ocenianiu rozpatrywanej przez niego kontrowersji. Jak pisze Michael J. Gerhardt, Frankfurter oferuje w omawianym uzasadnieniu, zapewne najbardziej w swej karierze namiętny, apel w obronie ideału sędziowskiej powściągliwości oraz propaguje bezprecedensowo szeroki zakres deferencji SN wobec rozstrzygnięć podjętych przez władzę ustawodawczą⁷¹. Z naszej perspektywy najistotniejszy jest fakt, iż Frankfurter, konsekwentnie (był prze-

⁶⁹ G. Herbert, *Waiving rights and burning flags: the search for a valid state interest in flag protection*, Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, vol. 25, s. 595.

⁷⁰ P. G. Renstrom, *The Stone Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2001, s. 60 – 61. Warto dodać, że, jak z dużym stopniem prawdopodobieństwa spekuluje F. William O’Brien, pozostali dwaj sędziowie (tj. Stanley Reed oraz Owen Roberts) głosujący przeciwko uzasadnieniu Jacksona (ale bynajmniej nieprzylączający się do enuncjacji Frankfurtera) motywowani byli przekonaniem o aksjologicznym prymacie wspólnotowej lojalności nad indywidualną wolnością, [w:] *idem*, *Justice Reed and the First Amendment: the Religion Clauses*, New York 1958, s. 32 – 34.

⁷¹ M. J. Gerhardt, *Constitutional humility*, University of Cincinnati Law Review, vol. 76, s. 29 – 31.

cież autorem orzeczenia w sprawie *Minersville School District vs. Gobitis*) analizując problematykę obowiązkowego oddawania honorów fladze przez Świadków Jehowy z punktu widzenia wolności religijnej, w żadnym miejscu uzasadnienia nie przeczył bynajmniej (wręcz przeciwnie) stanowisku, iż wymagane przez kuratorium zachowanie jest formą wypowiedzi⁷². Jego pogląd odnośnie do sędziowskiej wstrzemięźliwości nie dotyczył zatem przedmiotowego zakresu pierwszej poprawki, ale przyznawanego przez konstytucję poziomu ochrony wolności słowa. Frankfurter *expressis verbis* odmawiał wolnościom obywatelskim zabezpieczonym w pierwszej poprawce jakiegokolwiek szczególnego konstytucyjnego statusu. Wolność słowa nie posiada żadnej wyróżnionej pozycji w katalogu chronionych ustawą zasadniczą uprawnień, a przysługujący Sądowi Najwyższemu zakres kognicji w tej materii nie różni się tak naprawdę niczym od tego, którym dysponuje on *à propos* protekcji miru domowego czy też prywatnej własności. Sędzia w cokółwiek dramatycznym tonie przestrzegał przed przyjmowaniem przez SN funkcji „superlegislatywy”, arbitralnym wykonywaniem przezeń swoich kompetencji oraz naruszaniem aksjomatów demokratycznych na skutek uzurpatorskiego przywłaszczenia sobie przez władzę sądowniczą uprawnień do sprawowania szerokiego merytorycznego nadzoru nad ustawodawstwem. Jak utrzymywał, promowanie poczucia obywatelstwa oraz narodowej jedności niewątpliwie stanowi legitymowany element rządowej aktywności. Jeżeli legislatura podejmuje decyzję mieszczącą się w ramach jej konstytucyjnej domeny, to Sąd Najwyższy winien kierować się przezornością i powściągliwością przy ewentualnym podważaniu takiego unormowania. Zadaniem SN nie jest tedy precyzyjne wyważenie, czy przedmiotowa regulacja zachowuje proporcje między autonomią jednostki w sferze sumienia, słowa i wiary a dobrem publicznym. Wskazaną rolę, zgodnie z konstytucyjnymi regułami podziału władzy, wypełniać ma legislatura. Powołując się na doktrynę Jamesa Bradleya Thayera⁷³, Frankfurter optował za zawężającą wykładnią ograniczających swobodę władzy ustawodawczej przepisów Karty Praw i za przyznaniem Sądowi Najwyższemu kompetencji do niwelacji jedynie takich aktów normatywnych bądź pojedynczych przepisów, które nie wypełniają elementarnego kryterium racjonalności. Przychylna recepcja tych propozycji przez SN w bardzo poważnym wymiarze zredukowałaby znaczenie owej instytucji w amerykańskim modelu ustrojowym. Co więcej, trafne wydaje się również wyrażane niejednokrotnie w literaturze przedmiotu przypuszczenie, iż potraktowane literalnie poglądy Frankfurtera nie-

⁷² Podkreślał m.in., że zarówno rodzice, jak i uczniowie dysponują alternatywnymi kanałami ekspresji pozwalającymi im na swobodne wyrażenie ich autentycznego stosunku do flagi państwowej. Tym samym można przyjąć, że Frankfurter dostrzegał ekspresyjny wymiar niwerbalnego zachowania.

⁷³ J. B. Thayer, *The origin and scope of the American doctrine of constitutional law*, Harvard Law Review, vol. 7, s. 144 i n.; M. J. Perry, *Toward a theory of human rights: religion, law, courts*, New York 2007, s. 219 – 220.

uchronnie prowadziłyby do marginalizacji i minimalizacji roli dyrektyw konstytucyjnych. Władza jest bowiem, wyłączając najzupełniej ekstremalne okoliczności, praktycznie zawsze zdolna przedstawić racjonalne lub choć *quasi*-racjonalne usprawiedliwienie dla stanowionego prawa albo podejmowanej aktywności⁷⁴. W swoim uzasadnieniu Frankfurter uznawał również za dalece przesadzone ostrzeżenia Jacksona *à propos* rzekomo tyrańskiego potencjału, choćby tylko w najodleglejszych konsekwencjach, przepisów nakazujących oddawanie honorów fladze, wyrażał obawę przed ześlizgnięciem się jurysprudencki Sądu Najwyższego po równi pochyłej w kierunku eliminowania przepisów na masową skalę w oparciu o wątle czy incydentalne przesłanki⁷⁵ oraz utrzymywał, że standard holmesowski jest relewantny wyłącznie do szczególnego przypadku prowadzenia aktywności wywrotowej podczas działań wojennych, nie posiadając waloru uniwersalności. Podnoszone przez Frankfurtera argumenty (a przynajmniej ich część) z pewnością należałoby uznać za w pełni prawomocne. Jednakże ich radykalizm sięgał zdecydowanie zbyt daleko. Łatwość, z jaką sędzia był gotów zaakceptować zgodność z ustawą zasadniczą normatywnych ograniczeń praw obywatelskich (standard racjonalności), musi budzić wątpliwości. Z psychologicznego punktu widzenia wydaje się, że ważną determinantą frankfurterowskiego uzasadnienia była urażona duma autora rozstrzygnięcia, które zaledwie kilka lat później zostaje wyeliminowane z obrotu prawnego. Niemniej jednak jego przestrogi przez nadmierną uznaniowość orzeczeń Sądu Najwyższego zasługują na poważny namysł i zachowują nadal walor aktualności.

Trudno przecenić wagę orzeczenia w sprawie *West Virginia State Board of Education vs. Barnette* w kontekście ochrony wolności słowa. Po pierwsze, wyrok umiejscowił prawo do swobody wypowiedzi na konstytucyjnym piedestale oraz *expressis verbis* wzmocnił sądowy nadzór nad legislacją dotyczącą praw obywatelskich⁷⁶, jednoznacznie

⁷⁴ Zob. np. M. J. Perry, *The Constitution in the courts: law or politics?*, New York – Oxford 1994, s. 195 – 196; M. I. Urofsky, *Religious freedom: rights and liberties under the law*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2002, s. 138.

⁷⁵ Zapytywał m.in., czy logika zastosowana przez Jacksona nie będzie prowadziła SN ku orzeczeniu o niekonstytucyjności praktyki obowiązkowej lektury Biblii w szkołach publicznych (której celem miało być zaszczepianie uczniom wartości moralnych oraz zaznajomienie ich z wielkim dziełem literackim), co stanowiło część wielu stanowych programów nauczania.

⁷⁶ W pewnym sensie można oczywiście uznać (por. np. S. Krislov, *The Supreme Court in the political process*, New York 1966, s. 116 – 117), że doktryna „preferred position” poniosła fiasko i nie została na dłuższą metę recypowana przez Sąd Najwyższy. Rzeczywiście po ostrym ataku Frankfurtera (por. *Kovacs vs. Cooper*, 336 U. S. Reports 77) SN unikał posługiwania się ową terminologią. J. E. Nowak, R. D. Rotunda, J. Nelson Young, *Constitutional law*, St. Paul 1983, s. 865. SN stopniowo przyswoił sobie jednak istotę argumentacji Jacksona (zob. np. A. T. Mason, *The Supreme Court from Taft to Warren: an analysis of the role of judicial review in a free society*, New York 1964, s. 181 – 183), aczkolwiek stabilizacja w tym zakresie została osiągnięta dopiero w latach 60. za prezesury Earla Warrena. W każdym razie porównanie zakresu konstytucyjnej ochrony swobody wypowiedzi w USA i w Europie czy też gotowość SN do kwestionowania różnorodnych regulacji domniemanie naruszających pierwszą poprawkę pokazują jednoznacznie, iż substancjalnie doktryna „szczególnego miejsca” wolności słowa w amerykańskim porządku prawnym pozostaje w mocy.

ustanawiając surowszy standard zgodności danej regulacji z konstytucją aniżeli dochowanie minimalnych wymogów racjonalności przez prawodawcę. Po drugie, niewątpliwie szczególne forum, jakim jest szkoła (publiczna), nie zostało potraktowane przez Sąd Najwyższy jako pozostające poza zakresem oddziaływania pierwszej poprawki. Po trzeciej, orzeczenie zidentyfikowało specyficzny sposób ograniczania jednostkowej wolności słowa, jakim jest wymuszanie na obywatelu wypowiedzi. Jak konkluduje Morris L. Ernst, wyrok rzucił „nowe światło na tradycyjne wolności”⁷⁷. Na zakończenie należy dodać, że brak rozbieżności pomiędzy uzasadnieniami Frankfurtera oraz Jacksona co do ekspresyjnego charakteru zadekretowanego przez kuratorium rytuału *de facto* oznaczał (biorąc pod uwagę skrajnie odmienne założenia filozoficznoprawne przyświecające obydwu sędziom), że objęcie przynajmniej niektórych zachowań niewerbalnych gwarancjami wolności słowa nie budziło w SN żadnych wątpliwości. Oczywiście aplikacja takiej ochrony do konkretnych manifestacji ekspresji symbolicznej oraz zagadnienie relewantnego w takich przypadkach poziomu protekcji pozostawały (i pozostają) nader dyskusyjne i kontrowersyjne; wyrok w przedmiotowej sprawie wprost ustanowił jednak najogólniejszą zasadę w tej materii, która nigdy nie została podważona przez późniejsze rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego.

3. Wypowiedzi symboliczne a proces desegregacji rasowej

Stosunek do zapoczątkowanego na szerszą skalę w pierwszej połowie lat 50. XX stulecia procesu odgórnego (czyli zaordynowanej poprzez unormowania publicznoprawne) desegregacji rasowej niewątpliwie konstytuował jedną z najważniejszych osi polaryzujących ówczesną amerykańską scenę polityczną. Kwestia przymusowego zniesienia doktryny „równi, ale oddzieleni” („separate but equal”) rozpaliała namiętności, budziła gwałtowne napięcia oraz generowała liczne wstrząsy społeczne. Sentymenty pokaźnej grupy białych obywateli Stanów Zjednoczonych (zwłaszcza na Południu) adekwatnie wyrażały (nie)sławne słowa gubernatora Alabamy George’a C. Wallace’a: „Powstańmy na wezwanie kochającej wolność krwi, która w nas płynie, oraz odpowiedzmy tyranom pragnącym zakuć Południe w łańcuchy... W imieniu największych ludzi, jacy kiedykolwiek chodzili po tej ziemi, zakreślam linię w kurzu, rzucam rękawicę pod stopy tyranów i mówię – segregacja dziś, segregacja jutro, segregacja zawsze”⁷⁸. Diametralnie antyteczne poglądy głosili oczywiście reprezentanci czarnoskórej ludności; z Wallace’em łączył ich zaś wysoki (zresztą w moim przeświadczeniu w pełni usprawiedliwiony) po-

⁷⁷ M. L. Ernst, *The great reversals: tales of the Supreme Court*, New York 1973, s. 136.

⁷⁸ Cyt. za J. Carlson, *George C. Wallace and the politics of powerlessness: the Wallace campaigns for the Presidency, 1964 – 1976*, New Brunswick and London 1981, s. 24.

ziom emocji, stymulowany przez (de)segregację. Kluczową rolę we wskazanych procesach odegrały pierwotnie nie rozstrzygnięcia demokratyczne, ale decyzje Sądu Najwyższego⁷⁹. W toku rozlicznych prawnych kontrowersji i sporów, wywołanych desegregacyjnymi debatami i przemianami, pojawiły się również wątki dotyczące wolności słowa, pierwszej poprawki oraz ekspresyjnych zachowań. Zwolennicy likwidacji segregacji rasowej urzędów bądź instytucji publicznych częstokroć odwoływali się w swoich działaniach do koncepcji nieposłuszeństwa obywatelskiego (przynajmniej w szerokim znaczeniu terminu⁸⁰). Tymczasem symboliczna ekspresja (w interesującym nas tutaj kontekście można przykładowo wymienić domaganie się obsługi w lokalach poddanych segregacji, odmowę ustąpienia z miejsca przeznaczonego tylko dla białych w środkach komunikacji publicznej itp.) wydaje się bardzo użytecznym sposobem manifestowania opozycji względem regulacji uznanych za moralnie niedopuszczalne, co jest istotą idei obywatelskiego nieposłuszeństwa⁸¹. Jak odnotowuje Fred R. Berger, ekspresyjne zachowania stanowią często „niesłuchanie ważną formę nieposłuszeństwa obywatelskiego we współczesnym społeczeństwie [...] Są to czyny łamiące prawo, które, poprzez ich popełnienie, piętnują oprotestowywaną niesprawiedliwość albo politykę. Takowe zachowania okazywały się niejednokrotnie posiadać wielką historyczną doniosłość. Kiedy Gandhi udał się nad morze i wyekstraktował z niego odrobinę soli – co stanowiło pogwałcenie brytyjskiego kolonialnego prawa – to ukazał on tym samym naturę, rozmiar i ciężar angielskiej opresji kolonialnej [...] Pokazał bowiem, iż nawet tak prosty i nieszkodliwy czyn, jak ekstrakcja soli z wody morskiej, jest kryminalizowany, by zagwarantować otwarty rynek dla angielskich producentów soli”⁸². Bez większych

⁷⁹ Kardynalne znaczenie miała tutaj sprawa *Brown vs. Board of Education* z 1954 roku (347 U. S. Reports 483), nakazująca możliwie najszybszą desegregację szkół publicznych. Szerzej na temat orzecznictwa SN *à propos* desegregacji (i kwestii rasowych w późniejszych latach) zob. np. M. J. Klarman, *From Jim Crow to civil rights: the Supreme Court and the struggle for racial equality*, Oxford – New York 2004, s. 290 i n. Być może decyzyjna rola SN wyprzedzającego częstokroć swoimi wyrokami działania legislacyjne czy też administracyjne odnośnie do desegregacji była przynajmniej częściowo czynnikiem odpowiedzialnym za burzliwy przebieg sporu.

⁸⁰ Dominująca interpretacja klasycznego eseju autorstwa Henry’ego Davida Thoreau (*Civil disobedience*, www.gutenberg.org) wiąże jego teorię z gotowością zaakceptowania kary za dokonany akt protestu przeciw niemoralnemu czy niesprawiedliwemu prawu. Tymczasem rzecznicy desegregacji bynajmniej nie rezygnowali z wykorzystywania prawnego instrumentarium pozwalającego im potencjalnie na uniknięcie takowych sankcji.

⁸¹ Por. H. A. Bedau, *Civil disobedience and personal responsibility for injustice*, [w:] *Civil disobedience in focus*, ed. by *idem*, London and New York 2002, s. 54.

⁸² Jak dalej dowodzi Berger, takie zachowanie stanowi „znak ikoniczny”, tj. reprezentuje jakiś obiekt poprzez upodobnienie się do niego. Rzeczony typ wypowiedzi symbolicznej kreuje sytuację, która posiada wspólne cechy z krytykowanym zjawiskiem. Tym samym w sposób bezpośredni unaocznia jakąś niesprawiedliwość i ujawnia mechanizmy negowanej praktyki, częstokroć oświecając tkwiącą w poczuciu złudnego samozadowolenia opinię publiczną, [w:] *Symbolic conduct and freedom of speech*, [w:] *idem*, *Freedom of expression*, Belmont 1980, s. 151.

wątpliwości możemy skonstatować, że symboliczne protesty wymierzone w praktyki segregacyjne posiadały podobną moralno-społeczno-historyczną wagę.

Fakt, że wystąpienia antysegregacyjne częstokroć niosły ze sobą implikacje związane z ekspresją symboliczną oraz pierwszą poprawką do ustawy zasadniczej, zwykle nie był jednak podnoszony w relewantnych orzeczeniach Sądu Najwyższego⁸³. Prawdopodobnie w dużym stopniu wynikało to z braku konieczności odwoływania się przez SN do akurat tego przepisu konstytucji jako podstawy uniewinnienia protestujących, którzy zazwyczaj bywali oskarżani o naruszenie porządku publicznego (*breach of peace* lub *disorderly conduct*). We wspomnianych sprawach bowiem (przynajmniej w przekonaniu Sądu Najwyższego) okoliczności faktyczne wyraźnie wskazywały, że pokojowe zachowania protestujących (np. odmowa zajęcia miejsca przeznaczonego dla czarnoskórych w dworcowej poczekalni, odmowa opuszczenia sklepu przeznaczonego tylko dla białych itp.) nie wypełniały ustawowych znamion przestępstwa. W ich konsekwencji nie dochodziło do żadnych zaburzeń bądź niepokojów społecznych (już nie wspominając o tym, że ewentualne nielegalne czyny osób trzecich nie mogą usprawiedliwiać zakazów wymierzonych w zgodną z prawem aktywność jednostki⁸⁴). Tym samym SN osiągał zamierzony rezultat, którym była ochrona praw obywatelskich, bez konieczności angażowania się w skomplikowane rozważania dotyczące wykładni pierwszej poprawki w interesującym nas tutaj kontekście. Jednak takowych odniesień nie udało się oczywiście uniknąć całkowicie. W jednej ze spraw dotyczących odmowy opuszczenia przez czarnoskórych obywateli lokalu, w którym obowiązywała segregacja⁸⁵, sędzia John Marshall Harlan, sporządzając odrębne uzasadnienie uniewinniające podsądnych od zarzutu naruszenia porządku publicznego, uznał wyraźnie, że zachowanie oskarżonych demonstrowało określone znaczenie symboliczne, a Sąd Najwyższy zgrzeszyłby ślepo-

⁸³ Por. np. *Taylor vs. Louisiana*, 370 U. S. Reports 154 (1962); *Barr vs. City of Columbia*, 378 U. S. Reports 146 (1964); *Bell vs. Maryland*, 378 U. S. Reports 226 (1964); *Bouie vs. City of Columbia*, 378 U. S. Reports 347 (1964); *Peterson vs. City of Greenville*, 373 U. S. Reports 244 (1963); *Gober vs. City of Birmingham*, 373 U. S. Reports 374 (1963).

⁸⁴ Wskazane zagadnienie jest konceptualizowane w literaturze przedmiotu jako problem tzw. weta zagłuszacza (*heckler's veto*). Zgodnie z dominującym poglądem, niedopuszczalne jest ograniczanie uprawnień jednostki do prezentowania określonych komunikatów ideowych, politycznych, emocjonalnych itp. tylko i wyłącznie z uwagi na fakt, że owe wypowiedzi budzą na tyle negatywne odczucia jakiegoś segmentu populacji, że spodziewać się można ze strony oponentów gwałtownych reakcji, grożących naruszeniem porządku publicznego. Szerzej na ten temat zob. H. Kalven, Jr., *The Negro and the First Amendment*, Columbus 1965, s. 140 – 160. Ze szczególną ostrością wspomniana kwestia pojawia się w przypadku demonstracji publicznych, które napotykają na swojej drodze kontrmanifestacje zorganizowane przez orędowników antagonistycznego stanowiska. W polskiej debacie wątek „weta zagłuszacza” pojawił się np. przy okazji dyskusji o tzw. Paradach Równości.

⁸⁵ *Garner vs. Louisiana*, 368 U. S. Reports 157 (wyrok został wydany w 1961 roku). Dodajmy, iż demonstrujący milczeli przez cały czas trwania zdarzenia; nie prezentowali także żadnych transparentów, plaketek itp.

tą, nie rozpoznając owego oczywistego faktu. Celem podsądnych nie było wszak po prostu danie upustu swojemu pragnieniu pozostania w lokalu pomimo wezwań policji do jego opuszczenia, ale podważenie segregacyjnych praktyk. Harlan stwierdził zatem, iż taka demonstracja stanowi część wolnego rynku idei (całkowicie analogiczną z werbalnym sposobem komunikacji). Zamierzeniem oskarżonych było przemówienie do rozumu i uczuć publiczności w stopniu co najmniej porównywalnym, jak pragnęła to uczynić Yetta Stromberg. Zdaniem sędziego, niedopuszczalne jest penalizowanie objętego konstytucyjną ochroną zachowania symbolicznego na podstawie ogólnikowych z natury rzeczy przepisów, które zakazują bliżej niesprecyzowanego naruszania porządku. Harlan nie przesądzał zarazem, czy regulacja *expressis verbis* zakazująca tego rodzaju manifestacji byłaby zgodna z ustawą zasadniczą. Podkreślał jednakowoż (powołując się na precedens *Cantwell vs. Connecticut*⁸⁶), że taka wąsko sformułowana regulacja będzie podlegać weryfikacji pod kątem, czy zabronione przez nią czyny kreują jasne i bezpośrednie niebezpieczeństwo dla istotnego i uzasadnionego interesu publicznego. Rozumowanie Harlana nie znalazło uznania wśród większości sędziów; protestujący zostali zwolnieni od odpowiedzialności karnej w oparciu o typową argumentację związaną z niewystąpieniem w ich zachowaniu ustawowych znamion czynu zabronionego.

Największa, choć nieprzeważająca, liczba sędziów zakwalifikowała zaś antysegregacyjny protest jako chronione przez pierwszą poprawkę ekspresyjne zachowanie przy okazji sprawy *Brown vs. Louisiana*⁸⁷. Okoliczności faktyczne przedstawiały się następująco⁸⁸. Biblioteka publiczna w mieście Clinton obsługiwała osoby czarnoskóre jedynie za pośrednictwem tzw. książkomobilu (niebieskiego koloru). Murzyni nie mogli korzystać z głównych pomieszczeń biblioteki oraz z czerwonego książkomobilu przeznaczanego dla białych (i *vice versa*), a ich karty czytelnicze były stosownie ostemplowane. W marcu 1964 roku pięciu reprezentantów tej rasy przeprowadziło oryginalną manifestację. Otóż pojawili się oni w czytelni, a jeden z nich zamówił bynajmniej nieprzypadkową książkę o sugestywnym tytule *The story of the Negro*. Dyżurna bibliotekarka przyjęła zamówienie, sprawdziła dane w katalogu, ustaliła, iż rzeczona pozycja jest niedostępna, poinformowała o tym fakcie petenta, zaproponowała sprowadzenie lektury z innej placówki oraz powiedziała zainteresowanemu, że w takim wypadku będzie on obsłużony za pośrednictwem niebieskiego książkomobilu lub też otrzyma zamówioną pozycję drogą pocztową. Innymi słowy, bibliotekarka nie odmówiła Brownowi obsługi; jednocześnie jednak zaanonsowała, że dyskryminacyjno-segregacyjne praktyki obowiązują

⁸⁶ 310 U. S. Reports 296 (1940).

⁸⁷ 383 U. S. Reports 131 (1966).

⁸⁸ Zob. np. S. B. Kretchmer, *The First Amendment, libraries, and democracy*, [w:] N.C. Kranich, *Libraries & democracy: the cornerstones of liberty*, Chicago and London 2001, s. 147 – 148.

zujące w placówce będą kontynuowane w przyszłości (trudno zresztą wyobrazić sobie, aby mogła zachować się inaczej – nie miała wszak możliwości samodzielnego zmodyfikowania procedury). Zgodnie ze swoimi późniejszymi zeznaniami, dyżurna spodziewała się, że petenci po otrzymaniu owych informacji opuszczą mury biblioteki. Gdy tego nie uczynili, poprosiła ich o wyjście (następnie uczyniła to jej przełożona). Protestujący nie zastosowali się do tego wezwania. Nie wygłaszali przy tym żadnych przemówień ani też nie prezentowali żadnych transparentów; pozostali po prostu w milczeniu w czytelnii. Po kilkunastu minutach na miejscu zdarzenia zjawił się szeryf, którego o zaplanowanej w bibliotece manifestacji powiadomił wcześniej Kongres Równości Rasowej (organizacja broniąca praw obywatelskich)⁸⁹. Policjant zażądał od zgromadzonych rozejścia się; po odmowie zastosowania się do wydanego polecenia, manifestujący zostali zaś przezeń aresztowani. Demonstrantów skazano na karę grzywny za naruszenie przepisu ustawy stanowej, która penalizowała zachowanie spełniające łącznie dwie przesłanki: 1) tłoczenie się lub gromadzenie się w budynku publicznym w zamiarze sprowokowania naruszenia porządku publicznego albo też w okolicznościach wskazujących na możliwość wystąpienia takowego naruszenia, oraz 2) zignorowanie lub odmowę wykonania polecenia rozejścia się, wydanego przez policjanta bądź też inną upoważnioną osobę. Po przejściu toku instancji, Sąd Najwyższy ostatecznie, stosunkiem głosów 5 do 4, uwolnił skazanych od odpowiedzialności karnej. Jak jednakże trzeba nadmienić, nawet owa marginalna większość optująca za uchynieniem wyroku skazującego była głęboko podzielona w odniesieniu do przyjętej racjonalizacji orzeczenia⁹⁰. Sporządzone zostały trzy uzasadnienia autorstwa Abe Fortasa (poparte również przez prezesa SN Earla Warrena i Douglasa), Williama J. Brennana juniora oraz Byrone’a R. White’a.

Argumentacja Fortasa biegła właściwie dwutorowo. Z jednej strony sędzia akcentował kwestie natury dowodowej oraz podkreślał brak wypełnienia przez zachowanie oskarżonych ustawowych znamion zarzuconego im przestępstwa⁹¹. W jego przeświad-

⁸⁹ Według późniejszych zeznań szeryfa, takowe powiadomienie o planowanych manifestacjach miało charakter zwyczajowy. Opisywane tutaj wydarzenia były zatem przynajmniej częściowo antycypowane przez KRR. Niewykluczone, że można podobną hipotezę zasadnie postawić również w stosunku do skazania demonstrantów, które mogło być „wkalkulowane” w koszta antysegregacyjnych protestów. Łączenie „pozbawionej przemocy akcji bezpośredniej” z działaniami podejmowanymi w sądach federalnych stanowiło przecież emblematiczną taktikę ruchu na rzecz obrony praw czarnoskórej ludności pod przywództwem Martina Luthera Kinga (L. M. Kohlmeier, Jr., *“God Save this Honourable Court!”: the Supreme Court in crisis*, New York 1972, s. 50).

⁹⁰ S. L. Wasby, A. A. d’Amato, R. Metrailer, *Desegregation from Brown to Alexander: an explanation of Supreme Court strategies*, Carbondale 1997, s. 349.

⁹¹ D. Fellman, *The defendant’s rights today*, Madison 1978, s. 106. Wspomniana wyżej linia argumentacyjna stanowiła natomiast wyłączną kanwę uzasadnienia autorstwa White’a. Sędzia dowodził bowiem, iż postępowanie podsądnych (spokojne pozostanie w czytelnii przez kilkanaście minut po zakończeniu obsługi) nie różniło się w substancjalny sposób od zachowania

czeniu, aktywność podsądnych może być podzielona na dwie osobne fazy. Pierwsza z nich to rytualne domaganie się bycia obsłużonym przez przedstawicielkę bibliotecznego personelu. Fortas konstatawał bez cienia niedomówień, że obecność osób czarnoskórych w instytucjach publicznych poddanych regułom segregacji nie może być, w świetle zasady równości wobec prawa, traktowana jako czyn nielegalny. Tym samym nie może być mowy o złamaniu przez Browna *et alia* przepisów prawa w pierwszej fazie ich postępowania. W dalszej kolejności oskarżeni – tak przynajmniej przekonywał Forta – przystąpili natomiast do przeprowadzenia „pokojuowej i uporządkowanej demonstracji” w proteście przeciwko segregacyjnym regulacjom. Przyjęta przez nich formuła manifestacji nie była głośna, agresywna, nieuprzejma, nieprzyzwoita bądź nieuwzględniająca zasad bibliotecznego decorum. Tym samym nie sposób przypisać podsądnym jakiegokolwiek intencjonalnego naruszenia porządku publicznego. Fortas podkreślił również (opierając się na protokołach z przewodu sądu pierwszej instancji), że w czytelni w momencie manifestacji nie było innych użytkowników. Fakt ten sam w sobie podważa ewentualny argument prokuratury, jakoby demonstracja nastąpiła „w okolicznościach wskazujących na możliwość wystąpienia naruszenia porządku publicznego”. Protest zatem nikomu w niczym nie przeszkodził⁹², gdyż po prostu nie mógł spowodować takich konsekwencji. Sędzia wyraził wprawdzie zrozumienie i współczucie dla dyzurującej bibliotekarki, która mogła poczuć się zdenerwowana rozwojem sytuacji; jednak wywołanie u niej psychicznego dyskomfortu nie wypełnia przecież hipotezy normy prawnej zastosowanej w tej sprawie przez wymiar sprawiedliwości stanu Luizjana.

wania wielu innych użytkowników biblioteki, którzy nie są za taki czyn prawnie ścigani (a równocześnie zachowanie manifestantów nie przeszkadzało innym osobom w skorzystaniu z usług placówki). Demonstranci byli przeto uprawnieni do pozostania przez ten krótki okres na terenie biblioteki. Tym samym ich działania nie dawały podstaw do postawienia im zarzutu gromadzenia się w budynku publicznym w nielegalnym zamiarze, a okoliczności towarzyszące ich manifestacji nie kreowały niebezpieczeństwa naruszenia porządku publicznego. Tym samym, jak jasno konkludował White, jedynym motywem wyproszenia Browna i pozostałych osób z czytelni był kolor skóry manifestantów. Działania szeryfa (a tym samym późniejszy wyrok) naruszyły więc zasadę równości wobec prawa zawartą w czternastej poprawce do ustawy zasadniczej. Zarazem sędzia zastrzegł wyraźnie, iż gdyby zachowanie oskarżonych wykraczało poza granice normalnego korzystania z biblioteki (a tym bardziej, gdyby konstytuowało pogwałcenie ewentualnej regulacji zakazującej bezcelowego pozostawania w jej murach), to ich skazanie na podstawie przedmiotowego przepisu ustawy stanowiłoby należałoby uznać za konstytucyjne. Wówczas można by bowiem domniemywać wystąpienie po stronie demonstrujących nielegalnego zamiaru stanowiącego komponent znamion zarzuconego im przestępstwa. Zaangażowanie się w symboliczną wypowiedź oprostowującą segregacyjną praktykę biblioteki nie immunizowałoby bynajmniej podsądnych od odpowiedzialności karnej (innymi słowy, pierwsza poprawka nie chroniłaby w takim wypadku wskazanego rodzaju ekspresyjnej aktywności). Jak łatwo można zauważyć, uzasadnienie White’a kontynuowało w przeważającym stopniu tradycyjną linię orzecznictwa Sądu Najwyższego w podobnych sprawach.

⁹² Zob. D. Caristi, *Expanding free expression in the marketplace: broadcasting and the public forum*, New York 1992, s. 37.

Dalsza część uzasadnienia wiązała się już bezpośrednio z kwestią wolności wypowiedzi. Jak zauważa Richard A. Seid, Fortas rozpoznał fakt, że wymierzona w Browna prawnokarna represja jest wy tłumaczalna na gruncie komunikacyjnego kontekstu jego zachowania. Celem aparatu rządowego nie była w tym przypadku ochrona porządku publicznego, lecz stłumienie antysegregacyjnej ekspresji⁹³. Tymczasem sędzia odnotował, iż zgodnie z już utrwaloną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego ochrona wolności słowa przewidziana w pierwszej poprawce nie jest ograniczona tylko do sfery werbalnej, ale „obejmuje także odpowiednie typy czynów, do których z całą pewnością należy zaliczyć [...] oprostowywanie, poprzez cichą oraz pełną wyrzutu obecność w miejscu, w którym manifestant ma prawo przebywać, niekonstytucyjnej segregacji instytucji publicznych w pokojowy i uporządkowany sposób”. Z tego też powodu, „nawet gdyby czyn oskarżonych wyczerpywał znamiona przestępstwa”, SN musiałby „ocenić konstytucyjny kontekst” zastosowania przedmiotowych uregulowań do danych okoliczności faktycznych oraz uznać, iż taka aplikacja w rzeczonym stanie faktycznym pozostaje niezgodna z ustawą zasadniczą. W konsekwencji rozumowanie Fortasa prowadziło do wniosku, że nawet jeśli skazanie demonstrantów za podobny czyn następuje na podstawie przepisu co do zasady zgodnego z konstytucją, a subsumcja jest przeprowadzona prawidłowo (w przeciwieństwie do analizowanej sytuacji), to i tak penalizacja takiego zachowania może godzić w gwarantowane pierwszą poprawką prawo jednostki do swobody słowa⁹⁴. W każdym razie, jak trafnie pisze Dana Anderson-Carson, orzeczenie Fortasa poszerzało spektrum zachowań chronionych przez pierwszą poprawkę o niewerbalne pokojowe **grupowe** działania służące komunikowaniu idei bądź przekonań⁹⁵. Kolejnego doniosłego argumentu fundującego wyrok dostarczył Fortasowi gradualnie coraz bardziej rygorystycznie traktowany w orzecznictwie SN wymóg zachowania przez państwo neutralności wobec doktrynalnych, politycznych, światopoglądowych czy też filozoficznych przekonań obywateli⁹⁶. W jego ocenie, państwu lub jego agencji nie

⁹³ R. A. Seid, *A requiem for O'Brien: on the nature of symbolic speech*, Cumberland Law Review, vol. 23, s. 596. Zob. też J. K. Levine, *Defending the freedom to be heard: where alternative avenues intersect empty public places*, University of Memphis Law Review, vol. 36, s. 299 (pogląd, według którego Fortas dostrzegł, iż motywem działań rządu w przedmiotowej sprawie była niechęć wobec treści przesłania protestujących).

⁹⁴ Zdaniem Martina Edelmana, powyższa teza Fortasa dowodzi wpływu, jaki na poglądy sędziego wywarła (niepowołana w orzeczeniu wprost) doktryna „szczególnego miejsca” pierwszej poprawki w konstytucyjnym porządku Stanów Zjednoczonych, [w:] *Democratic theories and the Constitution*, Albany 1985, s. 160 – 161.

⁹⁵ D. Anderson-Carson, *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston: “symbolic speech” and its First Amendment protections: is association assimilation?*, Southern University Law Review, vol. 23, s. 96. Por. też L. Henkin, *The rights of man today*, Boulder 1978, s. 43 – 44.

⁹⁶ R. A. Smolla, *Academic freedom, hate speech, and the idea of a university*, [w:] *Freedom and tenure in the Academy*, ed. by W. W. van Alstyne, Durham 1993, s. 201.

wolno stosować swoich regulacji w nieracjonalny i dyskryminacyjny sposób, by celowo i świadomie przeszkodzić jednostce w wykonywaniu jej obywatelskiego prawa do wyrażenia sprzeciwu względem określonej polityki (pod warunkiem, że taka opozycja jest formułowana przy użyciu rozsądnych, ograniczonych i nienaruszających porządku publicznego środków). Tymczasem, zdaniem Fortasa, państwo posłużyło się tutaj stosowanymi regulacjami tylko jako pretekstem, który pozwolił na stłumienie niewygodnego dlań przekazu (dopuszczając się tym sposobem ukrytej dyskryminacji treściowej konstytucyjnie uprawnionej wypowiedzi poprzez aplikację do niej enigmatycznego generalnego zakazu naruszania porządku publicznego⁹⁷).

Ostatnim wątkiem wyroku zasługującym na uwagę było dorozumiane zakwalifikowanie przez sędziego dostępnej dla użytkowników części biblioteki publicznej jako ograniczonego forum publicznego w kontekście pierwszej poprawki (bez posłużenia się tym terminem, który pojawił się w orzecznictwie SN w latach późniejszych⁹⁸). David A. J. Richards, komentując enuncjacje Fortasa, pisze, że zgodnie z nimi władza, „będąc konstytucyjnie limitowaną przez rękojmię wolności słowa, musi właśnie z uwagi na to ograniczenie zapewniać komunikacyjne konteksty gwarantujące [jednostkom – Ł. M.] moralną niezależność w najwyższym wykonalnym zakresie możliwym do pogodzenia z uzasadnionymi zadaniami państwa”. Ponieważ istotnym elementem publicznej debaty jest krytycyzm wobec rozstrzygnięć władzy, ustawa zasadnicza obliguje państwo do respektowania zasady swobody wypowiedzi w miejscach publicznych⁹⁹. Pierwsza poprawka uniemożliwia przeto rządowi dyskrecjonalne, arbitralne bądź uznaniowe wykluczanie z przestrzeni publicznej (a za taką została uznana czytelnia w przedmiotowej placówce bibliotecznej) określonych wypowiedzi; powyższy zakaz obejmuje także, zgodnie z orzeczeniem, ekspresyjne zachowania. Z pewnością uzasadnienie Fortasa odważnie poszerzało w tym kontekście zakres wolności słowa¹⁰⁰ (w końcu biblioteka publiczna nie jest naturalnym miejscem dla politycznych manifestacji); z natury rzeczy nie

⁹⁷ Zob. K. F. O’Neill, *Disentangling the law of public protest*, Loyola Law Review, vol. 45, s. 485.

⁹⁸ Np. w sprawie *Perry Education Association vs. Perry Local Educators’ Association* (460 U. S. Reports 37) z 1983 roku Sąd Najwyższy zdefiniował ograniczone forum publiczne jako przedmiot własności publicznej, który został przeznaczony do celów związanych z ekspresyjną aktywnością. Niewątpliwie biblioteka publiczna, jako miejsce lektury, nabywania wiedzy, rozmaitych imprez literackich i kulturalnych itp., mieści się w tej definicji.

⁹⁹ D. A. J. Richards, *Toleration and the Constitution*, New York – Oxford 1986, s. 221. Nadine Strossen wskazuje, iż „doktryna forum publicznego [...] została wprowadzona do jurysprudenencji związanej z pierwszą poprawką jako wehikuł służący poszerzeniu ekspresyjnych wolności. Jej podstawowym składnikiem jest pogląd, że na pewnych typach własności publicznej [...] rząd musi zaakceptować podejmowanie ekspresyjnej aktywności”, [w:] *idem*, *The free speech jurisprudence of the Rehnquist Court*, Free Speech Yearbook, vol. 29, s. 89.

¹⁰⁰ Por. J. M. Balkin, *The American system of censorship and free expression*, [w:] *Patterns of censorship around the world*, ed. by I. Peleg, Boulder 1993, s. 158 – 159.

afirmowało jednakowoż optyki absolutystycznej, ale raczej przyjmowało stanowisko kompromisowe pomiędzy indywidualną swobodą słowa oraz wymogami zachowania porządku, na straży respektowania których stoją w usprawiedliwionych przypadkach odpowiednie organy państwowe¹⁰¹. Sędzia ubolewał nad faktem, że biblioteka, instytucja reprezentująca „spokój, wiedzę i piękno”, stała się obszarem konfrontacji między rzecznikami grupy dyskryminowanej i przedstawicielami establishmentu. Wskazywał zarazem, iż było to niestety zrozumiałe z uwagi na „rasistowskie znamię”, które charakteryzowało jej pragmatykę działania. Fortas ponownie podkreślił, że przeprowadzona manifestacja w żaden sposób nie uszczuplała możliwości czynienia użytku z biblioteki przez inne osoby (być może demonstranci uwzględnili ten czynnik w swych rachubach odnośnie do wyboru sposobu wyrażenia protestu przeciw segregacji placówki), jak również zadeklarował, iż w odmiennym wypadku wyrok mógłby mieć inną treść. Ze stwierdzenia tego jednoznacznie wynika, że priorytetową misję biblioteki stanowi zapewnianie zainteresowanym warunków do zdobywania wiedzy poprzez „czytanie, pisanie i cichą kontemplację”, a inne formy działania, także te istotne z perspektywy pierwszej poprawki (np. wypowiedzi symboliczne), posiadają tutaj znaczenie drugoplanowe i muszą ustąpić miejsca pierwszemu rodzajowi aktywności¹⁰². Jak zatem poprawnie konkluduje Stanley Ingber, propagowana tu koncepcja wolności słowa opiera się na zasadach relatywizmu. Jednostkowa swoboda wypowiedzi musi zostać bowiem uzgodniona nie tylko z usprawiedliwionymi wymogami porządku publicznego, ale również ze stosownymi uprawnieniami innych użytkowników do korzystania z forum publicznego¹⁰³.

Uzasadnienie wyroku sporządzone przez Brennana, acz identyczne co do sentencji z tym autorstwa Fortasa, ufundowane było na zdecydowanie odmiennym rozumowaniu prawnym¹⁰⁴. Sędzia skoncentrował się bowiem przede wszystkim na analizie atrybutów kwestionowanych przez podsądnych przepisów. W jego przeświadczeniu, rzeczony unormowanie podpada pod konstytucyjnie dyskwalifikujący zarzut regulowania zbyt szerokiego zakresu przedmiotowego zachowań, obejmując również aktywność chronioną przez ustawę zasadniczą. Jak podkreślał Brennan, w procesie interpretacji stanowią-

¹⁰¹ L. Kalman, *Abe Fortas: symbol of the Warren Court*, [w:] *The Warren Court in historical and political perspective*, ed. by M. V. Tushnet, Charlottesville 1996, s. 156.

¹⁰² Zob. A. W. Haffner, J. Sterling-Folker, B. Folker, *The Morristown, New Jersey, experience: the public library as a limited public forum and lessons from the Richard R. Kreimer case*, [w:] *Democracy and the public library: essays on fundamental issues*, ed. by A. W. Haffner, Westport 1993, s. 179.

¹⁰³ S. Ingber, *The marketplace of ideas: a legitimizing myth*, Duke Law Journal, February 1984, s. 41 – 42.

¹⁰⁴ W. Wat Hopkins, *Mr. Justice Brennan and freedom of expression*, New York – Westport – London 1991, s. 110.

cej podstawę skazania normy SN jest zobligowany do przyjęcia wykładni zastosowanej przez Sąd Najwyższy Luizjany, którego zdaniem termin „naruszenie porządku publicznego” powinien być rozumiany jako „wzbudzanie podniecenia, ekscytowanie, molestowanie, przeszkadzanie, powstrzymywanie, niepokojenie”. Pojęcia owe są dalece niedookreślone i na tyle szerokie, że aplikacja przepisu może utrudnić jednostkom korzystanie z ich gwarantowanych ustawą zasadniczą praw do wolności słowa. Przykładowo regulacja pozwala na penalizację formy antysegregacyjnego protestu polegającej na żądaniu przez czarnoskórych obywateli stosownej obsługi w instytucji publicznej, która niezgodnie z ustawą zasadniczą różnicuje jednostki pod kątem ich koloru skóry, i na odmowie opuszczenia takiej placówki z chwilą wydania takiego nielegalnego polecenia przez zatrudnionego tamże urzędnika¹⁰⁵. Tymczasem, skoro segregacja jest sprzeczna z konstytucją, to wymierzony w nią protest w budynku będącym własnością publiczną jest objęty protekcją pierwszej poprawki. W przeświadczeniu Brennana przedmiotowa norma może być „uratowana” wyłącznie wskutek zawężającej interpretacji jej postanowień dokonanej przez stanowy Sąd Najwyższy. Pozostało więc rozstrzygnąć problem, czy zachowanie oskarżonych podlegałoby karze na podstawie tak skorygowanej wykładni. Powtarzając w głównych punktach diagnozę zachowania podsądnych sformułowaną przez Fortasa, Brennan stwierdził, że skazanie najprawdopodobniej nastąpiło w oparciu o niekonstytucyjną interpretację i nie ostałoby się pod rządami zmienionej normy. Nie przesądzając zatem zagadnienia w sposób ostateczny (jego zdaniem nie było to konieczne dla wydania wyroku uniewinniającego¹⁰⁶), sędzia opowiedział się za uchyleniem skazania. Łatwo można zauważyć, że wspólnym mianownikiem uzasadnień Fortasa i Brennana (w odróżnieniu od opinii White’a) było uznanie zachowania manifestujących za wypowiedź symboliczną.

Autorem *votum separatum* w prezentowanej sprawie był Black; pod jego uzasadnieniem podpisali się również Harlan, Tom C. Clark oraz Potter Stewart. Pamiętając

¹⁰⁵ Sędzia zwracał również uwagę na fakt, że katalog osób uprawnionych do wydawania polecenia rozejścia się jest w analizowanej regulacji zupełnie niesprecyzowany („inne upoważnione osoby”), przepisy nie formułują żadnych proceduralnych reguł obowiązujących rozkazodawcę przy podjęciu takiego działania, a od obywatela oczekuje się po prostu natychmiastowego i potulnego zaakceptowania polecenia. Owe legislacyjne ułomności także tworzą zagrożenie dla konstytucyjnych uprawnień przewidzianych w pierwszej poprawce.

¹⁰⁶ Sędzia powołał się tu na precedens *Dombrowski vs. Pfister* (380 U. S. Reports 479, 1965), zgodnie z którym w takiej sytuacji wystarczy wykazać, że spenalizowane zachowanie nie konstytuuje czynu, który byłby w **oczywisty** sposób zabroniony przez choćby najbardziej zawężającą interpretację odpowiedniego unormowania. Brennan teoretycznie dopuścił więc możliwość zgodnego z ustawą zasadniczą skazania Browna za naruszenie porządku publicznego. Jednak śledząc jego linię orzeczniczą, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością możemy przyjąć, że gdyby ustawa nie podpadała pod zarzut „overbreadth”, to Brennan zaakceptowałby tezy Fortasa. Sędzia preferował po prostu rozstrzygnięcie tej konkretnej sprawy na bardziej ograniczonej podstawie.

o roli odegranej przez Blacka przy okazji kontrowersji na tle obligowania uczniów do salutowania fladze, jego obecność w tym gronie może *prima facie* wzbudzać pewne zaskoczenie¹⁰⁷. Wśród znawców problematyki pojawiają się dwa rodzaje wyjaśnień dotyczących wskazanej ewolucji poglądów (niekoniecznie zresztą całkiem niekompatybilne). Pierwszy z nich upatruje przesłanek decyzji sędziowskiej raczej w czynnikach natury psychologicznej aniżeli w rozumowaniu prawnym. Jak ocenia (w innym kontekście) Joseph H. Brady, rozstrzygnięcia Blacka wydawały się często motywowane jego osobistymi idiosynkrazjami czy predylekcjami, a nie literą prawa¹⁰⁸. Tymczasem, zdaniem Johna Harta Ely’ego, sędzia, będąc przekonany o rzecznikiem wolności słowa oraz aktywnym obrońcą praw obywatelskich, uznawał jednocześnie uciekanie się przez osoby nieusatisfakcjonowane kształtem regulacji do aktów nieposłuszeństwa obywatelskiego (w miejsce korzystania z przysługujących im środków prawnych) za zdradę konstytucyjnych pryncypiów. Fakt ten miał wypaczać jego zdolności analityczne oraz spowodować praktyczną atrofię umiejętności rozumowania *per analogiam* i dostrzegania relewantności przewidzianej w pierwszej poprawce ochrony do nowych okoliczności, zmieniających się czasów, sposobów komunikacji itp.¹⁰⁹ Z kolei alternatywne wyjaśnienie zakłada, iż Black bardzo rygorystycznie rozróżniał karanie jednostek za zachowania od penalizowania ich wypowiedzi¹¹⁰. Przyjęcie tej optyki nie oznaczało bynajmniej totalnej rezygnacji z ochrony wypowiedzi symbolicznych na podstawie pierwszej poprawki. Black był jednak zwolennikiem udzielania stosownej protekcji zachowaniom ekspresyjnym wyłącznie wtedy, gdy regulowanie rzeczoności typu aktywności pośrednio wywiera „wpływ na sferę słowa, a interes wynikający z potrzeby ochrony wolności słowa jest ważniejszy niż interes promowany przez państwo” albo gdy rząd

¹⁰⁷ W świetle sporządzonego przezeń uzasadnienia w sprawie *Garner vs. Louisiana*, na pierwszy rzut oka dziwić może także stanowisko Harlana. Nie wolno jednak zapominać, że ten ostatni był wiernym filozoficznoprawnym spadkobiercą Felixa Frankfurtera, modelową niemalże ikoną sędziowskiej ostrożności, wstrzeźliwości oraz ewolucyjno-konserwatywnego (*à la* Edmund Burke) podejścia do systemu prawnego. Wydaje się, że to z tych właśnie powodów Harlan nie chciał dyskwalifikować będącej podstawą skazania Browna ustawy z uwagi na jej niezgodność z ustawą zasadniczą, korygować ustaleń faktycznych dokonanych przez sąd niższej instancji oraz udzielać nieposłuszeństwu obywatelskiemu zbyt – w jego mniemaniu – szerokiej ochrony konstytucyjnej.

¹⁰⁸ J. H. Brady, *Confusion twice confounded: the First Amendment and the Supreme Court. An historical study*, South Orange 1954, s. 173.

¹⁰⁹ J. H. Ely, *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Cambridge 1980, s. 185. Zob. również H. J. Abraham, *Freedom and the Court: civil rights and liberties in the United States*, New York 1967, s. 306 (pogląd, że stanowisko Blacka było pochodną jego niechęci wobec indywidualnego dochodzenia sprawiedliwości przez obywateli i samodzielnego wymuszania przez nich na instytucjach publicznych zachowań zgodnych z prawem).

¹¹⁰ Por. np. H. J. Abraham, *The Judiciary: the Supreme Court in the governmental process*, Boston 1997, s. 185.

„może osiągnąć swój zamiar, używając instrumentów nienakładających ciężarów na słowo”¹¹¹. W analizowanej sprawie żaden z powyższych warunków miał nie być spełniony. Stąd Black już w pierwszym zdaniu uzasadnienia kategorycznie konstatawał, że nie znajduje w konstytucji USA żadnego postanowienia, które zabraniałoby któremukolwiek ze stanów penalizacji demonstrowania w bibliotekach publicznych w celu zamianifestowania określonych przekonań politycznych.

Sędzia negował każdy z argumentów przedstawionych przez zwolenników uchylenia wyroku skazującego. Po pierwsze, przedmiotowa regulacja jest zgodna z wymogami ustawy zasadniczej pod względem zastosowanej techniki legislacyjnej i w żaden sposób nie narusza obywatelskiego prawa do swobodnej wypowiedzi. Jej przepisy precyzyjnie normują określone postępowanie przy użyciu języka, który „ujmowany całościowo nie wykazuje jakichkolwiek dwuznaczności”, a osoby o przeciętnej inteligencji nie powinny mieć żadnych problemów ze zrozumieniem, czego żądają od nich kwestionowane przez oskarżonych normy¹¹². Po drugie, zachowanie podsądnych wypełnia ustawowe znamiona czynu zabronionego. Black wskazał, iż w przekonaniu Fortasa skazanie demonstrantów za naruszenie porządku publicznego mogłoby nastąpić jedynie wtedy, gdyby pozostali oni w bibliotece „przez nadzwyczajnie długi okres po skierowaniu w ich stronę polecenia jej opuszczenia, byli hałaśliwi, użyli niestosownego języka, wywołali bójkę lub próbowali ją sprowokować albo w inny sposób objawili agresję”. Takowy argument „przeciwy zdrowemu rozsądkowi”, albowiem spokojne i ciche wypowiedzi również mogą ewokować naruszenie porządku. Aby osiągnąć ten cel, nie trzeba „potrząsać mieczem albo wykrzykiwać inwektyw”. Zachowanie oskarżonych, zdaniem Blacka, planowo utrudniło (a nawet uniemożliwiło) normalne funkcjonowanie biblioteki. Do tego wniosku doprowadziła sędziego kontekstualna analiza okoliczności faktycznych. *À propos* zamiarów manifestantów, Black przekonywał, że świadectwem objawiania przez nich potępianych przez prawo intencji był już sam fakt wyrażenia nieposłuszeństwa wobec poleceń wydanych przez bibliotekarkę i szeryfa. Inwazja na własność – również publiczną – jest w tym kontekście samowjaśniającym się działaniem. Black ostro skrytykował swoich oponentów za próbę substytuowania ewaluacji faktów dokonanej przez sąd pierwszej instancji na tę autorstwa oddalonych od rzeczywistych zdarzeń oraz ignorujących „realia życia” sędziów SN. Po trzecie, sędzia dowodził, że skazani nadużywają argumentu z wolności słowa. Pierwsza poprawka (to „serce wolnego rządu, bez którego

¹¹¹ J. D. Hockett, *New Deal justice: the constitutional jurisprudence of Hugo L. Black, Felix Frankfurter, and Robert H. Jackson*, Lanham 1996, s. 128.

¹¹² Trudno oprzeć się wrażeniu, iż Black polemizował tu raczej z niepostawionym ustawie zarzutem niejasności (*vagueness*) aniżeli z inkryminowanym jej zbyt szerokim przedmiotowym zakresem działania.

nie ma swobody i równości”) chroni słowo mówione, słowo pisane i „ekspresję idei w każdy sposób, w który mogą być one legitymowanie [...] komunikowane”. Konstytucja nie kreuje natomiast uprawnienia do używania cudzej własności – także przeznaczonej do innych celów własności publicznej – jako forum służącego właściwie nieskrępowanemu formułowaniu dysydenckich idei. Indywidualne interesy nie mogą przecież dominować nad wolą wybranych demokratycznie funkcjonariuszy publicznych determinujących w imieniu społeczności sposób korzystania z takiej własności. Black emfaticznie deklarował: „Najwyższy czas zanegować założenie, akceptowane zbyt długo przez zbyt wielu, że grupy, które sądzą, że były poddane dyskryminacji, lub które nawet rzeczywiście jej podlegały, dysponują konstytucyjnym prawem do wykorzystywania publicznych ulic, budynków i własności do oprostowywania wszystkiego zawsze i wszędzie” bez uwzględniania konsekwencji swego zachowania dla innych ludzi. Już w konkretnym kontekście sprawy Black twierdził, iż skazani nie zostali aresztowani z powodu egzekwowania gwarantowanego pierwszą poprawką uprawnienia do obywatelskiego protestu, ale z uwagi na sprzeczność ich zakłócającego spokój zachowania z *modus operandi* przyjętym przez bibliotekę¹¹³. Z dość daleko idącą (moim zdaniem) przesadą sędzia imputował Fortasowi promowanie rewolucyjnej doktryny konstytucyjnej, w myśl której pierwsza poprawka mówi, iż pracownicy bibliotek muszą bezczynnie tolerować, jak niezainteresowane korzystaniem z usług placówek osoby, forsując określone poglądy, organizują w nich manifestacje po to, aby udratyzować swoje partykularne przekonania w partykularnych sprawach. Tak pojmowane prawo do protestu grozi, w ocenie Blacka, instytucjonalnym paraliżem bibliotek publicznych. Po czwarte, sędzia odrzucał fortasowską wizję biblioteki jako forum publicznego, zgodnie z którą państwo musi zezwolić na używanie tych „poświęconych lekturze, zdobywaniu wiedzy i nauce” instytucji w celu organizowania protestów politycznych. Biblioteka (analogicznie jak szkoła, budynek straży pożarnej, gmach sądu czy ratusz) ma do spełnienia ściśle sprecyzowaną i fundamentalną funkcję społeczną, a utrzymanie w niej porządku i ciszy stanowi esencjonalny warunek udanej realizacji powierzonych zadań. Z tego właśnie powodu nie można przyznawać prywatnym grupom licencji na wtargnięcie w mury biblioteki na podstawie rzekomego prawa do protestu. Po piątę, Luizjana nie praktykowała w tym casusie niedozwolonej konstytucyjnie dyskryminacji rasowej. Manifestanci zostali

¹¹³ Wyraźnie zatem widać, że w przeświadczeniu Blacka oskarżeni usiłowali po prostu ukryć swoje czyny „pod płaszczem pierwszej poprawki”, T. E. Yarbrough, *Judge Frank Johnson and human rights in Alabama*, University of Alabama 1981, s. 123. Niewykluczone, że jedną z przyświecających Blackowi motywacji wyraźnego separowania czynów od słów była obawa, że zamazanie tej dystynkcji może pozwolić apologetom represywnego odczytywania pierwszej pierwszej poprawki na rozumowanie *à rebours* i potraktowanie niektórych słów jako czynów. Por. G. Anastaplo, *The Constitutionalist: notes on the First Amendment*, Lanham 2005, s. 555.

wszak stosownie obsłużeni, a zastosowane później wobec nich sankcje penalne wynikały z przepisów neutralnych pod względem rasowym. Tym samym, utrzymywał Black, skazanie podsądnych nie tylko było niezależne od jakiegokolwiek ekspresyjnego komponentu ich postępowania, ale i nie miało nic wspólnego z kolorem skóry demonstrantów. Stan respektował przeto w swoim działaniu zasadę bezstronności.

Niewątpliwie uzasadnienie Blacka pozostaje koherentne i racjonalne (aczkolwiek sędzę, iż sędzia przyjął w nim pewne kontrfaktyczne presumpcje). Niezależnie jednak od prawnego rozumowania, Black nie wahał się użyć argumentu z równi pochyłej. Jak bowiem dowodził, „musimy pamiętać, że jeśli zezwolimy jednej grupie opanować z jakiegoś powodu biblioteki, to także inne grupy proklamują swoje prawo do uczynienia tego samego” z mniej szczytnych pobudek niż sprzeciw wobec segregacji rasowej i zupełnie bez uwzględniania potrzeb innych użytkowników. Pozwolenie ludziom na „branie prawa w swoje ręce”, by mogli w ten sposób promować wyznawane koncepcje, jest bardzo niebezpieczne, albowiem „tłum motywowany dzisiaj szlachetnymi ideałami przekształcić się może jutro w tłuszcę owdładniętą nienawiścią, emocjami, chciwością i żądzą gwałtu. Jeśli kiedykolwiek w to wąpiliśmy, teraz już to wiemy. Pokojowe śpiewy o miłości mogą stać się tak podburzające i prowokujące, jak Marsylianka w dniach, kiedy chwalebna rewolucja ustąpiła miejsce sukcesywnym rządóm tłumów”. Black w mało zawoalowany sposób nawiązywał tutaj do ekscesów ruchów młodzieżowej kontestacji. W szczególności lękał się, że wydanie wyroku uniewinniającego może wykreować precedens otwierający drogę do organizowania podobnych demonstracji na terenie szkół publicznych. W jego przeświadczeniu, takie protesty mogłyby sparaliżować instytucje edukacyjne. Wydaje się, iż powyższe obawy stanowiły kluczową determinantę blackowskiego uzasadnienia¹¹⁴.

4. Symboliczny protest polityczny w szkole publicznej

Już wkrótce powyższe przewidywania Blacka mogły dlań nabrać (i zapewne nabrały) wymiaru profetycznego. Jedną z kolejnych spraw dotyczących wypowiedzi symbolicznych i rozpatrywanych przez Sąd Najwyższy dotyczyła bowiem uczniowskiego protestu w szkole publicznej¹¹⁵. Tym razem społeczny kontekst stanowiło tutaj wydarzenie budzące równie silne emocje co proces desegregacji, tj. wojna wietnamska. Zaanga-

¹¹⁴ Helen Fenwick pisze, iż poszanowanie prawa do publicznego protestu jest probierzem demokratycznego i wolnego społeczeństwa i może podlegać ograniczeniom tylko w razie wystąpienia napięcia pomiędzy wolnością wypowiedzi a innymi fundamentalnymi wartościami liberalnego ustroju, [w:] *Civil liberties and human rights*, London – Sydney 2002, s. 419. Taki paradygmat był Blackowi najzupełniej obcy.

¹¹⁵ *Tinker vs. Des Moines School District*, 393 U. S. Reports 503 (1969).

zowanie Stanów Zjednoczonych w konflikt w Azji Południowo-Wschodniej oraz jego polityczne i kulturowe następstwa były niewątpliwie traumatycznym doświadczeniem dla kilku przynajmniej generacji Amerykanów, poczynając od pozostającej w wieku poborowym młodzieży, a kończąc na pamiętających II wojnę światową weteranach. Jak zauważa Robert J. Steamer, „wojna w Wietnamie podzieliła naród amerykański oraz wywołała bezprzykładne we współczesnych czasach rozgoryczenie i nienawiść”¹¹⁶. Dodatkowym czynnikiem odgrywającym niebagatelną rolę w przedmiotowej sprawie był proces politycznej, kulturowej i seksualnej rewolty (lub – jeżeli ktoś tak preferuje – emancypacji) młodzieży, której przedstawiciele zaczęli, niejednokrotnie w formie szokującej dla starszego pokolenia, aktywnie partycypować w dyskursie publicznym, wykorzystując przy tym najróżniejsze metody komunikowania swoich idei (drukowana własnym sumptem prasa, oryginalny ubiór, odznaki, opaski i inne symbole protestu)¹¹⁷. 16 grudnia 1965 roku 13-letnia Mary Beth Tinker i 16-letni Christopher Eckhardt (dzień później przyłączył się do nich brat Mary Beth, 15-letni John) pojawili się w szkole z czarnymi opaskami na ramionach. Zgodnie z ich deklaracjami opaski miały symbolizować sprzeciw wobec uczestnictwa USA w wojnie wietnamskiej, żałobę z powodu ofiar śmiertelnych i poparcie dla zawieszenia broni. Władze szkolne powzięły informację o planowanym proteście jeszcze przed jego przeprowadzeniem. Zaadoptowana przez nie procedura zakładała wezwanie ucznia do zdjęcia opaski; w wypadku odmowy protestujący miał zostać zawieszony i mógłby powrócić do szkoły dopiero z chwilą zaniechania demonstracji. Urzędnicy oświatowi otwarcie wyrazili przekonanie, że szkoły nie są właściwym miejscem dla podobnej aktywności, a uczniowie będą wkrótce mogli dać upust swoim poglądom przy urnie wyborczej (po osiągnięciu stosownego wieku). Tinkerowie oraz Eckhardt nie zrezygnowali z manifestacji i zostali odesłani do domów. Powrócili do szkoły dopiero po Nowym Roku (zgodnie z pierwotnymi założeniami protest miał wtedy i tak dobiec końca). Decyzja o zawieszeniu została mimo wszystko zaskarżona do sądu federalnego. W pierwszej instancji sąd zakwalifikował wprawdzie noszenie opasek przez wnioskodawców jako pozostające pod ochroną pierwszej poprawki zachowanie ekspresyjne, ale równocześnie usprawiedliwił decyzję szkoły, motywując swoje rozstrzygnięcie hipotetycznym zagrożeniem wymaganej w instytucji edukacyjnej dyscypliny, jakie mogłaby spowodować manifestacja. Sąd drugiej instancji podtrzymał wyrok. Racje uczniów zostały uznane dopiero przez SN¹¹⁸. Orzeczenie zapadło stosun-

¹¹⁶ R. J. Steamer, *The Supreme Court in crisis: a history of conflict*, Amherst 1971, s. 275 – 276.

¹¹⁷ M. Heins, *Not in front of the children: “indecentcy”, censorship, and the innocence of youth*, New Brunswick – New Jersey 2007, s. 76.

¹¹⁸ N. Hentoff, *The First Freedom: the tumultuous history of free speech in America*, New York 1980, s. 3 – 5.

kiem głosów 7 do 2; większościowe uzasadnienie sporządził Fortas (wsparty przez Warrena, Douglasa, Brennana, White'a, Stewarta oraz Thurgooda Marshalla); zdania odrębne wygłosili Black i Harlan.

Fortas rozpoczął swe wywody od oczywistej w świetle dotychczasowej linii orzeczniczej konstatacji, że noszenie na ramieniu opasek w celu wyrażenia określonych poglądów mieści się w granicach wolności słowa zakreślonych pierwszą poprawką. Co więcej, w przekonaniu sędziego, zachowanie to jest „bardzo zbliżone do czystego słowa”. Władze szkolne ukarały w tym przypadku uczniów za korzystanie z ich bezpośrednich i podstawowych konstytucyjnych uprawnień. Spenalizowana aktywność nie była agresywna czy gwałtowna; nie konstituowała także grupowej demonstracji. Polegała po prostu na „cichej i pasywnej ekspresji poglądów” na kontrowersyjny politycznie temat. Jak tedy podkreśla się w literaturze przedmiotu, to właśnie wskazane atrybuty, zdaniem Fortasa, decydowały o podobieństwie wypowiedzi symbolicznej do czystego słowa i legitymizowały jej daleko idącą ochronę¹¹⁹. Bez większego trudu można również dostrzec komunikacyjny zamiar przyświecający uczniom przy założeniu opasek oraz ekspresyjną naturę ich aktywności¹²⁰. Jak zresztą odnotowywał sędzia, w analizowanym stanie faktycznym istnieje ewidentna korelacja pomiędzy treścią (protest antywojenny) oraz formą (publiczne użycie symboli desygnujących określone znaczenie) przekazu a dyscyplinującym działaniem szkoły, które było refleksem przeświadczenia o niedopuszczalności wykorzystania terenu placówek edukacyjnych do tego rodzaju ekspresyjnych zachowań. Fortas dowodził, że ekwiwalentem nałożonego tu przez władze zakazu byłoby zabronienie uczniom prowadzenia dyskusji i wyrażania krytycznego stanowiska co do wietnamskiego konfliktu poza zajęciami klasowymi i nauczycielską kontrolą. Obydwie regulacje obrażają w równym stopniu ustawę zasadniczą. Łatwo tedy zauważyć, iż promulgowany przez uczniów przekaz był pod względem znaczeniowym zinterpretowany przez władze zgodnie z intencjami demonstrujących. Fortas podkreślał również, że „wynikający z rozpatrywanej sprawy problem nie dotyczy normowania długości spódnic, rodzaju ubioru, fryzury lub manieryzmów” (a zatem innych potencjalnych niewerbalnych sposobów komunikowania poglądów). W orzeczeniu jest więc przeprowadzona dyferencjacja między polityczną ekspresją symboliczną a bardziej enigmatycznymi formami ideowej samorealizacji czy autoprezentacji preferowanymi przez młodzież (jak np. noszenie spodni

¹¹⁹ Por. np. K. J. Heineman, *American schism: catholic activists, intellectuals, and students confront the Vietnam War*, [w:] *The Vietnam War on campus: other voices, more distant drums*, ed. by M. J. Gilbert, Westport 2001, s. 201; E. Volokh, *Speech as conduct: generally applicable laws, illegal courses of conduct, situation-altering utterances, and the uncharted zones*, *Cornell Law Review*, vol. 90, s. 1319 – 1320.

¹²⁰ J. P. Collins, Jr., *Speaking in code*, *Yale Law Journal*, vol. 106.

z krokiem w kolanie, tatuaże, odznaki reprezentujące przynależność do gangu itp.)¹²¹. Jak trafnie jednakowoż odnotowuje Suzanna Sherry, uzasadnienie Fortasa pokazuje wrogość Sądu Najwyższego również względem mniej wyrazistych przejawów narzucania przez władze publiczne ortodoksyjnych opinii; wynikającą zeń konsekwencją jest założenie, iż konstytucja „chroni tak subtelne, jak i bezpośrednie formy wyrażania przekonań. Niewyszukana analiza mogłaby doprowadzić do przyjęcia konkluzji, że zakaz noszenia opasek na ramionach [...] nie konstytuuje rządowej cenzury słowa czy idei. Sąd odrzucił taki symplicystyczny wniosek”¹²².

Jednoznaczne rozstrzygnięcie konstytucyjnego znaczenia strony przedmiotowej czynu, który popełnili wnioskodawcy, nie przesądzało jeszcze *per se* o bezprawności podjętych przez szkołę działań represyjnych. Kolejne kluczowe zagadnienie dotyczyło bowiem podmiotowego statusu uczniów w kontekście pierwszej poprawki (na terenie szkoły oraz poza komunikacją organizowaną i nadzorowaną przez nauczyciela w ramach zajęć). Jak z pasją pisał Fortas, „w naszym systemie szkoły nie mogą być enklawami totalitaryzmu. Władze szkolne nie posiadają absolutnej władzy nad swoimi uczniami. Uczniowie tak w szkole, jak i poza nią, są «osobami» w rozumieniu naszej ustawy zasadniczej. Dysponują fundamentalnymi uprawnieniami, które państwo musi szanować, tak jak i oni muszą respektować swoje powinności wobec państwa. W naszym systemie uczniowie nie mogą być traktowani jako bezwolni odbiorcy tylko takich przekazów, które państwo zdecyduje się komunikować. Nie mogą być ograniczeni w swoich wypowiedziach tylko do ekspresji urzędowo aprobowanych sentymentów. Przy nieobecności konstytucyjnie doniosłych argumentów usprawiedliwiających regulowanie ich wypowiedzi, uczniowie są upoważnieni do korzystania z przysługującej im wolności wyrażania opinii”¹²³. Powołując się na wcześniejsze precedensy¹²⁴, sędzia wskazywał,

¹²¹ Oczywiście ta linia demarkacyjna nie jest nieprzenikalna. Wynikająca z orzeczenia ochrona wolności słowa bywała niekiedy stosowana (z mieszanymi rezultatami) przez sądy niższych instancji *à propos* ubioru, kolczyków, koloru włosów itp., Ch. C. Haynes, S. Chaltain, J. E. Ferguson, Jr., D. L. Hudson, Jr., O. Thomas, *The First Amendment in schools*, Nashville 2003, s. 74 – 80. Zresztą kategoryzacja określonej ekspresji sama w sobie może być problematyczna. Odwołując się do przykładu z kategorii „speech plus” – czy T-shirt z antyhomoseksualnym przekazem to „rodzaj ubioru” czy wehikuł służący chronionej pierwszą poprawką ekspresji? Por. A. L. Houle, *From T-shirts to teaching: may public schools constitutionally regulate antihomosexual speech?*, *Fordham Law Review*, vol. 76, s. 2497 – 2502.

¹²² S. Sherry, *All the Supreme Court really needs to know it learned from the Warren Court*, *Vanderbilt Law Review*, vol. 50, s. 471. W krótkim uzupełniającym uzasadnieniu White podkreślił jednak, że SN nie porzuca dystynkcji pomiędzy werbalną komunikacją a komunikacją poprzez zachowanie naruszające usprawiedliwiony interes państwa. W rzeczonym stanie faktycznym wzmiankowane naruszenie po prostu nie występuje.

¹²³ Por. R. Trager, J. A. Russomanno, *Free speech for public school students: a “basic educational mission”*, *Hamline Law Review*, vol. 17, s. 278.

¹²⁴ Zob. *Meyer vs. State of Nebraska*, 262 U. S. Reports 390 (1923) oraz *Keyishian vs. Board of Regents*, 385 U. S. Reports 589 (1967).

że instytucje amerykańskie nie opierają się na spartańskich pryncypiach modelowania idealnego obywatela, a nauczanie przyszłych liderów ufundowane jest na zaprezentowaniu im pełnej wigoru wymiany idei, w której wyniku „prawdę odkrywa się z wielości języków, a nie poprzez autorytarną selekcję”. Nieuniknionym elementem towarzyszącym procesowi edukacyjnemu jest zaangażowanie się uczniów w interpersonalną komunikację, niezależną od oficjalnie prowadzonych lekcji. Jak w związku z tym przekonywał Fortas, uczniowska wolność słowa nie jest limitowana czasowo i przestrzennie tylko do dyskusji toczonych w klasie pod opieką nauczycieli, a nieletni „czy to w stołówce, czy to na boisku, czy to na podwórzu [...] może wyrażać swoje poglądy, nawet na tak kontrowersyjne tematy, jak konflikt wietnamski”. Jak zwięźle puentował sędzia, zarówno uczniowie, jak i nauczyciele „nie zrzucają z siebie swoich konstytucyjnych praw do wolności słowa czy ekspresji, przekraczając bramę szkoły”¹²⁵. Wskazany wyżej stwierdzeniem Fortas definitywnie odesłał do lamusa pogląd (który Nadine Strossen określa mianem „wieloletniego anachronizmu”¹²⁶) immunizujący szkołę publiczną spod rygorów pierwszej poprawki. Należy tu zauważyć, że sędzia nie ograniczył się bynajmniej do suchej analizy relewantnego przepisu ustawy zasadniczej, ale próbował odnaleźć również szerszą doktrynalną legitymację swojego stanowiska z powołaniem się na argumentację instrumentalną zakorzenioną w społecznej roli pełnionej przez placówki edukacyjne. Pozbawienie uczniów prawa do swobody wypowiedzi miało bowiem utrudnić im autonomiczny rozwój osobowości oraz przeszkodzić w wyrobieniu sobie cenionego w amerykańskim społeczeństwie krytycyzmu¹²⁷. Michael Imber oraz Tyll van Geel podsumowują, iż w orzeczeniu szkoła była postrzegana „jako mikrokosmos społeczności demokratycznej, w którym uczniowie cieszą się uprawnieniem do swobodnej wypowiedzi w stopniu silnie korespondującym z prawami przysługującymi ogółowi obywateli”¹²⁸. Wyrok w przedmiotowej sprawie stanowił zresztą tylko jeden (aczkolwiek niewąt-

¹²⁵ Jak pisze Haig A. Bosmajian, powyższa metonimia stała się integralnym i ważnym elementem jurysprudence dotyczącej wolności słowa w szkołach publicznych. Zresztą charakterystycznym znamieniem orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jest częstokroć istotniejsza dla późniejszych rozstrzygnięć rola tropicznych elementów uzasadnienia danego wyroku w porównaniu z przedstawionymi tamże racjonalnymi i logicznymi argumentami natury konstytucyjnej, [w:] *Metaphor and reason in judicial opinions*, Carbondale 1992, s. 14 – 15.

¹²⁶ N. Strossen, *Freedom of speech in the Warren Court*, [w:] *The Warren Court: a retrospective*, ed. by B. Schwartz, New York – Oxford 1996, s. 70. Przypomnieć jednakże w tym miejscu warto o wyroku w sprawie *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, gdzie stypulacje pierwszej poprawki dotyczące wypowiedzi symbolicznych stanowiły podstawę wyroku o niekonstytucyjności regulacji kuratorium oświaty.

¹²⁷ J. Garvey, *Freedom and choice in constitutional law*, Harvard Law Review, vol. 94, s. 1771 – 1772.

¹²⁸ M. Imber, T. van Geel, *Education law*, Mahwah 2004, s. 125. W krótkim uzupełniającym uzasadnieniu Stewart podkreślił jednak, że prawa te nie są identyczne, albowiem niepełnoletni nie posiadają pełnej zdolności swobodnego wyboru, która stanowi presupozycję gwarancji zawartych w pierwszej poprawce. Sędzia wysunął tu analogię porównującą sytuację dzieci z tą, w której znajduje się „captive audience” (pojmana publiczność).

pliwie bardzo ważny) z kroków na drodze ku usankcjonowaniu konstytucyjnych praw osób niepełnoletnich, którym to szlakiem konsekwentnie zaczął podążać Sąd Najwyższy¹²⁹. Równocześnie trzeba podkreślić, iż istnieją także poważne przesłanki na rzecz poglądu, że orzeczenie Fortasa nie tyle gwarantowało nieletnim konstytucyjne prawo do politycznego czy ideowego samookreślenia, ale raczej (uwzględniając niekwestionowany wpływ, jaki mieli rodzice Tinkerów na zachowanie bohaterów tej sprawy) pozwalało rodzicom na instrumentalne manipulowanie swymi dziećmi poprzez przymuszanie ich do formułowania określonych poglądów w szkolnym ekosystemie¹³⁰. Niezależnie jednak od proporcji w uczniowskiej ekspresji elementu spontanicznego i wymuszonego, pozostawała ona w sferze oddziaływania rękojmi udzielanych przez postanowienia pierwszej poprawki.

Już powyższe wywody jednoznacznie pokazały, że dzieci w szkole są chronione przed nieracjonalną ingerencją władz publicznych w przysługujące im konstytucyjne uprawnienia, a wszelka tłumiąca swobodę wypowiedzi i represywna działalność państwa musi być poważnie umotywowana i wsparta dowodami potwierdzającymi jej konieczność¹³¹. Do rozstrzygnięcia pozostał natomiast dylemat dotyczący postulowanego zakresu wolności słowa w szczególnym kontekście instytucjonalnym, jaki kreują placówki edukacyjne. Trudno było wszak spodziewać się zaadoptowania przez Sąd Najwyższy w tym zakresie optyki absolutystycznej bądź nawet zastosowania w drodze rozumowania *per analogiam* kryteriów całkowicie tożsamyh z tymi obowiązującymi w przypadku komunikacji ogólnej (czyli prowadzonej przez dorosłych poza jakimkolwiek specyficznym środowiskiem instytucjonalnym). Fortas klarownie akcentował potencjalne niebezpieczeństwa płynące ze zbyt daleko idącego przestrzennego ograniczania przez państwo swobody wypowiedzi, tak by istniała ona „tylko co do zasady, a nie co do faktu. Wolność ekspresji przestałaby tak naprawdę funkcjonować, gdyby możliwe było korzystanie z tego prawa tylko na terenie, który wielkoduszny rząd przeznaczył na strefę bezpieczeństwa dla używających narkotyków. Konstytucja statuuje, że Kongres (i stany) nie może limitować prawa do wolności słowa. To postanowienie znaczy dokładnie to, co mówi”. O ile zasadne jest rozsądne regulowanie związanej z wypowiedziami aktywności w precyzyjnie zdefiniowanych stanach faktycznych, o tyle za niedopuszczalne należałoby uznać blankietowe przestrzenne zredukowanie obszaru wolności

¹²⁹ Zob. E. R. Rubin, *Abortion, politics, and the Courts: Roe v. Wade and its aftermath*, New York 1987, s. 133.

¹³⁰ W tej kwestii zob. np. M. G. Schmidt, N. Dickson Reppucci, *Children's rights and capacities*, [w:] *Children, social science, and the law: social science and policy*, ed. by B. Bottoms, M. Bull Kovera and B. D. McAuliff, New York 2002, s. 79.

¹³¹ Por. S. E. Rush, *The Warren and Burger Courts on State, parent and child conflict resolution: a comparative analysis and proposed methodology*, *Hastings Law Review*, vol. 36, s. 469 – 470.

słowa do „budki telefonicznej, czterech rogów pamfletu czy też nadzorowanej i uporządkowanej dyskusji w klasie”. Powyższe stwierdzenie dało asumpt Frederickowi Schauerowi do konstatacji, iż Sąd Najwyższy przyjmuje w swoim orzecznictwie „generalne domniemanie, że uprawnienia zawarte w pierwszej poprawce nie są w znaczącym stopniu uzależnione od instytucjonalnego kontekstu”, a doktryna niechętnie tworzy oparte na tym kryterium linie demarkacyjne¹³². Supozycja ta wydaje się jednak iść zbyt daleko. Bliższe prawdy jest chyba stanowisko Kennetha Cmiela, z którego też wynika, że o ile Sąd Najwyższy od lat 60. był skłonny do inkorporowania w obręb gwarancji pierwszej poprawki także wypowiedzi obraźliwych, nieuprzejmych, nieprzyzwoitych bądź pozbawionych dobrego smaku, o tyle przynajmniej w przypadku szkoły przesadzająca była kontekstualna analiza, na ile treść czy też sposób danego przekazu pozostają w danym czasie i miejscu kompatybilne z podstawowymi zadaniami placówki edukacyjnej¹³³. Fortas zaznaczył bowiem, że uczniowska wolność słowa musi być miarkowana uznaniem dla autorytetu instytucji państwowych w kontekście sprawowania kontroli nad zachowaniem osób uczęszczających do publicznych placówek. Przesłanką tego nadzoru musi być jednak uzasadniona obawa, że dany rodzaj komunikacji wywoła zaburzenia utrudniające bądź uniemożliwiające szkole wykonywanie jej standardowych funkcji. Sędzia konstatawał: „W naszym systemie niesprecyzowana obawa lub też lęk przed zaburzeniami nie stanowi dostatecznego argumentu przeważającego nad prawem do wolności ekspresji. Każde odejście od absolutnej jednolitości może spowodować zamieszanie. Jakikolwiek odstępianie od zdania większości może generować strach. Każde wypowiedziane słowo, czy to w klasie, czy to w stołówce, czy to na kampusie, które jest odmienne od poglądów innej osoby, może wywołać kłótnię czy rozpocząć zamieszki. Ale nasza Konstytucja nakazuje podjąć to ryzyko [...] a nasza historia mówi, że ten rodzaj otwartości – ten typ niebezpiecznej wolności – stanowi podstawę naszej narodowej siły oraz niezależności i wigoru Amerykanów, którzy dorastają i żyją w tym relatywnie permissywnym, często kłótliwym, społeczeństwie”. Nie wystarczy tedy, aby motywem represyjnego lub też supresyjnego działania władz szkolnych było pragnienie uniknięcia „dyskomfortu i nieprzyjemności, które zawsze towarzyszą wyrażeniu niepopularnej opinii”. Penalizowana bądź zabroniona ekspresja musiałaby – ciężar dowodu spoczywa tutaj na szkole – materialnie i substancjalnie kolidować ze stosownymi wymaganiami

¹³² F. Schauer, *Towards an institutional First Amendment*, Minnesota Law Review, vol. 89.

¹³³ Zob. K. Cmiel, *The politics of civility*, [w:] *The Sixties: from memory to history*, ed. by D. Farber, Chapel Hill 1994, s. 279 – 281. Cmiel powołuje się m.in. na późniejsze orzeczenie w sprawie *Grayned vs. City of Rockford* (408 U. S. Reports 104 z 1972 roku), w którym sędzia Marshall stwierdził (rozważając problem zakresu wolności słowa na terenie znajdującym się w pobliżu szkoły): „The crucial question is whether the manner of expression is basically incompatible with the normal activity of a particular place at a particular time”.

dyscyplinarnymi, których przestrzeganie jest potrzebne placówce do normalnego funkcjonowania. Wydaje się, iż słuszność posiada Joseph Blocher, który dostrzega w wyroku Fortasa dążenie do znalezienia równowagi pomiędzy prawem uczniów do wolności słowa oraz konieczną deferencją wobec instytucjonalnych warunków pozwalających szkole na pełnienie jej misji publicznej. Władza ograniczania swobody niezwiązanej bezpośrednio z procesem edukacyjnym interpersonalnej komunikacji pomiędzy uczniami jest bowiem, w ujęciu Fortasa, podporządkowana zadaniom szkoły (do których należy także wszechstronna promulgacja różnorodnych idei)¹³⁴. W każdym razie uzasadnienie *expressis verbis* deklarowało, że wyłożony powyżej standard nie został w tym konkretnym casusie spełniony, a wola zapobieżenia potencjalnemu zakłóceniu działania szkoły wywołanemu noszeniem opasek na ramieniu nie była w praktyce motywem wydanego przez władze zakazu. Co więcej, urzędnicy nie posiadali żadnych racjonalnych powodów, które pozwalałyby im w sposób usprawiedliwiony antycypować powstanie takowych konsekwencji. Wnioskodawcy skrupulatnie realizowali swoje obowiązki szkolne, a ich jedynym odstępstwem było „noszenie na rękawie opaski z czarnego materiału wielkości około dwóch cali. Nosili ją, aby wyrazić dezaprobatę wobec działań zbrojnych w Wietnamie, aby promować zawieszenie broni, aby jasno wyrazić swe poglądy oraz aby, poprzez własny przykład, wpłynąć na innych [...] Nie zakłócali szkolnych zajęć, nie próbowali wtrącać się w szkolne sprawy albo w życie innych. Wywołali dyskusję poza klasami, ale [...] nie naruszyli porządku”. Protestujący stali się wprawdzie obiektem nieprzyjaznych uwag ze strony kilku innych uczniów, ale nie doznali żadnych aktów przemocy (a nawet nie byli adresatami bezprawnych gróźb). Na zakończenie omawiania tego wątku uzasadnienia warto zwrócić uwagę, że przy ustalaniu obowiązującego standardu ochrony wolności słowa Fortas posiłkował się, co najpewniej nieuniknione, bliżej niedookreślonymi pojęciami. Nie może tedy dziwić fakt, że w literaturze przedmiotu pojawiają się diametralnie różne interpretacje orzeczenia. Przykładowo w przeświadczeniu Rogera J. R. Levesque’a, proponowany przez Fortasa poziom ochrony uczniowskiej swobody wypowiedzi jest relatywnie niski¹³⁵; zdaniem Nancy C. Cornwell, o ile samo orzeczenie zapewniło istotną protekcję ekspresji uczniów, o tyle przeprowadzana sukcesywnie sądowa wykładnia terminów zawartych w fortasowskim standardzie pozwoliła na poważną redukcję pierwotnego poziomu ochrony¹³⁶; konserwatywni komen-

¹³⁴ J. Blocher, *Institutions in the marketplace of ideas*, Duke Law Journal, vol. 57. Warto dodać, że przedstawiona przez Fortasa wizja roli szkoły koresponduje z tezami Jacksona zawartymi w wyroku w sprawie *Barnette*.

¹³⁵ R. J. R. Levesque, *Dangerous adolescents, model adolescents: shaping the role and promise of education*, New York – Boston – Dordrecht – London – Moscow 2002, s. 83.

¹³⁶ N. C. Cornwell, *Freedom of the press: rights and liberties under the law*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2004, s. 139. Dobrą egzemplifikacją może być tu orzeczenie SN w sprawie

tatorzy lamentują zaś nad korozyjnym oraz subwersywnym wpływem orzeczenia, które miało utrudniać szkole wszczepianie młodym Amerykanom cnót obywatelskich i lojalności względem instytucji państwowych oraz zniechęcać nauczycieli do jakże potrzebnego dyscyplinowania podopiecznych¹³⁷. W mojej ocenie, orzeczenie znalazło rozsądny kompromis pomiędzy dwiema konstytucyjnie doniosłymi wartościami.

Ostatnim kluczowym wątkiem uzasadnienia była kwestia niekierowania się przez szkołę w swoich działaniach zasadą neutralności treściowej. Skoro represywna aktywność władz w przedmiotowej sprawie w sposób ewidentny wynikała z pragnienia stłumienia antywojennego przekazu symbolizowanego przez nałożenie czarnych opasek¹³⁸, to *ipso facto* dyskryminowała ona uczniów z uwagi na głoszone przez nich przekonania. Na rzeczony fakt zwrócił już uwagę Warren podczas poprzedzającej wydanie wyroku narady sędziowskiej¹³⁹. Jak argumentował w uzasadnieniu Fortas, „władze szkolne nie usiłowały zakazać noszenia dowolnych symboli o politycznym bądź kontrowersyjnym wydźwięku. Zebrany materiał dowodowy potwierdza, że uczniowie [...] nosili odznaki związane z krajowymi kampaniami politycznymi, a niektórzy z nich mieli nawet na sobie Żelazne Krzyże, tradycyjne symbole nazimu. Dyrektywa zakazująca noszenia opasek na ramionach nie dotyczyła powyższych przypadków. Zamiast tego pewien szczególny symbol – czarne opaski założone w celu oprostowania zaangażowania państwa w Wietnamie – został wyodrębniony, a jego noszenie zabronione”. Tymczasem takie selektywne ograniczenie prawa do wolności wypowiedzi łamie zasadę bezstronności władz publicznych na wolnym rynku idei. Oczywiście – stwierdzał sędzia – trzeba w tym miejscu jasno powiedzieć, iż zakaz treściowej dyskryminacji nie posiada charakteru bezwzględny. Czynienie takich dystynkcji musi być jednakowoż umotywowane ważnymi względami. Fortas podsumował, że ustawa zasadnicza nie pozwala na wybiórcze ograniczanie prawa uczniów do wolności ekspresji bez klarownego pokazania, że taka selektywność jest usprawiedliwiona potrzebą zapobieżenia wspomnianemu już materialnemu i substancjalnemu zakłóceniu dyscypliny niezbędnej do prowadzenia przez

Hazelwood School District vs. Kuhlmeier, 484 U. S. Reports 260 (1988), aprobujące daleko posuniętą cenzurę szkolnych gazetek, bądź też wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Bethel School District nr 403 vs. Fraser, 478 U. S. Reports 675 (1986), pozwalający nauczycielom karać uczniów za słowa wypowiedziane w toku kampanii o miejsce w samorządzie szkolnym.

¹³⁷ Zob. np. W. Berns, *The First Amendment and the future of American democracy*, New York 1976, s. 207 – 208; R. E. Morgan, *Disabling America: the “rights industry” in our time*, New York 1984, s. 65 – 67.

¹³⁸ Zob. Ch F. Howlett, *Conscience and the Courts: teachers and students against war and militarism*, [w:] *Give peace a chance: explaining the Vietnam antiwar movement. Essays from the Charles DeBenedetti Memorial Conference*, ed. by M. Small and W. D. Hoover, Syracuse 1992, s. 229.

¹³⁹ D. Dickson, *The Supreme Court in conference (1940 – 1985): the private discussions behind nearly 300 Supreme Court decisions*, London – New York 2001, s. 357.

szkołę normalnej działalności. Orzeczenie przyjmowało tedy zasadę, że również w szkolnych murach rządowi (instytucjom publicznym) nie wolno bez istnienia dostatecznych powodów opowiadać się, bezpośrednio czy pośrednio, po jednej ze stron publicznej debaty¹⁴⁰.

Konstatacje Fortasa, podobnie jak przy okazji sprawy *Brown vs. Louisiana*, wywołały gwałtowny i pryncypialny sprzeciw ze strony Blacka¹⁴¹. Niewątpliwie ważnych determinant tego ostrego protestu należy poszukiwać, analogicznie jak w poprzednim przypadku, w sferze psychologicznej; krytycyzm sędziego wobec „ducha lat 60.”, młodzieżowej kontestacji czy też idei nieposłuszeństwa obywatelskiego w miarę upływu czasu ulegał dalszej radykalizacji. W znacznej mierze jednak zdanie odrębne Blacka może być wyjaśnione rosnącym znaczeniem, jakie w jego jurysprudencji zyskiwała dyrektywa wymagająca absolutystycznego pojmowania postanowień pierwszej poprawki. W jednym ze swoich wykładów sędzia mówił: „Niektórzy ludzie uznają zakazy Konstytucji, nawet jej najbardziej jednoznaczne komendy, wyłącznie za napomnienia, których Kongres nie zawsze musi przestrzegać. Ten punkt widzenia przyjmuje różne werbalne formy. Na przykład twierdzi się czasem, że Kongres może ograniczyć prawo konstytucyjne, jeżeli istnieje jasne i bezpośrednie niebezpieczeństwo, że wolne korzystanie z uprawnienia wywoła znaczące zło, któremu Kongres ma władzę zapobiegać. Albo mówi się także, iż prawo może być ograniczone, jeżeli jego egzekwowanie spowodowałoby tak wielką szkodę dla interesu publicznego, że taka szkoda przeważałaby nad krzywdą jednostki, która zostałaby pozbawiona swojego uprawnienia. Twierdzi się również, że gwarancje Karty Praw muszą «konkurować» o przeżycie w rywalizacji z ogólnymi kompetencjami prawodawczymi wprost przyznanymi Kongresowi, a indywidualny interes musi, jeżeli pojawia się ważniejszy interes publiczny, ustąpić przeciwnemu

¹⁴⁰ Por. W. R. Huhn, *Compelling lessons in the First Amendment: Michael Kent Curtis, free speech, "The People's darling privilege". Struggles for freedom of expression in American history*, Constitutional Commentary, vol. 19; M. R. Arbuckle, *Reasonable inferences and substantial evidence: how the U. S. Supreme Court side-stepped the First Amendment in upholding content-based must-carry rules in its Turner decision*, Communications and the Law, vol. 22.

¹⁴¹ Kilkudzaniowe *votum separatum* autorstwa Harlana było bardziej umiarkowane, pokazując tym samym jego gotowość, mimo zasadniczo konserwatywnej perspektywy, do przyznania ekspresyjnym zachowaniom ochrony konstytucyjnej, T. E. Yarbrough, *John Marshall Harlan: great dissenter of the Warren Court*, New York 1992, s. 317 – 318. Clou argumentacji sędziego była kwestia *onus probandi*, *idem*, *Mr. Justice Black and his critics*, Durham 1998, s. 148. Harlan aprobował pogląd o obowiązywaniu pierwszej poprawki w murach szkoły publicznej i akceptował udzielenie stosownej ochrony symbolicznej aktywności polegającej na noszeniu opasek na ramionach; wskazywał jednak zarazem na potrzebę przyznania władzom szkoły szerokiego marginesu swobody, by mogły efektywnie utrzymywać dyscyplinę. Aby podważyć regulacje w rodzaju tych zaproponowanych w analizowanym przypadku, wnioskodawcy musieliby dowieść, że działania placówek oświatowych były motywowane niedopuszczalnymi konstytucyjnie przesłankami (np. zamiarem supresji niepopularnego poglądu). W przedstawionym stanie faktycznym wnioskodawcy nie spełnili tego wymogu w dostateczny sposób.

interesowi rządu [...] Wszystkie te sformułowania [...] przynajmniej częściowo opierają się na założeniu, że ustawa zasadnicza nie zna «absolutnych» zakazów, a wszelkie konstytucyjne problemy są kwestią racjonalności, bliskości i stopnia [...] Nie mogę zaakceptować takiego podejścia do Karty Praw. Wierzę bowiem, że w naszej Karcie Praw są «absoluty», celowo umieszczone tam przez ludzi rozumiejących znaczenie słów oraz pragnących, by wskazane zakazy były «absolutne»¹⁴². Sędzia akceptował wprowadzenie niewielkich odstępstw od tego kanonu interpretacyjnego, ale utrzymywał, że dla zasadniczej wykładni pierwszej poprawki (i innych regulacji Karty Praw) posiadają one równie śladowe znaczenie, jak wypukłości dostrzegalne wyłącznie przez szkło powiększające dla oceny, czy blat biurka jest gładki¹⁴³. Jak konkludował Alexander Meiklejohn, Black żywił przekonanie, że „postanowienia Karty Praw to stwierdzenia «uniwersalne». W formie afirmatywnej mówią, że «wszystkie są»; w formie negatywnej mówią, iż «żaden nie jest». Takowe stwierdzenia nie podlegają jakimkolwiek wyjątkom. Jako uniwersalia odnoszą się, słusznie bądź niesłusznie, jasno bądź niejasno, do każdego elementu klasy zachowań desygnowanego przez zawarte w nich pojęcia”¹⁴⁴. (Pozornie) paradoksalną konsekwencją przyjęcia absolutystycznego wariantu interpretacji pierwszej poprawki jest obniżenie w niektórych przypadkach poziomu ochrony udzielanego formułowanym w realnym świecie wypowiedziom. Wynika to z dwóch przyczyn. Po pierwsze, orędownicy absolutyzmu, zazwyczaj w sposób bardzo rygorystyczny, odróżniają słowa od czynów i są zdecydowanie niechętni poszerzaniu gwarancji pierwszej poprawki na nieskończoną liczbę ekspresyjnych zachowań oraz wypowiedzi symbolicznych¹⁴⁵. Po drugie, rzecznicy omawianego paradygmatu wykładni Karty Praw są częstokroć skłonni zaaprobować rozmaite unormowania regulujące, niejednokrotnie bardzo szeroko, formalne aspekty jakiejś wypowiedzi (np. czas lub też miejsce jej wygłoszenia). W ich ujęciu zatem powiedzieć można wszystko, ale nie w każdych okolicznościach. Wspomniane tu zabiegi pozwalają absolutystom na połączenie stanowiska o zawartej w konstytucji ochronie nieskrępowanej wolności słowa z akceptacją obowiązywania (nieuniknionych wszak w społeczeństwie) rozlicznych przepisów, które *de facto* limitują teoretycznie nieograniczoną swobodę wypowiedzi (także werbalnych).

¹⁴² H. L. Black, *The Bill of Rights. James Madison lecture*, [w:] *One man's stand for freedom: Mr. Justice Black and the Bill of Rights. A collection of his Supreme Court opinions*, ed. by I. Dillard, New York 1963, s. 33.

¹⁴³ R. K. Newman, *Hugo Black: a biography*, New York 1997, s. 413.

¹⁴⁴ A. Meiklejohn, *The First Amendment is an absolute*, [w:] *Free speech and association: the Supreme Court and the First Amendment*, ed. by P. B. Kurland, Chicago and London 1975, s. 4.

¹⁴⁵ Por. np. S. Easton, *The problem of pornography: regulation and the right to free speech*, London and New York 2005, s. 96.

W analizowanej sprawie Black nie podążył pierwszym ze wskazanych wyżej tropów. Nietrafny wydaje się tedy pogląd Howarda Balla, według którego sędzia potraktował noszenie opasek jako zachowanie, a nie jako ekspresję¹⁴⁶. Black posłużył się tu następującym zwrotem: „Zakładając, że Sąd ma rację twierdząc, że noszenie opasek w celu przekazania politycznych idei jest chronione przez pierwszą poprawkę [...]”. Oczywiście zastosowana frazeologia może wskazywać na istnienie pewnych wątpliwości w tym zakresie; Black w dalszej części swego uzasadnienia nie rozwijał jednak owego wątku. Kluczowym dlań zagadnieniem był natomiast problem, czy „uczniowie i nauczyciele mogą używać szkół, zgodnie ze swoimi zachciankami, jako platformy” służącej swobodnemu komunikowaniu dowolnych idei. Sędzia powtórzył tu znane już nam *dictum*: o ile pierwsza i czternasta poprawka autorytatywnie zabraniają stanom oraz rządowi federalnemu regulowania i cenzurowania wypowiedzi z uwagi na ich treść, o tyle nie kreują po stronie obywateli uprawnienia do „wygłaszania przemówień lub organizowania demonstracji, kiedykolwiek bądź gdziekolwiek oni sobie tego życzą”. Oceniając postępowanie uczniów w badanym stanie faktycznym, Black przyznał, że ich zachowanie nie wiązało się ze stosowaniem przemocy, krzykami czy też posługiwaniem się wulgarnym językiem. Zwracał jednakowoż uwagę, że materiał dowodowy unaocznia, iż akt noszenia opasek na ramionach w tym konkretnym przypadku wzbudził określone reakcje pośród innych uczniów, wywołując komentarze (przychylne lub nieprzychylne), prowokując skierowane przeciwko protestującym werbalne ostrzeżenia, stymulując wyśmiewanie się z manifestacji i utrudniając prowadzenie normalnych zajęć. Tym samym wskazana wypowiedź symboliczna odwróciła umysły uczniów od nauki. Rzeczone zachowanie, nie powodując namacalnych zaburzeń natury dyscyplinarnej, niewątpliwie przeszkodziło zatem szkole w wykonywaniu jej misji edukacyjnej, koncentrując uwagę uczniów na „bardzo emocjonalnej kwestii wojny wietnamskiej”. Oczywiście bowiem jest, że młodzież nie jest w stanie „skoncentrować się na mniej ważnych zagadnieniach, kiedy w jej obecności są ostentacyjnie prezentowane czarne opaski przypominające o rannych oraz poległych w wojnie, z których część to przyjaciele i sąsiedzi”. Sędzia przekonywał również, iż zwrócenie uwagi innych uczniów na problem wietnamski było logicznym celem manifestacji. Wynika z tego, że zamiarem wnioskodawców nie było nic innego, jak utrudnienie normalnej działalności placówki edukacyjnej. Black sformułował także pewne generalizacje dotyczące problemu wolności słowa w szkole publicznej (w kontekście jej edukacyjnej misji): „Prawda jest taka, że nauczyciel w przedszkolu, szkole podstawowej czy szkole średniej nie dysponuje w szkolnych murach pełnym prawem do wolności słowa i ekspresji, podobnie jak antykatolik lub antysemita nie wno-

¹⁴⁶ H. Ball, *Hugo L. Black: cold steel warrior*, New York – Oxford 1996, s. 207.

si ze sobą pełnej wolności wypowiedzi i religii do katolickiej świątyni czy żydowskiej synagogi. Podobnie człowiek nie posiada absolutnego konstytucyjnego prawa do wejścia do siedziby Senatu lub też Izby Reprezentantów Stanów Zjednoczonych, albo do gmachu Sądu Najwyższego, albo do budynku jakiegokolwiek innego sądu, i do wygłaszania, w sposób sprzeczny z regułami funkcjonowania tych instytucji, dowolnych wypowiedzi na dowolne tematy. Przeciwny pogląd jest mitem [...] Również uczniowie szkół publicznych nie są do nich posyłani po to, aby za pieniądze publiczne komunikować swoje polityczne czy inne poglądy w celu edukowania bądź też informowania opinii społecznej”. Pierwotnym zamysłem przyświecającym tworzeniu szkół, którego nie wolno bynajmniej uznać za anachroniczny, było edukowanie istot pozbawionych stosownej wiedzy i doświadczenia. Jak dodawał Black, „być może naród porzucił już wyświechtany slogan, że «dzieci należy widzieć, a nie słyszeć»”, ale można ciągle żywić nadzieję, iż „podatnicy posyłają swoje potomstwo do szkoły po to, aby się tam [...] uczyło, a nie nauczało”. Podsumowując, dla sędziego szkoły publiczne, podobnie jak biblioteki, nie konstituowały adekwatnego forum dla nieskrępowanej debaty społecznej. Placówki oświatowe powinny stwarzać okazję do zdobywania wiedzy, a nie do angażowania się w polityczne dyskusje, tak poprzez „czyste słowo”, jak i poprzez wypowiedzi symboliczne.

W uzasadnieniu znalazły się jeszcze dwa godne poruszenia motywy. Po pierwsze, Black pryncypialnie skrytykował większość za brak stosownej sędziowskiej wstrzeмиęźliwości. Bez większego trudu można zauważyć, iż jego język przypominał w niektórych fragmentach tezy Felixa Frankfurtera (co stanowi interesujący paradoks)¹⁴⁷. Zdaniem sędziego, wyrok Fortasa zapoczątkowuje całkowicie nową erę, w której nadzór nad szkołami publicznymi spoczywa w rękach judykatury, a Sąd Najwyższy uzurpuje

¹⁴⁷ Stanowisko Blacka w sprawie potrzeby (konieczności) zachowania przez władzę sądowniczą powściągliwości w kwestionowaniu rozstrzygnięć legislacyjnych było dość skomplikowane i, jako takie, pozostaje przedmiotem poważnych kontrowersji w literaturze. Z jednej strony bywa on określany mianem „gorliwego praktyka sędziowskiego aktywizmu” (F. H. Rudko, *Truman's Court: a study in judicial restraint*, New York 1988, s. 4); z drugiej – wskazuje się, iż Black często nie odżegnywał się od nakłaniania innych sędziów do wstrzeмиęźliwego korzystania z uprawnień do orzekania o niekonstytucyjności unormowań (por. Ch. Williams, *Hugo L. Black: a study in the judicial process*, Baltimore 1950, s. 99). Trafny wydaje się pogląd, że Black był gotowy przyznać władzy prawodawczej relatywnie szeroki margines swobody w odniesieniu do legislacji natury gospodarczej (był zdecydowanym zwolennikiem polityki New Deal autorstwa Franklina Delano Roosevelta, która napotykała silną opozycję w ówczesnym Sądzie Najwyższym); natomiast w sprawach dotyczących nieekonomicznych praw obywatelskich optował za śmiałym kwestionowaniem przez SN regulacji wątpliwych z punktu widzenia ustawy zasadniczej. W tym zakresie znajdował się więc z Felixem Frankfurterem na przeciwnych biegunach (A. Lewis, *The right to counsel*, [w:] *The spirit of American law*, ed. by G. S. Grossman, Boulder 2000, s. 367 – 368; W. H. Chafe, *The achievement of American liberalism: the New Deal and its legacies*, New York 2003, s. 68). Ostatnia prawidłowość dostarcza nam kolejnego potwierdzenia faktu, że Black nie postrzegał analizowanych przy okazji omawianej sprawy regulacji jako naruszających jednostkowe uprawnienia gwarantowane pierwszą poprawką.

sobie prawo do determinowania uczniowskiego rozkładu dnia. Black oskarżał większość o kierowanie się w orzeczeniu czysto personalnymi preferencjami i idiosynkrazjami. Orzeczenie jest bowiem emanacją periodycznie występującej w historii SN tendencji do eliminowania norm, które po prostu „nie podobają się” aktualnie dysponującemu w nim przewagą głosów obozowi, opierającemu swoje rozstrzygnięcia na bliżej niesprecyzowanych zarzutach w rodzaju „nieracjonalności”, „arbitralności”, „nieprzyzwoitości” bądź „nierozsądności” kwestionowanych regulacji. Tymczasem Sąd Najwyższy zobligowany jest do okazania deferencji władzom szkolnym w przynależnym im z natury rzeczy obszarze kompetencji, obejmującym precyzowanie zakresu przysługującej uczniom swobody ekspresji. Po drugie, Black zastosował także argumentację z równi pochyłej¹⁴⁸. Niebezpiecznym efektem wyroku może być bowiem otwarcie drogi ku systemowi ochłokratycznej pajdokracji. Sędzia oskarżał swoich oponentów o promowanie nowej ery rewolucyjnego permissywizmu, w której uczniowie będą czuć się upoważnieni do kwestionowania poleceń ich szkolnych opiekunów oraz będą wysuwać coraz dalej idące roszczenia (m.in. żądając prawa głosu w wyborach). Jak z patosem twierdził Black, „niekontrolowana i niekontrolowalna wolność stanowi zagrożenie dla wewnętrznego ładu. Nie możemy zamykać oczu na fakt, że jednym z najpoważniejszych problemów kraju jest przestępczość młodzieży, zbyt często w wieku szkolnym. Dyscyplina w szkole, podobnie jak w domu rodzinnym, jest integralnym i doniosłym komponentem procesu wychowania naszych dzieci, by stały się dobrymi obywatelami”. Sędzia ponuro prorokował, że niedojrzali uczniowie zaczną wkrótce wierzyć, iż przysługującym im prawem jest przejęcie władzy nad instytucjami oświatowymi. Sąd Najwyższy, przyznając uczniom prawo do wolnej ekspresji i akceptując poluzowanie rygorów wychowawczych, czyni wszystkich zakładnikami najgłośniejszej, acz prawdopodobnie nie najmądrzejszej, grupy. W konkluzji Black stwierdził, iż orzeczenie poddaje system publicznej edukacji zachciankom i kaprysom nieletnich. Trudno zaprzeczyć, iż sędzia w tym miejscu zdawał się daleko odstępować od swoich domniemyanych absolutystyczno-libertariańskich pryncypiów¹⁴⁹. Kontrast pomiędzy powyższymi słowami a choćby uzasadnie-

¹⁴⁸ Na marginesie warto dodać, iż ten typ rozumowania jest często używany przez zwolenników wolności słowa, których zdaniem cenzurowanie lub represjonowanie określonego rodzaju wypowiedzi może powodować (i nader często powoduje) niekontrolowalną reakcję łańcuchową, której efektem bywa drastyczne zawężenie obszaru swobodnej ekspresji. Wynika to z trudnej do uniknięcia wieloznaczności języka stosowanego w przepisach prawnych, z naturalnych inklinacji urzędników odpowiedzialnych za stosowanie danej regulacji do poszerzania zakresu swoich kompetencji itp. W efekcie wyjątkowe ograniczenie wolności słowa łatwo może przekształcić się, niezgodnie z pierwotnymi intencjami legislatorów, w szeroki zakaz. Na ten temat zob. np. T. I. Emerson, *Toward a general theory of the First Amendment*, New York 1966, s. 20 – 21.

¹⁴⁹ Por. G. B. Melton, M. J. Saks, *The law as an instrument of socialization and social structure*, [w:] *The law as a behavioral instrument*, ed. by G. B. Melton, Lincoln 1986, s. 266.

niem napisanym przez Blacka przy okazji sprawy West Virginia State Board of Education vs. Barnette jest zaiste uderzający. W każdym razie blackowskie zdanie odrębne zespałało argumenty prawne z obserwacjami natury socjologicznej, co daje asumpt do tezy, iż jego podwaliną nie była chłodna i zdystansowana analiza znaczenia pierwszej poprawki.

5. Płonący krucyfiks jako wypowiedź symboliczna

Bodaj najbardziej niesławna amerykańska organizacja rasistowska – Ku-Klux-Klan – została utworzona wkrótce po wojnie secesyjnej (1866) w miejscowości Pulaski w stanie Tennessee przez sześciu weteranów wspomnianego konfliktu. Początkowo członkowie owego niejawnego ruchu odżegnywali się od bezpośredniego stosowania przemocy; deklarowanym celem było „jedynie” zastraszenie czarnoskórych mieszkańców USA i zniechęcenie ich w ten sposób do czynnej partycypacji w życiu politycznym. W ciągu kilku lat Klan uzyskał znaczną popularność w innych rejonach stanu, a następnie na całym południowym obszarze Stanów Zjednoczonych. W kwietniu 1867 roku w Nashville odbył się zjazd członków organizacji, w którego czasie przyjęta została konstytucja ruchu. Przywódcą (*Grand Wizard*) wybrano byłego generała wojsk Konfederacji Nathaniela Bedforda Forresta. Ku-Klux-Klan dość szybko zaczął odwoływać się do instrumentów terrorystycznych (jak np. zabójstwa, batożenie, okaleczanie czy też wieszanie oponentów) dla urzeczywistnienia swych ideologicznych zamierzeń, które sprowadzały się przede wszystkim do zapobieżenia emancypacji Murzynów oraz utrzymania na Południu rasowego *status quo*. Po początkowych sukcesach Ku-Klux-Klan zaczął tracić na znaczeniu, chociaż nigdy nie uległ całkowitej likwidacji¹⁵⁰. Ruch odrodził się w 1915 roku, kiedy to powstał tzw. drugi Klan. Doktryna zrewitalizowanej organizacji stanowiła, popularne w okresie dwudziestolecia międzywojennego również w Europie, *mixtum compositum* idei (sprzeciw wobec rzekomo zdegenerowanej, dekadentckiej i moralnie zgangrenowanej nowoczesności; populistyczna wrogość względem obcych; antyelitaryzm; krytyka radykalnych lewicowych ideologii połączona z inkorporacją części głoszonych przez nie haseł; rasizm i antysemityzm), dostosowane do partokularnych amerykańskich warunków (np. głoszenie antykatolicyzmu i antypapizmu stanowiące pochodną protestanckiego ferworu religijnego)¹⁵¹. Od tego momentu Klan rozwijał się sinusoidalnie, a okresy względnej przynajmniej prosperity (szczyt potęgi w latach 20. i 30., przywrócenie znaczenia podczas bolesnych procesów desegregacji rasowej, druga połowa lat 70., tj. czas przewodniczenia organizacji przez Davida Duke’a)

¹⁵⁰ L. G. Davis, J. L. Sims-Wood, *The Ku-Klux-Klan: a bibliography*, Westport 1984, s. XIII – XIV.

¹⁵¹ S. M. Lipset, E. Raab, *The politics of unreason: right wing extremism in America, 1790 – 1970*, New York 1970, s. 99, 117 i n.

przeplatały się z okresami regresu i praktycznie całkowitego zahamowania aktywności ruchu (lata 40. i 50., koniec lat 60., ostatnie trzy dekady). Współcześnie Ku-Klux-Klan jest zdecentralizowany (a właściwie sfragmentaryzowany na wzajemnie niepowiązane ze sobą grupki), pozbawiony niekwestionowanego charyzmatycznego przywódcy oraz amorficzny. Nie dysponuje istotnymi wpływami społecznymi i posiada niewielu członków¹⁵². Niewątpliwie jednak pamięć o ruchu, którą utrwaliła m.in. kultura masowa, pozostaje ciągle żywa. Charakterystycznym znamieniem Ku-Klux-Klanu, wyjaśniającym w dużym stopniu powszechną rozpoznawalność organizacji, było przywiązywanie przez jego członków dużego znaczenia do sfery ceremonialnej. Maski na twarzach, rytualne szaty, oryginalna pod względem nazewniczym hierarchia organizacyjna, posługiwanie się symboliką szubienicznego sznura – wszystkie wskazane elementy stanowią o specyfice Klanu. Oczywiście symbolem kojarzonym niemal automatycznie z organizacją jest płonący krucyfiks, stanowiący *par excellence* ekspresyjne zachowanie w rozumieniu nadanym temu terminowi przez Sąd Najwyższy. Warto uświadomić sobie, że na gruncie amerykańskim stojący w ogniu krzyż jest równie wyrazistym metaforycznym wyrazem przemocy czy ucisku, jak znak swastyki, gilotyna lub choćby Mur Berliński w realiach europejskich¹⁵³. Dla części badaczy płonący krucyfiks (pojmowany jako sposób komunikowania idei czy emocji) nie jest zresztą zjawiskiem wewnątrzlingwistycznym, ale wręcz idealnym przykładem austinowskiej perlokucji¹⁵⁴, wywołującym określone i realne skutki w rzeczywistości¹⁵⁵. Kwestia, w jakim zakresie tego typu wypowiedź symboliczna podlega ochronie pierwszej poprawki, stanowiła przedmiot dwóch orzeczeń Sądu Najwyższego. Przed przystąpieniem do ich szerszej analizy należy najpierw pokrótce przedstawić jurysprudence SN w odniesieniu do trzech problemów, które są kontekstualnie istotne dla rozstrzygnięcia kwestii konstytucyjności palenia krzyży. Chodzi tutaj o – rozważane z perspektywy wolności wypowiedzi – groźby karalne, tzw. „fighting words” oraz mowę nienawiści („hate speech”). Płonący krucyfiks może bowiem (przynajmniej w niektórych okolicznościach) zostać zakwalifikowany jako wypowiedź mieszcząca się w ramach jednej ze wspomnianych powyżej kategorii (a taka kategoryzacja rzutowałaby bądź potencjalnie mogła rzutować na przysługujący temu ekspresyjnemu zachowaniu poziom konstytucyjnej protekcji).

¹⁵² Zob. J. George, L. Wilcox, *Nazis, communists, Klansmen, and others on the fringe: political extremism in America*, Buffalo 1992, s. 395 – 411; S. E. Atkins, *Encyclopedia of modern worldwide extremists and extremist groups*, Westport 2004, s. 164.

¹⁵³ G. L. Gullickson, *La Pétroleuse: representing revolution*, *Feminist Studies*, vol. 17, s. 241.

¹⁵⁴ Zob. np. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1998, s. 48 – 49.

¹⁵⁵ I. Sluiter, R. M. Rosen, *General introduction*, [w:] *Free speech in classical antiquity*, ed. by *idem*, Boston 2004, s. 2

A. Groźby

W najogólniejszym pojmowaniu terminu, groźba stanowi typ wypowiedzi, poprzez którą osoba A informuje osobę B, iż zamierza, wskutek podjęcia określonego działania (względnie wskutek zaniechania działania, co do podjęcia którego osoba A jest zobowiązana moralnie lub prawnie), pogorszyć sytuację adresata przekazu (ewentualnie z zastrzeżeniem, iż osoba B jest w stanie uniknąć owych przykrych dla siebie konsekwencji, jeżeli zachowa się w odpowiedni, tzn. pożądanym przez groźącego, sposób). Pojęcie groźby implikuje zatem istnienie po stronie podmiotu groźącego przynajmniej istotnego stopnia kontroli nad pojawieniem się (bądź nie) niepożądanych przez osobę B okoliczności¹⁵⁶. Oczywiście znaczna część gróźb pozostaje poza obszarem zainteresowania porządku prawnego; ten typ komunikacji jest zresztą zjawiskiem najzupełniej naturalnym, niejednokrotnie moralnie uzasadnionym lub też indyferentnym, oraz rozpowszechnionym w życiu codziennym. Przedmiotem reakcji państwa, a w szczególności prawa karnego, są przede wszystkim sytuacje, w których osoba wypowiadająca daną groźbę zapowiada podjęcie działań sprzecznych z prawem, takich jak pobicie, rabunek, zabójstwo czy inne nielegalne sposoby wyrządzenia szkody¹⁵⁷. Jakkolwiek kuriozalnie by to nie brzmiało, penalizacja gróźb stanowi wyjątek od zasady wolności słowa. Co więcej, państwo interweniuje tu w oparciu o regułę dyskryminacji treściowej (nakładając sankcję na określoną wypowiedź bezpośrednio z uwagi na merytoryczną zawartość tej ostatniej), co jest generalnie zabronione przez konstytucję. Podstawą karalności tego rodzaju ekspresji jest bowiem jej komunikatywny skutek czyli efekt, jaki groźba wywiera na jej adresata¹⁵⁸. Wskazany wyjątkowy status groźby z perspektywy ustawy zasadniczej nie budzi naturalnie poważniejszych wątpliwości nawet u najbardziej żarliwych rzeczników idei wolności słowa. Jak zauważają komentatorzy, mało kto uznałby prawo kryminalizujące zagrożenie zamachem Prezydentowi Stanów Zjednoczonych za niedopuszczalne naruszenie pierwszej poprawki. Społeczne zło wynikające z takiej ekspresji radykalnie przewyższa jej potencjalną społeczną wartość. Uwzględniając różne racjonalizacje usprawiedliwiające maksymalnie szeroką ochronę swobody wypowiedzi, wartościowość gróźb okazuje się zresztą znikoma lub wręcz nieistniejąca. Groźba nie dostarcza żadnych istotnych informacji, nie przekazuje jakichkolwiek doniosłych idei (poza wyra-

¹⁵⁶ Por. np. B. Steinbock, *Coercion and long-term contraceptives*, Hastings Center Report, vol. 25; J. Raz, *The morality of freedom*, Oxford 1988, s. 36.

¹⁵⁷ Innym przykładem groźby podlegającej sankcjom w wielu systemach normatywnych jest szantaż. W tym przypadku autor groźby zapowiada podjęcie formalnie legalnego działania (najczęściej rozpowszechnienia jakichś kompromitujących informacji), jeżeli osoba szantażowana nie zastosuje się do jego życzeń.

¹⁵⁸ S. J. Heyman, *Spheres of autonomy: reforming the content neutrality doctrine in First Amendment jurisprudence*, William & Mary Bill of Rights Journal, vol. 10, s. 667, 680.

żeniem woli wyrządzenia szkody drugiemu), nie wzbogaca rynku idei żadnymi wartościami, nie promuje swobodnej autoekspresji czy demokratycznej samorządności¹⁵⁹. W literaturze wyróżnia się przynajmniej cztery podstawowe przesłanki legitymizujące wprowadzenie karalności niektórych gróźb. Po pierwsze, uprawnionym celem władz publicznych jest ustanowienie chociażby minimalnego poziomu ochrony psychicznego dobrostanu obywateli. Wzbudzając u swej ofiary uczucie lęku, strachu bądź nawet przerażenia, autor groźby może wyrządzić jej adresatowi poważne szkody natury psychologicznej (łącznie z możliwością wywołania zmian natury psychosomatycznej). Po drugie, penalizacja tego rodzaju wypowiedzi pozwala zapobiec wystąpieniu w życiu ofiary rozlicznych komplikacji, zamieszania czy trudności, które już sam fakt sformułowania groźby może wywołać (konieczność poniesienia dodatkowych kosztów związanych z zapewnieniem sobie poczucia bezpieczeństwa, modyfikacja planów życiowych itp.). Po trzecie, w liberalno-demokratycznym społeczeństwie obywatele nie powinni być, bez uzasadnionych przyczyn, zmuszani do postępowania wbrew ich autonomicznej woli (groźba stanowi środek przymusu mający zagwarantować jej autorowi, iż ofiara zachowa się zgodnie z jego preferencjami). Po czwarte, karalność gróźb stwarza unikalną szansę unieszkodliwienia potencjalnego agresora czy napastnika jeszcze zanim zdąży on popełnić czyn zabroniony związany z zastosowaniem przemocy¹⁶⁰. Jak łatwo zauważyć, penalizacja gróźb posiada liczne walory prewencyjne.

O ile tedy postulat karalności niektórych gróźb jako taki nie budzi właściwie większych kontrowersji, o tyle znacznie bardziej problematyczne (zwłaszcza uwzględniając perspektywę aksjologiczną związaną z pierwszą poprawką) jest zagadnienie, jakie kryteria winna spełniać określona wypowiedź, by zostać zakwalifikowana jako groźba podlegająca represji karnej (np. na ile musi być klarowna znaczeniowo i bezpośrednia, a jej wykonanie realne oraz bliskie pod względem temporalnym). Jak pisze Franklyn S. Haiman, „groźba wypowiedziana przez 125-funtowego słabeusza pod adresem 250-funtowego futbolisty nie jest tym samym, co groźba sformułowana przez gang nastolatków znanych z gotowości do stosowania przemocy, iż każda osoba, która wkroczy na ich terytorium, zostanie pobita bądź zabita. Do zastraszenia pewnych ludzi wystarczające jest złowrogie spojrzenie lub też lekko krytyczny komentarz; natomiast innych nie przerazi nawet sunący na nich buldożer. Napad rabunkowy z użyciem plastikowej albo niezaładowanej broni będzie skuteczny, jeżeli ofiara uwierzy, że pistolet jest prawdziwy;

¹⁵⁹ S. E. W. Malloy, R. J. Krotoszynski, Jr., *Recalibrating the cost of harm advocacy: getting beyond Brandenburg*, William and Mary Law Review, vol. 41.

¹⁶⁰ J. E. Rothman, *Freedom of speech and true threats*, Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 25.

jeśli jednak zorientuje się, jaka jest prawda, napad nie powiedzie się”¹⁶¹. W interesującym nas tu kontekście orzecznictwo Sądu Najwyższego posługuje się terminem „autentyczna groźba” (*true threat*), nie podając wszelako jego precyzyjnej definicji oraz rozstrzygając powstające na tym tle dylematy wyłącznie w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Oczywiście na podstawie analizy poszczególnych wyroków jesteśmy w stanie wyprowadzić pewne generalne konkluzje. Wiemy przykładowo, że należy odróżnić autentyczne groźby od hiperboli czy też prymitywnych przenośni; wiemy też, iż pierwsza poprawka nie chroni w szczególności gróźb zastosowania przemocy, które mogą być uznane za realne, ale chroni zagrożenie ostracyzmem i obmawianiem¹⁶². Możemy zarazem przypuszczać, że autentyczna groźba musi być możliwa do wykonania, które zostaje umiejscowione w relatywnie bliskiej czasowo przyszłości. Dana wypowiedź powinna być też intersubiektywnie rozpoznawalna jako groźba (należałoby więc uwzględniać przy ocenie ekspresji punkt widzenia jej autora, optykę jej adresata i perspektywę niezaangażowanego emocjonalnie racjonalnego obserwatora). Po stronie podmiotu grożącego musi także, jak można domniemywać, istnieć stosowny zamiar. Przy interpretacji określonej wypowiedzi jako autentycznej groźby trzeba również uwzględniać jej partykularne znaczenie z subiektywnej perspektywy osób uczestniczących w danym stanie faktycznym, a nie tylko jej obiektywny sens. W każdym razie linia orzecznictwa SN, przynajmniej do chwili rozpoznania spraw dotyczących konstytucyjności penalizacji praktyki publicznego palenia krucyfiksów, nie dostarczała nam w tym zakresie wyczerpujących i w pełni miarodajnych standardów. Wydaje się, iż należy zaakceptować pogląd Scotta P. R. Gratteta, zgodnie z którym wypowiedź spełnia kryteria autentycznej groźby wtedy i tylko wtedy, gdy osoba wypowiadająca się jest zdolna do jej wprowadzenia w życie w bliskim horyzoncie czasowym (przynajmniej w ocenie osoby, do której groźba jest skierowana) oraz sprawia wiarygodne wrażenie, jakby rzeczywiście była gotowa to uczynić¹⁶³. Na zakończenie warto nadmienić, iż wykładnia danej ekspresji powinna być przeprowadzona w sposób skontekstualizowany i dostosowany do okoliczności miejsca i czasu wypowiedzi. Konieczne jest zatem odwołanie się do egzegezy pragmatycznej. Potrzebę tę bardzo dobrze ilustruje przykład podany przez Kenwortheya Bilza. „Byłoby szkoda, gdyby ktoś pokiereszował tę ładną buźkę” – zda-

¹⁶¹ F. S. Haiman, *“Speech acts” and the First Amendment*, Carbondale and Edwardsville 1993, s. 17.

¹⁶² G. R. Blakey, B. J. Murray, *Threats, free speech, and the jurisprudence of the federal criminal law*, Brigham Young University Law Review, 2002, s. 921 – 930. Relewantne sprawy to przed wszystkim *Watts vs. United States*, 394 U. S. Reports 705 (1969) i *National Association for the Advancement of Colored People vs. Claiborne Hardware Co*, 458 U. S. Reports 886 (1982).

¹⁶³ S. P. R. Grattet, *Judicial rhetoric, meaning-making and the institutionalization of hate crime law*, Law & Society, vol. 34, s. 582.

nie to jest w wielu przypadkach ewidentną pogroźką, a jej autor nie powinien mieć możliwości skutecznej obrony przed represją karną w oparciu o „kreatywną grę słów” pokazującą, iż stwierdzenie to formalnie nie zawiera deklaracji intencji wyrządzenia krzywdy, a jedynie stanowi wyraz estetycznych upodobań¹⁶⁴. Stąd też, jak celnie konstatuje Miranda O. McGowan, dystynkcja między niechronioną przez konstytucję groźbą a chronionym słowem częstokroć nie polega na użyciu odmiennych pojęć, składni, gramatyki bądź środków wyrazu, ale ufundowana jest na „kulturowym rozumieniu” sensu wypowiedzi przez uczestników procesu komunikacji (dla którego istotne znaczenie ma miejsce ekspresji, wzajemne relacje pomiędzy stronami konwersacji, tradycje kulturowe itp.)¹⁶⁵. Podsumowując, nie może budzić wątpliwości fakt, że publiczne posłużenie się symbolem płonącego krzyża w wielu przypadkach (choćby w nocy przed położonym na odludziu domostwem zamieszkanym przez czarnoskórą rodzinę) konstituować będzie autentyczną groźbę i pozostawać poza sferą objętą rękojmiami pierwszej poprawki. Równie oczywiste jest jednak, że nie każdy taki czyn wyczerpuje znamiona groźby karalnej. Potencjalne usankcjonowanie bezwyjątkowego zakazu tego rodzaju ekspresji musiałoby przeto opierać się na odmiennej racjonalizacji.

B. „Fighting words”

Pojęcie „fighting words” nie posiada adekwatnego odpowiednika na gruncie polskiego porządku prawnego. Po raz pierwszy, przynajmniej w odniesieniu do wolności wypowiedzi, załączki rzeczowej koncepcji pojawiły się w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA przy okazji sprawy *Cantwell vs. Connecticut*¹⁶⁶ (jeszcze bez posłużenia się wzmiankowanym terminem). Świadek Jehowy Newton Cantwell został skazany za podburzanie innych osób do naruszenia porządku publicznego, a jego przestępstwo polegało na wykorzystaniu przenośnego fonografu do puszczenia dwóm przechodniom wyznania rzymskokatolickiego (zresztą za ich pierwotną zgodą) nagrania atakującego ich denominację oraz podstawowe religijne pryncypia. O ile dla naszych rozważań samo rozstrzygnięcie sprawy przez SN nie ma większego znaczenia, o tyle należy odnotować, iż Sąd zwrócił uwagę na fakt, iż wypowiedzi Cantwella były obraźliwe dla słuchaczy w tak dużym stopniu, że przynajmniej jeden z nich, zgodnie z własnym zeznaniem, zapragnął odwołać się do przemocy fizycznej i uderzyć prozelitę. Uznając taką reakcję w tym konkretnym przypadku za nieuzasadnioną, SN skonstatował jednakowoż, że pro-

¹⁶⁴ K. Bilz, *Speaking of crime: the language of criminal justice*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 96.

¹⁶⁵ M. O. McGowan, *Certain illusions about speech: why the free-speech critique of hostile work environment harassment is wrong*, *Constitutional Commentary*, vol. 19.

¹⁶⁶ 310 U. S. Reports 296 (1940).

wokacyjne i nieprzyzwoite odwoływanie się w dyskusji do epitetów i obelżywego języka nie stanowi „w żadnym właściwym sensie chronionego przez Konstytucję komunikowania informacji czy też poglądów” i może kreować podstawę do wymierzenia obrażającemu sankcji karnej. Istotnym w przedmiotowej sprawie jest przede wszystkim fakt, że wypowiedzanie obraźliwych słów, na gruncie wyroku, może być traktowane jako podburzanie do naruszenia publicznego *decorum*, jeżeli usprawiedliwioną (jeśli nie prawnie, to przynajmniej po części moralnie) reakcją na ten typ ekspresji ze strony adresatów jest retribucja w postaci przemocy. Oczywiście poziom tej obraźliwości danej wypowiedzi musi być znaczny (w omawianym casusie Cantwell wszak nie przekroczył dopuszczalnej granicy wolności słowa, mimo że wywołał wzburzenie u swoich słuchaczy). Jaka jest racjonalna i aksjologiczna podbudowa przyjęcia takiego stanowiska? W podstawowym sensie możemy wyróżnić tutaj argument pragmatyczny oraz moralistyczny. W pierwszym kontekście, skoro najzupełniej fundamentalnym elementem tej doktryny prawnej jest obawa, że adresaci określonego przekazu uciekną się do literalnie rozumianej przemocy, to celem penalizacji obelg jest zapobieżenie potencjalnej eskalacji sporów i konfliktów, która wiązałaby się z ich transpozycją ze sfery werbalnej do sfery pozawerbalnej wraz ze wszystkimi pejoratywnymi konsekwencjami rzeczzonego procesu dla utrzymania porządku publicznego¹⁶⁷. Natomiast w aspekcie moralistycznym zwolennicy penalizacji tego rodzaju ekspresji mogliby podpisać się pod słowami Simone Chambers: „Wypowiadając się werbalnie, przekonujemy, zamawiamy, obiecujemy, zapewniamy, oszukujemy, uczymy, karcimy, chwalimy, leczymy i dyskutujemy. To wyłącznie mała porcja przykładów pokazujących, co robimy używając słów. Oczywiście za pomocą słów toczymy także walki. Uzbrajamy się w słowa, albowiem są one skuteczną bronią, jeżeli tylko zostaną zastosowane w odpowiedni sposób. Przy użyciu słów możemy nawet zabijać i [...] uderzać się po głowach. Mówienie jest lepsze niż walka” wtedy i tylko wtedy, gdy poprzez nasze wypowiedzi nie wyrządzamy krzywdy drugiemu. A zatem „jedynie słowa, które nie ranią, są czymś innym od walki, podobnie jak tylko słowa niebędące groźbą, zastraszaniem bądź też wymuszaniem są czymś innym od stosowania przymusu”¹⁶⁸. Wprowadzenie karalności posługiwania się taką frazeologią można uzasadnić też na gruncie kantowskiego imperatywu kategorycznego oraz na podstawie teorii bezpośredniej krzywdy, zgodnie z którą istnieją słowa raniące ich adresata w sposób intencjonalny oraz bezpośredni z pominięciem jakiegokolwiek odwołania się do rozumu czy sumienia określonego odbiorcy (i jako takie, z moralnej perspektywy, niezasługują-

¹⁶⁷ Por. M. Hajdun, *The law of sexual harassment*, Selinsgrove 2002, s. 135.

¹⁶⁸ S. Chambers, *Reasonable democracy: Jurgen Habermas and the politics of discourse*, Ithaca 1996, s. 7.

ce na protekcję pierwszej poprawki)¹⁶⁹. Jak konkluduje Walter Gellhorn, poważne obelgi lub inwektywy reprezentują ten typ komunikacji werbalnej, który jest równocześnie rodzajem działania (podobnie jak np. oferta przekupstwa); ich penalizacja opiera się na dyferencjacji przekazywania informacji i przekonań (choćby o bulwersującym charakterze) od obrażania innych pod pretekstem prowadzenia debaty¹⁷⁰.

Doktryna „fighting words” została sformułowana *expressis verbis* przez SN przy okazji rozpatrywania zasadniczej dla rozumienia pierwszej poprawki sprawy Chaplinsky vs. State of New Hampshire¹⁷¹. Okoliczności faktyczne wyglądały następująco. Świadek Jehowy Walter Chaplinsky rozdawał na ulicach miasta Rochester literaturę treści religijnej, krytykując przy tym alternatywne konfesje. Część przechodniów złożyła skargę na ręce komendanta miejskiej straży, że Chaplinsky nazywa inne religie „oszustwem”. W odpowiedzi komendant stwierdził, że postępowanie Chaplinsky’ego mieści się w granicach przewidzianych prawem, ostrzegając równocześnie tego ostatniego, że wzburzenie tłumu przekazywanymi przez niego tezami narasta. Nieco później doszło do przepychanek wywołanych przez ludzi zirytowanych enuncjacjami Chaplinsky’ego. W tym momencie jeden z policjantów zaczął eskortować prozelitę w stronę posterunku policji (nie dokonując jednakowoż aresztowania). Po drodze spotkali komendanta straży, który wypomniał Chaplinsky’emu uprzednie ostrzeżenie. W reakcji na tę wypowiedź, przyszły oskarżony nazwał komendanta „przeklętym oszustem” i „przeklętym faszystą” oraz określił władze Rochester mianem „faszystów” bądź „faszystowskich agentów”. Chaplinsky twierdził wprawdzie, że został sprowokowany do zelżenia komendanta przez zachowanie tego ostatniego (wyzwiska miały paść najpierw ze strony funkcjonariusza w połączeniu z nakazem „rozejście się”). Podsądny nie kwestionował jednak zasadniczo, iż użył wskazanych zwrotów względem strażnika¹⁷². W jednomyślnej decyzji Sąd Najwyższy, piórem Franka Murphy’ego, uznał, że skazanie Chaplinsky’ego na podstawie przepisów zakazujących obrażania innych osób w miejscach publicznych nie stanowi pogwałcenia ustawy zasadniczej. W przekonaniu sędziów, istnieją pewne precyzyjnie zdefiniowane oraz wąsko rozumiane rodzaje wypowiedzi, których konstytucyjny status jest całkowicie klarowny. Ekspresja mieszcząca się w takowych kategoriach jest wykluczona spod zakresu normowania pierwszej poprawki, która nie posiada wymiaru absolutnego i nie przydziela każdemu słowu konstytucyjnego immunitetu. Nie budzi

¹⁶⁹ D. A. Downs, *Nazis in Skokie. freedom, community, and the First Amendment*, Notre Dame 1985, s. 125 – 127.

¹⁷⁰ W. Gellhorn, *American rights: the Constitution in action*, New York 1960, s. 50 – 51, 54.

¹⁷¹ 315 U. S. Reports 568 (1942).

¹⁷² R. A. Smolla, *Jerry Falwell v. Larry Flynt: the First Amendment on trial*, New York 1988, s. 184 – 185.

bowiem żadnych wątpliwości fakt, że wulgaryzmy, wypowiedzi obsceniczne, sformułowania zniesławiające (w szerokim znaczeniu pojęcia) i „fighting words” „nie stanowią esencjonalnej części procesu prezentacji poglądów i mają na tyle nikłą wartość z perspektywy odkrywania prawdy, że jakiegokolwiek pożytki społeczne z nich płynące są w oczywisty sposób podrzędne wobec społecznego interesu polegającego na zapewnieniu porządku i moralności”. Orzeczenie jest symptomatyczne dla ówczesnych czasów, albowiem dzisiejsza optyka Sądu Najwyższego (aczkolwiek niepodzielana przez wszystkich sędziów, co udowodni chociażby analizowana w następnym rozdziale sprawa dopuszczalności penalizacji tańca nago) zdaje się wykluczać tak szerokie zdefiniowanie kompetencji policyjnych państwa w obszarze ochrony moralności¹⁷³. Bez wątpienia trafny jest pogląd Achala Mehry, że wyrok dezawuował interpretację pierwszej poprawki jako wehikułu mającego zabezpieczyć obywatelom niczym nieskrępowane prawo do swobodnego komunikowania się bez uwzględnienia natury danego przekazu¹⁷⁴ (na gruncie wyroku nie możemy, powołując się na ustawę zasadniczą, powiedzieć drugiemu człowiekowi wszystkiego, co o nim myślimy...). Orzeczenie jest również ilustracją (a właściwie pierwszą wprost wyrażoną werbalizacją) paradygmatu tzw. kategoriałnego równoważenia, zgodnie z którym przy ocenie zgodności z konstytucją regulacji dotyczącej swobody wypowiedzi należy wyważyć i zbilansować korzyści płynące z wolnego komunikowania wypowiedzi danej treści z innymi ważnymi interesami społecznymi, które kwestionowane przepisy mają w założeniu chronić. Ta komparatystyczna analiza wypada miażdżąco niekorzystnie dla „fighting words”, które w świetle uzasadnienia Murphy’ego są, generalnie rzecz ujmując, bezwartościowe¹⁷⁵.

W dalszej części wyroku Sąd zajął się dokładniejszym sprecyzowaniem interesującego nas terminu. Opierając się w przeważającej części na orzecznictwie Sądu Najwyższego stanu New Hampshire, Murphy stwierdził, że „fighting words” to takie słowa, które „poprzez samo ich wypowiedzenie wyrządzają krzywdę albo też wykazują tendencję do wywołania w sposób natychmiastowy naruszenia porządku publicznego” wskutek wzburzenia adresata ekspresji do tego stopnia, że jest on skłonny do zastosowania przemocy o charakterze odwetowym. W tym miejscu pojawiła się w orzeczeniu pewna niekonsekwencja. Z jednej strony SN opowiedział się za przyjęciem punktu widzenia

¹⁷³ Por. G. W. Spicer, *The Supreme Court and fundamental freedoms*, New York 1959, s. 43.

¹⁷⁴ A. Mehra, *Free flow of information: a new paradigm*, New York 1986, s. 131.

¹⁷⁵ L. Barnett Lidsky, R. G. Wright, *Freedom of the press: a reference guide to the United States Constitution*, Westport 2004, s. 19. Warto dodać, że kategoriałne wyważanie wydaje się równocześnie pociągać za sobą konieczność zestawiania korzyści oraz społecznego zła płynących z konkretnej ekspresji, będącej przedmiotem danego postępowania sądowego. Por. R. Funston, *A vital national seminar: the Supreme Court in American political life*, Palo Alto 1978, s. 178.

„przeciętnie inteligentnego człowieka” w ocenie poziomu obraźliwości danej ekspresji, a nie perspektywy konkretnego adresata konkretnych „fighting words”. Koncepcja owa pociąga za sobą oczywiste, acz zapewne przewyciężalne, problemy (jakie cechy ma ten wymagowany „przeciętny odbiorca”, według jakich kryteriów trzeba szacować stopień jego inteligencji itp.)¹⁷⁶. Co więcej, jeżeli kryterium zaliczenia wypowiedzi do „fighting words” stanowią uczucia wyabstrahowanego przeciętego adresata, to potencjalnie możliwa staje się sytuacja, w której do tej kategorii zostaną w partykularnych okolicznościach zakwalifikowane słowa nienoszące ze sobą zagrożenia dla porządku publicznego (ponieważ akurat ten konkretny odbiorca ma ponadprzeciętną odporność na inwektywy)¹⁷⁷. W ocenie, czy dane słowa mogą „z dużym prawdopodobieństwem wywołać bójkę”, należy posiłkować się zatem kryteriami (np. analizą semantyczną) oderwanymi od kontekstu danego zdarzenia, dającego asumpt do zastosowania reakcji penalnej. Z drugiej jednakowoż strony samą istotą „fighting words” jest wypowiedzenie ich w takich warunkach, że mogą one sprowokować do odwetu. Jest to właściwie kryterium definicyjne o charakterze konstytutywnym¹⁷⁸. Zauważyć bowiem trzeba, że użycie choćby najbardziej chamskich, agresywnych i wulgarnych słów bez wystąpienia owego bezpośredniego kontekstu nie pociąga za sobą ryzyka natychmiastowego naruszenia porządku publicznego¹⁷⁹. Zresztą sam Murphy podkreślił, że prawo obowiązujące w New Hampshire (po zawężającej wykładni tamtejszego sądu najwyższego), które stanowiło podstawę skazania Chaplinsky’ego, dotyczyło bliskich interakcji interpersonalnych („twarzą w twarz”). Innym problematycznym aspektem orzeczenia jest daleko idąca subiektywizacja kryteriów pozwalających na ograniczenie swobody wypowiedzi. W dużym stopniu zasadny wydaje się pogląd Byrona W. Daynesa i Raymonda Tatalovicha, że zaproponowana w wyroku definicja jest wybitnie nieprecyzyjna, a w różnych okolicznościach czasoprzestrzennych różne słowa „mogą (a jednakowe nie muszą) wyczerpywać jej znamiona. Przynajmniej potencjalnie może to tłumić debatę czy utrudniać polemikę¹⁸⁰ (w szczególności w sprawach publicznych). Oczywiście bez większych trudności

¹⁷⁶ J. Icenoggle, *Schenck v. United States and the freedom of speech debate: debating Supreme Court decisions*, Berkeley Heights 2005, s. 74.

¹⁷⁷ Por. M. Shapiro, *Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review*, Englewood Cliffs 1986, s. 62.

¹⁷⁸ Pamiętać oczywiście należy, iż teoretycznie definicja „fighting words” była sformułowana dysjunktywnie. Jednak fraza o „wyrządzeniu krzywdy przez samo wypowiedzenie” nie została bliżej doprecyzowana w wyroku i nie stanowiła podstawy skazania Chaplinsky’ego. Zresztą w późniejszej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego powyższy człon alternatywnie sformułowanej definicji uległ atrofii.

¹⁷⁹ O. K. Fraenkel, *The Supreme Court and civil liberties: how the Court has protected the Bill of Rights*, New York 1960, s. 44 – 45.

¹⁸⁰ B. W. Daynes, R. Tatalovich, *Contemporary readings in American government*, Lexington 1980, s. 51 – 52. Autorzy odnotowują również, że w doktrynie „fighting words” ukryte jest,

jesteśmy w stanie wymienić zwroty, które w sposób niekontrowersyjny mieszczą się w definicyjnych ramach statuowanych w wyroku. Jak pisze Harry V. Jaffa, 90 % Amerykanów uznałoby prawdopodobnie, że określenie czyjejś matki mianem dopuszczającej się kazirodztwa rozpustnicy uzasadniałoby wymierzenie przez obrażonego tymi słowami syna wypowiedzającemu tę obelgę ciosu w nos. Faktycznie trudno oczekiwać, by owo zachowanie spotkało się z moralnym potępieniem¹⁸¹. Mimo to strefa „cienia semantycznego”¹⁸² związana z pojęciem „fighting words” wydaje się szeroka, a wyznaczenie klarownej linii demarkacyjnej pomiędzy niedopuszczalną i dozwoloną ekspresją praktycznie niemożliwe. Wystarczy zresztą zastanowić się nad epitetami użytymi przez Chaplinsky’ego. Dla współczesnego interpretatora nie brzmią one szczególnie drastycznie, a lektura prasy czy oglądanie mediów elektronicznych właściwie permanentnie dostarcza nam przykładów obrzucania się przez osoby publiczne (np. przez tzw. celebrytów) porównywalnie ostrymi, a nawet znacznie gorszymi, inwektywami, za które nikt nie zamierza stosować sankcji karnej. Tymczasem w przekonaniu Murphy’ego fakt przynależności wyzwisk w rodzaju „przekłety oszust” bądź „przekłety faszysta” do kategorii „fighting words” nie wymaga wręcz żadnego uzasadnienia. Trudno tu oprzeć się wrażeniu, że roszczenie Chaplinsky’ego do objęcia jego słów konstytucyjną ochroną zostało przez SN po prostu zbagatelizowane, w czym doktryna „fighting words” okazała się bardzo pomocna¹⁸³. Jak konkluduje Stephen R. McAllister, „poleganie na doktrynie prawnej, która pozwalałaby na to, by reakcja odbiorców determinowała, czy dana wypowiedź jest chroniona czy też nie, wydaje się niemądre z oczywistych przyczyn [...] Pierwsza Poprawka zwyczajnie nie podąża za potocznymi wyobrażeniami «uprzejmości» i «przyzwoitości» przy określaniu, które słowa są chronione; większość Amerykanów prawdopodobnie nie chciałaby tego”¹⁸⁴.

a niekiedy eksplikowane wprost, założenie, jakoby użyte w dyskusji słowa mogły czasami usprawiedliwiać gwałtowną reakcję i rekurs do siły fizycznej. Daynes i Tatalovich przyznają wprawdzie, że słowa mogą wyrządzać krzywdę; jednakże zadawane przez nie rany są czymś zupełnie innym niż rany będące rezultatem prawdziwych ciosów. Tymczasem metafora „fighting words” wydaje się zamazywać tę kluczową z punktu widzenia konstytucji różnicę. Jeżeli bowiem słowa mogą krzywdzić tak jak przemoc, to cała aksjologia pierwszej poprawki staje po znakiem zapytania.

¹⁸¹ H. V. Jaffa, *Seven answers for Professor Anastaplo*, [w:] *Law and philosophy: the practice of theory. Essays in honor of George Anastaplo*, vol. 2, ed. by J. A. Murley, R. L. Stone, W. T. Braithwaite, Athens 1992, s. 627.

¹⁸² Por. Z. Pulka, *Założenia metanaukowe koncepcji prawa H. L. A. Harta*, [w:] *Teoria i filozofia prawa. Wybór tekstów*, pod red. W. Gromskiego, Wrocław 1998, s. 43.

¹⁸³ Por. w tym kontekście m.in. R. M. O’Neill, *Rights in conflict: the First Amendment’s third century*, Law and Contemporary Problems, vol. 65.

¹⁸⁴ S. R. McAllister, *Funeral picketing laws and free speech*, Kansas Law Review, vol. 55, s. 591.

Omówione orzeczenie pozostaje do dzisiaj częścią amerykańskiego porządku prawnego (jest zresztą relatywnie często powoływane). Trzeba jednak zauważyć, że sposób pojmowania „fighting words” przez Sąd Najwyższy uległ na przestrzeni lat dość radykalnej transformacji. Pierwsza z relewantnych spraw¹⁸⁵ dotyczyła postępowania Paula R. Cohena, który pojawił się na korytarzu sądu w Los Angeles w kurtce z napisem „Pieprzyć pobór”, co miało stanowić manifestację jego radykalnego sprzeciwu wobec zaangażowania się Stanów Zjednoczonych w wojnę wietnamską. Podesądny został oskarżony o naruszenie przepisu kalifornijskiego kodeksu karnego, zakazującego celowego naruszenia porządku publicznego wskutek podjęcia działania o obraźliwym charakterze; w pierwszej instancji Cohena skazano na 30 dni więzienia¹⁸⁶. SN ostatecznie uniewinnił bohatera tej historii, opierając się na pryncypiach pierwszej poprawki. Z naszej perspektywy bezcelowe jest w tym miejscu szczegółowe analizowanie argumentacji i motywacji Sądu. Kluczowym składnikiem orzeczenia z interesującego nas punktu widzenia jest natomiast fakt, iż sporządzający uzasadnienie sędzia Harlan wprost skonstatował, że fraza użyta przez Cohena nie może być pod żadnym pozorem interpretowana jako „fighting word”. Jak bowiem przekonywał, do tej kategorii zaliczyć można „obelżywe epiteity o personalnym wymiarze”. Tymczasem o ile „czteroliterowe słowo, którym posłużył się Cohen w odniesieniu do instytucji poboru do wojska, jest nierzadko stosowane przy osobistych prowokacjach, o tyle w tym przypadku w oczywisty sposób nie było ono skierowane do konkretnych słuchaczy [...] Żadna rzeczywistość bądź też potencjalnie spostrzegająca kurtkę osoba nie mogła potraktować napisanych tam słów jako obelgi odnoszącej się do niej bezpośrednio”. W tym ujęciu nawet najbardziej obrazoburcze i wulgarne wypowiedzi, budzące skrajnie negatywną reakcję wśród adresatów oraz prowokujące do fizycznego odwetu, nie stanowią „fighting words”, jeśli mają charakter abstrakcyjny i nie dotyczą konkretnego odbiorcy ekspresji. W przekonaniu Harlana, przy ocenie podobnych stanów faktycznych konieczna jest też uważna analiza kontekstualna, albowiem „to, co dla jednego jest wulgaryzmem, dla drugiego będzie poezją”. Jak wreszcie podkreślił sędzia (co szczególnie ważne dla oceny konstytucyjnego statusu niektórych typów ekspresji symbolicznej), ustawa zasadnicza gwarantuje wolność wypowiedzi nie tylko z uwagi na ich racjonalną, dyskursywną czy poznawczą wartość.

¹⁸⁵ Cohen vs. California, 403 U. S. Reports 15 (1971). Autor czuje się w obowiązku uprzedzić wrażliwszych czytelników o pojawieniu się w następującym teraz fragmencie rozprawy wulgaryzmów i przekleństw.

¹⁸⁶ Szczegółowe omówienie stanu faktycznego i zawilej drogi instancyjnej w tej sprawie można znaleźć [w:] R. C. Cortner, *The Supreme Court and civil liberties policy*, Palo Alto 1975, s. 123 – 128.

Pierwsza poprawka ochrania również obywatelskie uprawnienie do ekspresyjnego wyrażania swoich emocji oraz uczuć¹⁸⁷.

Kolejny precedens precyzujący (i subtelnie modyfikujący) znaczenie terminu „fighting words” został ustanowiony przy okazji rozpoznania sprawy dotyczącej niejakiego Johnny’ego Wilsona¹⁸⁸. Jegomość ten, opierając się aresztowaniu, zwrócił się do zatrzymujących go funkcjonariuszy policji m.in. słowami: „Zabiję cię, ty biały sukinsynu”, „Sukinsynu, jeżeli dotkniesz mnie raz jeszcze, to potnę cię na kawałki” oraz „Uduśzę cię, ty biały sukinsynu”. Podsądny został skazany na podstawie przepisu ustawy stanu Georgia zakazującego użycia w stosunku do drugiej osoby znieważających lub obelżywych słów, które mają tendencję do wywołania zakłócenia porządku publicznego. SN orzekł o niekonstytucyjności owej regulacji, uznając, że należy postawić jej dyskwalifikujące z perspektywy pierwszej poprawki zarzuty niejasności i zbyt szerokiego zakresu przedmiotowego. Dla naszych celów istotne są w szczególności dwa argumenty przedstawione przez sporządzającego uzasadnienie sędziego Williama J. Brennana. Po pierwsze, kategoria wypowiedzi znieważających bądź obelżywych jest znacznie bardziej pojemna aniżeli kategoria „fighting words”, obejmująca ekspresję szczególnie drastyczną czy obraźliwą, która immanentnie może prowokować do gwałtownego odwetu. Po drugie, sędzia skrytykował judykaturę Georgii za stosowanie tego przepisu również w sytuacjach, w których nie zachodziło prawdopodobieństwo odwołania się przez odbiorcę wypowiedzi do przemocy. Brennan sugerował zatem, że przy formułowaniu diagnozy odnośnie do przynależności danego sformułowania do grupy „fighting words” nie

¹⁸⁷ Na marginesie warto wskazać, że orzeczenie wywołało drastycznie rozbieżne reakcje wśród komentatorów. Np. w przeznaczony dla uczniów broszurce Paul J. Deegan ze sporą dozą egzaltacji pisze, że konstytucja i Sąd Najwyższy ochroniły podstawowe prawo amerykańskiego obywatela do krytykowania swojego rządu, które jest niezależne od tego, czy inni postrzegają taki krytycyzm jako kontrowersyjny, obraźliwy, nieodpowiedzialny lub błędny (*idem, Freedom of speech*, Minneapolis 1987, s. 31 – 32). Z kolei zdaniem Joela Feinberga, SN słusznie zezwolił na używanie stabuizowanych słów, których celem jest nadanie wypowiedzi dostatecznie szokującego zabarwienia, aby uczynić z niej wehikuł dla adekwatnego wyrażenia „najgłębszych negatywnych odczuć”. Odczuwany przez niektórych słuchaczy dyskomfort w obliczu posłużenia się przez drugą osobę wulgaryzmem jest „zbyt trywialny, by zasługiwać na ochronę prawa karnego” (*idem, Offense to others*, New York 1986, s. 216 – 217, 274). Z drugiej strony spektrum można umiejscowić pogląd Roberta F. Nagela, którego zdaniem wyrok jest emanacją rosnącego „kulturowego imperializmu” ujawnianego przez sędziów SN, którzy usurpują sobie, nie posiadając ku temu dostatecznej konstytucyjnej legitymacji, prawo do narzucania obywatelom swych preferencji aksjologicznych. Tymczasem ustawa zasadnicza bynajmniej nie wymaga, by Amerykanie musieli bezradnie odwracać wzrok w konfrontacji z powodzią wulgarnych, obraźliwych i prymitywnych wypowiedzi (*idem, Judicial power and American character: censoring ourselves in an anxious age*, New York 1994, s. 136 – 137). Podobnie Archibald Cox utrzymuje, że orzeczenie „udzieliło wulgaryzmom imprimatur” co przyczynia się do obniżenia poziomu dyskursu publicznego i pozwala na bezkarną infiltrację niskich instynktów w życie społeczne (*idem, The role of the Supreme Court in American government*, London – Oxford – New York 1978, s. 47 – 48).

¹⁸⁸ *Gooding vs. Wilson*, 405 U. S. Reports 518 (1972).

można totalnie abstrahować od rzeczywistego kontekstu danego wydarzenia oraz od oceny reakcji na określoną wypowiedź, jaka mogła wystąpić po stronie konkretnego adresata w konkretnych okolicznościach faktycznych. Jak zapewne nietrudno odgadnąć, Brennan nie wykluczył, iż zwroty, którymi posłużył się Wilson we wspomnianym stanie faktycznym, będą mieścić się w hipotezie poprawnie z legislacyjnego punktu widzenia skonstruowanych przepisów, precyzyjnie definiujących „fighting words”.

Dwa przeanalizowane precedensy odegrały olbrzymią rolę w dalszym orzecznictwie Sądu Najwyższego w odniesieniu do „fighting words”. Wyroki skazujące w sprawach podobnych do casusu Wilsona zostały uchylone, a sprawy skierowane do ponownego rozpoznania przez sądownictwo niższych instancji z uwzględnieniem standardów przyjętych w wyrokach *Cohen vs. California* i *Gooding vs. Wilson*. Wymieńmy tylko kilka egzemplarycznych rozstrzygnięć: 1) *Rosenfeld vs. New Jersey*. Oskarżony wystąpił na publicznym zebraniu zarządu szkoły (w obecności 150 osób, w tym 40 dzieci), używając kilkukrotnie w odniesieniu do nauczycieli, zarządu, miasta i kraju słowa „matkojebca”. Skazanie nastąpiło w oparciu o regulację stanu New Jersey penalizującą używanie w miejscu publicznym języka „obraźliwego, wulgarnego lub nieprzyzwoitego”. 2) *Brown vs. Oklahoma*. Oskarżony podczas uniwersyteckiej debaty, (odbywającej się, co ciekawe, w kaplicy) nazwał konkretnych policjantów „matkojebiącymi faszystowskimi glinami” oraz „matkojebiącymi czarnymi świniami”. Brown został skazany na podstawie ustawy stanu Oklahoma zakazującej używania w miejscu publicznym języka o charakterze obscenicznym lub rozpustnym. 3) *Lewis vs. City of New Orleans*. Tym razem oskarżoną była kobieta, która, protestując przeciwko aresztowaniu swojej latorośli, określiła policjantów mianem „przeklętej pierdolonej policji”. Podstawę wyroku skazującego stanowił przepis ordynansu Nowego Orleanu zakazujący przeklinania, znieważania i pomstowania na wykonujących swe obowiązki policjantów¹⁸⁹. 4) *Plummer vs. City of Columbus*¹⁹⁰. Regulacja miejska Columbus penalizowała obrażanie innych poprzez użycie wulgarnego, obelżywego i znieważającego języka. Skazany na jej podstawie kierowca taksówki, w odpowiedzi na skargę klientki, użył wobec niej zwrotów, które w orzeczeniu określono (tym razem enigmatycznie) jako „absolutnie wulgarnie, sugestywne, ohydne i seksualnie zorientowane”. Uniknięcie przez oskarżonych w powyższych przypadkach odpowiedzialności karnej mogłoby na pierwszy rzut oka uprawomocnić pogląd, jakoby Sąd Najwyższy „oszukańczo i skrycie” uchylił orzeczenie w sprawie *Chaplinsky vs. New Hampshire* bez dostatecznego wyjaśnienia powodów

¹⁸⁹ Powyższe trzy sprawy, ujmowane niekiedy w literaturze anglosaskiej jako „motherfucker cases”, przytaczam za D. M. Fraleigh, J. S. Tuman, *Freedom of speech in the marketplace of ideas*, New York 1997, s. 158 – 160.

¹⁹⁰ 414 U. S. Reports 2 (1973).

takiego postępowania¹⁹¹. Pamiętać jednak trzeba, że SN nie tyle odmówił zakwalifikowania ekspresji oskarżonych w wymienionych sprawach do kategorii „fighting words” (przynajmy, iż trudno mieć większe wątpliwości co do charakteru cytowanych wypowiedzi), co dostrzegł szereg wad legislacyjnych w unormowaniach stanowiących podstawę represji karnych. Bliższe prawdy wydaje się natomiast stanowisko, zgodnie z którym dokonywana przez SN wykładnia terminu „fighting words” operacyjnie wyeliminowała tę kategorię spośród wyjątków uzasadniających ograniczenie swobody wypowiedzi poprzez postawienie regulacjom zakazującym używania obraźliwego języka pod groźbą sankcji penalnej¹⁹² bardzo trudnych do spełnienia warunków formalnych¹⁹³. W każdym razie przed rozstrzygnięciem zagadnienia konstytucyjnego statusu palenia krucyfików w doktrynie Sądu Najwyższego w relacji do „fighting words” wyróżnić należało pięć fundamentalnych elementów. Po pierwsze, wypowiedzi takie są wyłączone spod ochrony pierwszej poprawki. Po drugie, „fighting words” to wyłącznie inwektywy czy obelgi kierowane do konkretnego adresata, posiadające wymiar personalny (muszą tedy dotyczyć tego ostatniego w jakiś sposób osobiście). Po trzecie, są to wypowiedzi szczególnie drastyczne. Po czwarte, przy ewaluacji danego sformułowania należy uwzględnić zarówno optykę adresata konkretnego (by zweryfikować istnienie ewentualnego zagrożenia dla porządku publicznego), jak i przeciętnego (byłoby wszak czymś irracjonalnym uzależniać karalność ekspresji od tego, czy jej odbiorcą jest barczysty osiłek zdolny do działań odwetowych czy raczej nie w pełni sprawny staruszek niepotrafiący zareagować odwołaniem się do przemocy). Po piąte, normy prawne penalizujące użycie „fighting words” muszą być precyzyjnie i wąsko skonstruowane. Nie budzi natomiast żadnych wątpliwości fakt, iż w niektórych przypadkach, podobnie jak ma to miejsce w przypadku gróźb, spalanie krzyża może być potraktowane jako „fighting word”.

C. Mowa nienawiści („hate speech”)

W tym miejscu warto ponownie przypomnieć sobie autorytatywne *dictum* z orzeczenia w sprawie *Chaplinsky vs. New Hampshire*, poświęcone „fighting words”, wulgaryzmem oraz wypowiedziom obscenicznym bądź zniesławiającym. Niezależnie od wykładni autentycznej wyroku, którą w latach 40. mógłby sformułować sędzia Murphy, ze

¹⁹¹ J. B. Gerard, *May society preserve a modicum of decorum in public discourse*, [w:] *The Bill of Rights: original meaning and current understanding*, ed. by E. W. Hickok, Jr., Charlottesville and London 1993, s. 104.

¹⁹² Pamiętać należy, że posługiwanie się szeroko rozumianymi inwektywami może narazić obrażającego na obowiązek naprawienia wyrządzonej takowym postępowaniem szkody w ramach odpowiedzialności deliktowej (oczywiście przy zachowaniu wszystkich rygorów funkcjonujących w prawie cywilnym).

¹⁹³ R. E. Morgan, *Disabling America...*, s. 121.

współczesnej perspektywy absurdalne byłoby odczytywanie wspomnianego precedensu w sposób literalny jako upoważniającego władzę publiczną do ograniczania prawa obywateli do wolności słowa ze względu na znikomą lub też zerową wartość społeczną danej ekspresji oraz jako dającego władzy ustawodawczej uprawnienie do swobodnego limitowania swobody takich wypowiedzi z uwagi na potrzebę ochrony konkurencyjnych wartości konstytucyjnych¹⁹⁴. Ewolucyjną zmianę paradygmatu postrzegania przez Sąd Najwyższy zakresu gwarancji udzielanych przez pierwszą poprawkę (w kierunku gradualnego rozszerzenia jej zakresu zastosowania) ilustruje wyjątkowo dobrze casus tzw. mowy nienawiści i dopuszczalności jej penalizacji. Należy już w tym fragmencie naszych rozważań nadmienić, że stosunek do „hate speech” stanowi jedną z podstawowych linii demarkacyjnych pomiędzy jurysprudencją amerykańską a europejską (i kanadyjską, która wyraźnie wyemancypowała się w owej sferze spod intelektualnego wpływu większego sąsiada). Szczegółowe analizy komparatystyczne jasno pokazują, iż, ujmując rzecz w maksymalnie prostych kategoriach, dozwolona w Stanach Zjednoczonych mowa nienawiści może podlegać (i nader często podlega) sankcjom kryminalnym na gruncie kontynentalnych porządków normatywnych¹⁹⁵. Warto dodać, że nawet tak fundamentalna konwencja, jaką jest Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, została ratyfikowana przez USA w 1992 roku (a więc po wielu latach od jej uchwalenia) wyłącznie z zastrzeżeniem, że żadne z zawartych w niej postanowień nie może być interpretowane jako nakazujące bądź autoryzujące podjęcie przez Stany Zjednoczonej jakichkolwiek działań (w tym legislacyjnych), które ograniczałyby prawo do wolności słowa chronione przez rodzimą konstytucję, prawa oraz praktykę. Przesłanką dla przyjęcia rzeczzonej klauzuli była przede wszystkim obawa, że Pakt mógłby doprowadzić do wyeliminowania mowy nienawiści poza wolny rynek idei¹⁹⁶. Lęk ten jest szczególnie istotny w kontekście faktu, że samo zdefiniowanie „hate speech” okazuje się nader skomplikowanym przedsięwzięciem; jeszcze trudniejsze jest konceptualne uchwy-

¹⁹⁴ Por. np. R. Murray, *Voteauction. net: protected political speech or treason?*, Journal of High Technology Law, vol. V, s. 371, 375.

¹⁹⁵ Szerzej na ten temat zob. R. Teitel, *Militating constitutional democracy: comparative perspectives*, [w:] *Censorial sensitivities: free speech and religion in a fundamentalist world*, ed. by A. Sajó, Utrecht 2007, s. 73 – 75. Dobrego przykładu europejskiego podejścia do problematyki „hate speech” wydaje się dostarczać m.in. prawo niemieckie zakazujące chociażby szeroko rozumianego naruszania godności człowieka poprzez podżeganie do nienawiści wymierzonej w grupę ludności. Na ten temat zob. szerzej R. Hoffman, *Incitement to national and racial hatred: the legal situation in Germany*, [w:] *Striking a balance: hate speech, freedom of expression, and non-discrimination*, ed. by S. Coliver, Essex 1992, s. 159 – 170. Również przepisy prawa polskiego penalizujące negowanie Holocaustu, publiczne propagowanie totalitaryzmu czy też nawoływanie do nienawiści na tle różnic etnicznych stanowiłyby na gruncie amerykańskim sprzeczne z ustawą zasadniczą naruszenie wolności słowa.

¹⁹⁶ E. F. Defeis, *Freedom of speech and international norms: a response to hate speech*, Stanford Journal of International Law, vol. 29, s. 78 – 84.

cenie wszystkich desygnatów tego pojęcia w ramach jednej koherentnej epistemicznie kategorii (powyższe realia stanowią zresztą jeden z argumentów używanych w toku debaty dotyczącej zasadności wprowadzenia karalności omawianej ekspresji). Dla celów niniejszej książki możemy poza zakres definicji wykluczyć wypowiedzi wypełniające znamiona gróźb i „fighting words”. Ich konstytucyjny status jest nam bowiem – zgodnie z zasadą *a maiori ad minus* – znany z uprzednich fragmentów pracy. Jakie tedy inne elementy mieszczą się jeszcze w pojęciu „mowa nienawiści”? Steven J. Heyman pisze, iż „hate speech” polega na wyrażaniu poglądów poniżających lub obrażających innych ludzi z powodu ich rasowej, etnicznej bądź też religijnej tożsamości. Podobnie Samuel Walker wskazuje, że historycznie pojęcie owo oznaczało ekspresję uznaną za obraźliwą wobec jakiegokolwiek grupy wyodrębnionej pod względem religijnym, etnicznym, narodowościowym lub rasowym¹⁹⁷. Nie wydaje się jednakże, aby istniały jakieś racje natury aksjologicznej, które uzasadniałyby usunięcie poza zakres znaczeniowy rozważanego tutaj pojęcia przepelnionych nienawiścią wypowiedzi wymierzonych w osoby bądź grupy identyfikowane w oparciu o inne kryteria (jak choćby płeć, preferencje seksualne, stopień pełnosprawności, wiek itp.). Bardziej adekwatna jest przeto definicja możliwa do zrekonstruowania na podstawie artykułu Davida Penny i Jose Blasa Lorenzo, zgodnie z którą mowa nienawiści to po prostu zgeneralizowane pogardliwe (*sensu largo*) konstatacje o określonej grupie ludzi lub o jej przedstawicielach¹⁹⁸. „Hate speech” to zatem obraźliwe epitety pozbawione szerszego komponentu poznawczego (np. „czarnuch”); bulwersujące opinie promujące dyskryminację, upośledzenie bądź podjęcie działań związanych z użyciem przemocy (aż po apologię genocydu); fałszywe stwierdzenia dotyczące określonych faktów możliwe do łatwej empirycznej refutacji w oparciu o neutralne aksjologicznie dane empiryczne lub prawa naukowe („W dniu 11 IX 2001 roku cztery tysiące Żydów nie stawiło się w swoich miejscach pracy w World Trade Center”); konstatacje, których status mieści się w strefie pomiędzy opinią a stwierdzeniem natury faktycznej („chrześcijanie to bigoci”). Mowa nienawiści zdaje się też obejmować gloryfikację reżimów totalitarnych, propagowanie zbrodniczych ideologii politycznych, zaprzeczanie Holocaustowi itp. Zanim przejdziemy do zwięzłej rekapitulacji najważniejszych orzeczeń SN dotyczących analizowanych zagadnień, warto przedstawić pokrótce

¹⁹⁷ S. J. Heyman, *Introduction: hate speech and the theory of free expression*, [w:] *Hate speech and the Constitution. Volume I. The development of the hate speech debate from group libel to campus speech codes*, ed. by idem, New York – London 1996, s. IX; S. Walker, *Hate speech: the history of an American controversy*, Lincoln 1996, s. 8.

¹⁹⁸ D. Penna, J. B. Lorenzo, *Free speech and ethnic intimidation: a preliminary enquiry*, [w:] *Racism and the underclass: state policy and discrimination against minorities*, ed. by G. W. Shepherd, Jr. and D. Penna, New York 1991, s. 53. Autorzy koncentrują się na ekspresji rasistowskiej; stąd podana przez nas powyżej definicja jest parafrazą i uogólnieniem przedstawionych przez nich też na podobne przypadki.

najważniejsze argumenty wysuwane przez protagonistów sporu związanego z celowością i konstytucyjnością penalizacji „hate speech”. Trzeba jednakowoż wpierv zwrócić uwagę na interesującą prawidłowość. Otóż poszczególni uczestnicy dyskusji zazwyczaj łączą ze sobą narrację *de lege lata* oraz *de lege ferenda*. Jeśli żywią przekonanie, iż mowa nienawiści powinna być zakazana, to niemal automatycznie uznają, że konstytucja na takie ograniczenie wolności słowa pozwala; jeżeli natomiast kwestionują celowość penalizacji, to interpretują pierwszą poprawkę tak, by rozciągnąć jej protekcję na ten rodzaj ekspresji. Być może dobrym wyjaśnieniem tego fenomenu jest fakt, że przeciętny sędzia, konstytucjonalista czy teoretyk prawa „niechętnie podważa własne aksjomaty. Jeżeli sądzi, że mowa nienawiści jest głęboko szkodliwa, albo że jej zabronienie zagrażałoby politycznej wolności, to wówczas najprawdopodobniej nie podejmie kolejnego kroku, którym jest dostrzeżenie możliwości, że się myli, oraz ustalenie, poprzez przeprowadzenie odpowiednich badań, czy rzeczywiście się myli [...] Im silniejsze jest nasze przekonanie, im bliżej znajduje się ono centralnych dla nas wartości, tym mniej prawdopodobne jest, że będziemy je kwestionować”¹⁹⁹. Ponieważ kwestia „hate speech” wzbudza ogromne emocje, teza Posnera zdaje się tu szczególnie adekwatna.

Rozpocznijmy od prezentacji stanowiska przeciwników penalizacji. Pierwszy używany przez nich argument posiada charakter moralistyczny i nieużyteczny oraz odwołuje się do języka praw obywatelskich. W tym ujęciu wprowadzenie karalności „hate speech” jest *per se* podważeniem najzupełniej podstawowych pryncypiów wolności słowa, albowiem wiąże się z udzieleniem instytucjom publicznym zezwolenia na cenzurowanie ekspresji, jaką uznają za niedopuszczalną, po prostu z uwagi na merytoryczną treść tej ostatniej, jej ideowe przesłanie, niemoralny charakter itp. Nie muszą bowiem pojawić się żadne dodatkowe przesłanki, które legitymizowałyby implementację takiego zakazu (np. pojawienie się jasnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa dla chronionych ustawą zasadniczą wartości). W przekonaniu oponentów penalizacji takowe postulaty godzą w samo jądro pierwszej poprawki. Jak w tym kontekście dowodzi Ronald Dworkin, nie wolno uniemożliwiać nikomu wywierania wpływu na ludzkie środowisko moralne przez ujawnianie swoich osobistych wyborów, poglądów, przeświadczeń czy też opinii tylko i wyłącznie na podstawie arbitralnego uznania władz, które traktują te idee jako moralnie odrażające oraz dzierżą w swoich rękach wystarczającą polityczną władzę, aby rzeczniczkę wspomnianych poglądów „uciszyć lub zamknąć”. Dworkin emocjonalnie pisze, że pierwsza poprawka obejmuje ochroną „nawet słowa, których nienawidzimy. Jest to kwestia zasadnicza z powodu akcentowanego przez konstytucyjne uzasadnienie swobody ekspresji: bo jesteśmy społeczeństwem liberalnym,

¹⁹⁹ R. A. Posner, *Pragmatic adjudication*, [w:] *The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture*, ed. by M. Dickstein, Durham 1998, s. 249.

wierzącym w moralną odpowiedzialność jednostki, a jakakolwiek cenzura ufundowana na treści wypowiedzi jest nie do pogodzenia z tą wiarą²⁰⁰. Następne przedstawione przez nas poniżej antypenalizacyjne argumenty odwołują się już w znacznie większym stopniu do kryterium prakseologicznego i konsekwencjalistycznego. Przykładowo Nadine Strossen z jednej strony ostrzega, że „koncentrowanie się na nienawistnym przekazie komunikowanym przez określony rodzaj wypowiedzi może wypaczyć naszą perspektywę w kwestii fundamentalnych neutralnych pryncypiów generalnie rządzących naszym systemem wolnej ekspresji”. Aczkolwiek zwalczanie rasizmu jest celem jak najbardziej zasługującym na pochwałę, to instrumenty zaadoptowane w toku tych zmagania nie mogą podważać pierwszej poprawki, a rasistowski lakier, którym niekiedy bywa posmarowane wolne słowo, „nie może zaciemniać nam rozpoznania, jak doniosła jest wolność wypowiedzi”. Z drugiej jednakowoż strony, konstytucjonalistka przekonuje, że swoboda wypowiedzi powinna podlegać ochronie, gdyż efektywnie promuje ona ideał rasowej jedności (w przeciwieństwie do motywowanych choćby najszlachetniejszymi przesłankami zakazów). Cenzura, wyrażająca się w penalizacji mowy nienawiści, nigdy nie będzie skutecznym sposobem przeciwstawienia się rasizmowi, narodowemu szowinizmowi, nadmiernemu zelotyzmowi religijnemu, ksenofobii, seksizmowi itp. Nadmierne przywiązywanie wagi do „hate speech” oraz kreowanie dla tej formy ekspresji wyjątkowych uregulowań prawnych wywołuje niebezpieczeństwo „przedłożenia symboli nad treść [...] odwrócenia naszego wzroku od przyczyn rasizmu w kierunku jego symptomów²⁰¹. Co więcej, wydaje się, że w życiu społecznym często funkcjonuje ekwiwalent obowiązującej w chemii reguły przekory Le Chateliera. Nadzorowane przez instytucje publiczne, asertywne i egzekwowane pod rygorem sankcji karnych eliminowanie poglądów rasistowskich *de facto* może przyczyniać się (na zasadzie zwykłej kontreakcji, fascynacji zakazanym owocem itp.) do zwiększenia popularności „prześladowanych” idei. Z kolei Ruth McGaffey, w zbliżonym do stanowiska Strossen duchu, przekonuje, iż „wolność słowa dla idei, których nienawidzimy”, spełnia społecznie użyteczną rolę, ponieważ ułatwia diagnozowanie wyznawanych przez ludzi poglądów, pozwala lepiej przeanalizować i zrozumieć ich istotę, umożliwia klasyfikację czy kategoryzację różnych wariantów nienawiści²⁰². Zepchnięta do podziemia „hate speech”, jak obrazowo

²⁰⁰ R. Dworkin, *Freedom's law: the moral reading of the Constitution*, [cyt. za:] *Ideas of the First Amendment*, ed. by V. Blasi, Saint Paul 2006, s. 401 – 402; *idem*, *The coming battles over free speech*, *The New York Review of Books*, June 11, 1992.

²⁰¹ N. Strossen, *Regulating racist speech on campus: a modest proposal?*, *Duke Law Journal*, 1990, s. 495, 570.

²⁰² R. McGaffey, *Freedom of speech for the ideas we hate: nongovernmental abridgement of freedom of expression*, *Free Speech Yearbook*, vol. 26, s. 95 – 96. Por. D. A. Farber, *Civilizing public discourse: an essay on Professor Bickel, Justice Harlan, and the enduring significance of Cohen v. California*, *Duke Law Journal*, 1980.

dodaje Haiman, przypomina ropiejący wrzód, grożący gwałtowną erupcją²⁰³. We wskazanym ujęciu, dopuszczenie mowy nienawiści do swobodnej konkurencji na rynku idei działa jak wentyl bezpieczeństwa umożliwiający kanalizowanie społecznych emocji. Kolejne dwa argumenty natury praktycznej przeciw penalizacji podaje Daniel C. Kramer. Po pierwsze, zezwolenie na swobodne promulgowanie „hate speech” pociąga za sobą lepsze pojmowanie istoty i wartości tolerancji wobec odmiennych poglądów. Zgodnie z millowskim ujęciem zalet wolności słowa, jeżeli liberalne ideały nie będą mogły, pod groźbą represji karnej, podlegać krytyce, jeżeli nie będą mogły być kwestionowane, jeżeli nie będą stawać do konfrontacji z odmiennymi światopoglądami i wizjami życia, to wkrótce zaczną być wyznawane wyłącznie jako martwe dogmaty. Po drugie, wprowadzenie karalności mowy nienawiści łatwo pozwala eksponentom podobnych poglądów na martyrologiczne obsadzanie się w roli męczenników za wolność słowa (co w dłuższym okresie również może zwiększyć ich popularność)²⁰⁴.

Z perspektywy prawnej szczególnie istotne są te argumenty antypenalizacyjne, które dotyczą (nieprzezwyčajalnych?) trudności w sformułowaniu odpowiednich przepisów w tej materii z punktu widzenia wymogów techniki legislacyjnej. Jak już wskazaliśmy uprzednio, samo pojęcie mowy nienawiści jest niejasne, a prawna definicja tego terminu z konieczności musi być albo niesłychanie zwięzła i ogólnikowa, albo nasycona pojęciami niedookreślonymi. Co więcej, penalizacja z pewnością rodziłaby liczne problemy w procesie stosowania prawa, a w szczególności podczas procesu subsumcji. Znaczenie wypowiedzi jest rekonstruowane w toku jej interpretacji, a ekspresja odczytywana przez jednych jako manifestacja nienawistnych ideologii, przez drugich będzie uznawana za emanację uprawnionych, acz kontrowersyjnych, poglądów²⁰⁵. Istnieje zatem bardzo poważne ryzyko, że regulacje zabraniające „hate speech” będą nieprecyzyjne i zbyt szeroko zakreślone. W konsekwencji rozwinię się mechanizm równi pochyłej prowadzący do represjonowania (wbrew początkowym intencjom ustawodawcy) nie tylko oczywistych lub radykalnych przypadków posługiwania się mową nienawiści, ale także do eliminowania całej palety poglądów nieortodoksyjnych, dysydenckich i niepopularnych z punktu widzenia politycznej poprawności (tłumiąc tym samym wigor debaty publicznej)²⁰⁶. Równocześnie, jak trafnie zauważa Henry Louis Gates Jr., wąskie sformu-

²⁰³ F. S. Haiman, „*Speech acts*”..., s. 32 – 33.

²⁰⁴ D. C. Kramer, *The price of rights: the courts, government largesse, and fundamental liberties*, New York 2004, s. 79.

²⁰⁵ Por. np. *ibidem*, s. 79 – 80; D. Limbaugh, *Prześladowanie. O tym, jak liberałowie prowadzą wojnę z chrześcijaństwem*, Sadków 2006, s. 269 – 271.

²⁰⁶ Zob. np. T. C. Grey, *Civil rights vs. civil liberties: the case of discriminatory verbal harassment*, *Social Philosophy & Policy*, vol. 8, s. 86 – 87. Gates dodaje także, iż mowa nienawiści jest wyrazem określonych idei (choćby moralnie skandalicznych); posiada więc komponent

mułowanie stosownych unormowań zapoznawałoby fakt, że nienawistny przekaz może być ukryty pod płaszczykiem eleganckiego, wyrafinowanego i bynajmniej niewulgarnego języka. Z tego też powodu „jeśli rzeczywiście pragniesz uczynić przestępstwo z [...] wyrządzających krzywdę słów, to nie ma sensu ograniczyć się do rymsztokowych epitetów – których użycie [niekiedy – Ł. M.] w większym stopniu stygmatyzuje osobę je wypowiadającą aniżeli zamierzoną ofiarę – i zostawić w spokoju dużo boleśniejszy dyskurs” tak długo, jak ten ostatni nie zawiera prymitywnych rasistowskich inwektyw bądź też obelg oraz nie obejmuje posługiwania się powszechnie rozpoznawalnymi symbolami nienawiści (swastyka, płonący krucyfiks). Gates wskazuje, iż „we współczesnym amerykańskim społeczeństwie prawdziwa siła dzierzona przez rasizm jest zwykle odwrotnie proporcjonalna do poziomu wulgarności, z jaką jest on wyrażany. Czarni profesjonaliści dość szybko dowiadują się, iż to zazwyczaj społecznie wykluczeni – klasa niższa, bezdomni – określają ich mianem «czarnuchów». Elity władzy od dawna posługują się aluzyjnym słownictwem”²⁰⁷. *De facto* stoimy tedy między Scyllą poważnego zredukowania obszaru wolności wypowiedzi a Charybdą nieproduktywnego penalizowania relatywnie mniej niebezpiecznych przykładów „hate speech” oraz jednoczesnego gwarantowania bezkarności bez porównania szkodliwszym społecznie manifestacjom nienawiści. Prawdopodobne formalne niedomagania postulowanych przez adherentów karalności unormowań niosą ze sobą również bardzo poważne zagrożenie dla fundamentalnej zasady eunomii, jaką jest reguła równości wobec prawa. Nieprecyzyjne, niejasne i wieloznaczne przepisy w sposób właściwie nieuchronny prowadzą do selektywnego egzekwowania prawa przez wymiar sprawiedliwości, kiedy to przedmiotowe regulacje nie są stosowane w odniesieniu do klarownie zdefiniowanych i ściśle określonych przypadków, ale raczej ich aplikacja jest determinowana przez osobiste preferencje, idiosynkrazje lub animozje konkretnych prokuratorów bądź sędziów.

Jeszcze inne kluczowe w tym kontekście zagrożenie dostrzega Michael W. McConnell, zwracając uwagę, że karalność mowy nienawiści dotyczy zwykle wypowiedzi „wymierzonych przeciwko jednym grupom, ale nie innym. Przykładowo na każdym kampusie w Stanach Zjednoczonych możesz bezkarnie ochrzcić kolegę studenta mianem «rasistowskiego, faszystowskiego homofoba», «pryszczatego frajera» lub «przekłętego Jankesa». Takie epitety w nie mniejszym stopniu ucinają debatę, upokarzają, ostracyzują oraz wykluczają” jak wyzwiska o charakterze rasistowskim, etnicznym czy antyho-

ideacyjny i musi być chroniona pierwszą poprawką (autor nie ogranicza się tedy do argumentów pragmatycznych). Zob. też S. P. Nelson, *Beyond the First Amendment: the politics of free speech and pluralism*, Baltimore and London 2005, s. 25 – 26.

²⁰⁷ H. L. Gates, Jr., *Let them talk: why civil liberties pose no threat to civil rights*, The New Republic, September 20 and 27, 1993.

moseksualnym. Teoretycznym i filozoficznoprawnym uzasadnieniem takiej selektywnej ochrony może być przekonanie, iż ten drugi rodzaj obraźliwych wypowiedzi wyrządza swoim ofiarom większą krzywdę aniżeli inne rodzaje obelg. McConnell zadaje jednak retoryczne pytanie, czy takowe założenie jest faktycznie prawomocne. Jak sugestywnie perswaduje, „z empirycznego punktu widzenia [...] różne typy osobistych obelg («pryszczaty frajer») są [...] bardziej upokarzające [...] gdyż ofiara nie znajdzie żadnej grupy, która mogłaby ją wesprzeć w wyrażeniu protestu i oburzenia. Sam fakt, że rasistowskie, seksistowskie bądź homofobiczne wypowiedzi są w tak powszechny sposób potępiane [...] udowadnia, że ich ofiary nie są pozbawione społecznego wsparcia”²⁰⁸. Z tego też względu wybiórcze ściganie wyłącznie niektórych przejawów mowy nienawiści traci swoją potencjalną aksjologiczną legitymację. Tymczasem selektywność taka stanowi nieodłączny aspekt tak treści, jak procesu egzekwowania, proponowanych przepisów.

Trudno traktować w kategoriach szczególnego zaskoczenia fakt, iż oponenci penalizacji nie postrzegają mowy nienawiści, pomimo zajmowanego przez nich w polemice stanowiska, jako wartościowego merytorycznie elementu swobodnej wymiany idei. Nie oznacza to jednak bynajmniej, iż traktują oni problem wprowadzenia karalności „hate speech” jako relatywnie nieistotne zagadnienie dla politycznego, doktrynalnego i prawnego oblicza USA. Adekwantym podsumowaniem obaw żywionych przez wskazane środowisko (a zarazem doprowadzeniem pewnych supozycji do ostatecznych logicznych konsekwencji) mogą być przestrogi Jonathana Raucha, w którego ocenie współcześnie mamy do czynienia „z ustanawianiem bardzo groźnej zasady jako społecznego uprawnienia: «Nie będziesz ranił innych słowami». Ta zasada powoduje niebezpieczeństwo – i to nie tylko dla wolności obywatelskich. W swej istocie zagraża ona też wolnościowym metodom dochodzenia do prawdy” oraz aksjomatycznej liberalnej regule, że wyłącznie dzięki „wzajemnemu kontrolowaniu się poprzez publiczny krytycyzm” jesteśmy w stanie „w uzasadniony sposób rozstrzygać, kto ma słuszność w sporze [...] A cóż powinniśmy uczynić, by ułagodzić urażone uczucia tych, którzy zostali obrażeni, w celu zrekompensowania im doznanych krzywd i ukarania ich prześladowców? To i tylko to: *absolutnie nic*. Zupełnie nic. Standardową odpowiedzią udzielaną ludziom, których uczucia zostały obrażone, winno być: «Czy naruszono jakąś inną wartość poza twymi uczuciami? Czy tobie lub innym osobom grozi się przemocą albo wandalizmem? Nie? W takim razie przykro, że twoje uczucia zostały zranione, ale nic na to nie poradzimy. Jakoś to przeżyjesz». Jeżeli mamy czerpać korzyści z egzystencji w liberalnym społeczeństwie bez uprawiania bezwstydnego hipokryzji, to musimy spróbować wyrobić sobie grubą skórę”. Jak konkluduje Rauch, „humanitaryści twierdzą, że obraźliwe wypowie-

²⁰⁸ M. W. McConnell, *America's first "hate speech" regulation*, Constitutional Commentary, vol. 9, s. 22 – 23.

dzi wyrządzają szkodę, że konstytuują «słowa, które ranią» [...] że czynią «rzeczywiste zło ludziom z krwi i kości» [...] Profesorka z Uniwersytetu Michigan twierdzi: «Dla mnie rasistowskie epitety to nie słowa. To pociski». To właśnie logiczna konsekwencja linii argumentacyjnej humanitarystów: zamazanie dystynkcji (tak w teorii, jak i ostatecznie w praktyce) pomiędzy dyskusją a rozlewem krwi. Nie trzeba być geniuszem, by zrozumieć, jakie jest następstwo przyjęcia stanowiska, że «obraźliwe słowa to pociski»: jeśli skrzywdzisz mnie słowem, a ja odpowiem strzałem, to wymiana jest ekwiwalentna [...] Wet za wet». Zdaniem Raucha, penalizacja mowy nienawiści to pierwszy krok na drodze wiodącej do zniszczenia wolności wyrażania poglądów – jednej z najcenniejszych wartości wypracowanych przez zachodnią cywilizację²⁰⁹.

Wiele z powyższych konstatacji wydaje się przynajmniej *prima facie* trafnych. Trzeba jednak podkreślić, że opinia publiczna w Stanach Zjednoczonych jest silnie spolaryzowana w odniesieniu do zagadnienia postulowanego prawnego statusu mowy nienawiści. Zwłaszcza na przestrzeni minionych dwóch – trzech dekad głos zwolenników penalizacji (w szczególności tych rekrutujących się spośród proponentów krytycznej teorii rasowej) zaczął rozbrzmiewać bardzo donośnie. Punktem wyjścia refleksji orędowników karalności jest przeświadczenie o wyjątkowym charakterze „hate speech” z perspektywy ochrony wolności wypowiedzi. Mowa nienawiści stanowi w tym ujęciu unikalny (ewentualnie jeden z kilku unikalnych) rodzajów ekspresji, który nie jest (względnie nie powinien być) objęty rękojmiami pierwszej poprawki. Ten nadzwyczajny brak konstytucyjnej ochrony ma wynikać z faktu, że ten typ wypowiedzi wyrządza (w porównaniu z innymi rodzajami ekspresji) szczególnie głęboką krzywdę swoim adresatom oraz wywiera dramatycznie destrukcyjny wpływ na życie społeczne. Robert C. Post zestawiał jeden z najbardziej kompletnych katalogów enumerujących szkody, za jakie w ocenie tych środowisk odpowiada mowa nienawiści²¹⁰. Po pierwsze, „hate speech” to inherentne czy też ontologiczne zło z perspektywy normatywnej (niezależnie od negatywnych konsekwencji konkretnego aktu komunikacyjnego), ponieważ wiąże się z podważeniem egalitarnych reguł równości i niedyskryminacji. Po drugie, mowa nienawiści powoduje upośledzenie statusu oraz widoków na przyszłość przedstawicieli zbiorowości dyskursywnie uznawanych za podrzędne. Po trzecie, „hate speech” promuje i wzmacnia systematyczną i strukturalną subordynację grup będących jej obiektem. Po czwarte, jest ona komunikacyjnym zjawiskiem analogicznym do takich zakazywalnych

²⁰⁹ J. Rauch, *The humanitarian threat to free inquiry*, Reason, April 1993, s. 21 – 22, 26.

²¹⁰ R. C. Post, *Racist speech, democracy, and the First Amendment*, William and Mary Law Review, vol. 32, s. 272 – 275. Dodajmy, że Post osobiście uznaje niektóre z poniższych zarzutów za wyraźnie przesadzone; ma też raczej ambiwalentny stosunek do propozycji wprowadzenia generalnego zakazu głoszenia „hate speech”.

(przez prawo karne lub cywilne) rodzajów ekspresji, jak zniesławianie, naruszanie prywatności oraz celowe wyrządzanie krzywdy emocjonalnej; wywołuje bowiem podobne, jeśli nie identyczne, szkody w psychice stanowiących jej cel jednostek (naruszając ich godność, powodując uczucie upokorzenia, społecznej izolacji czy nienawiści do samych siebie, itp.). Po piąte, „hate speech” eliminuje możliwość racjonalnej deliberacji, albowiem kwestionuje podstawowe warunki wstępne pozwalające prowadzić rozumną debatę (odrzućenie przymusu, wzajemny szacunek interlokutorów, chęć wysłuchania osób głoszących idee przeciwstawne do tych posiadanych przez nas). Po szóste, mowa nienawiści systematycznie „ucisza” będące jej obiektem segmenty populacji (których reprezentanci wycofują się do sfery prywatności oraz rezygnują z udziału w publicznym dyskursie), wypaczając tym samym społeczną debatę czy wolny rynek idei²¹¹. Dwa ze wskazanych tutaj argumentów wydają się odgrywać szczególnie ważną rolę we współczesnych amerykańskich dyskusjach. Pierwszy dotyczy antagonistycznej (rzekomo) relacji między nieskrępowaną wolnością słowa a pryncypiami moralnopolitycznej równości ludzi (które także są aksjologicznym fundamentem ustawy zasadniczej USA); drugi koncentruje się zaś na krzywdzie, jaką mowa nienawiści wyrządza atakowanym jednostkom. Wydaje się celowe i instruktywne przytoczenie kilku dodatkowych opinii afirmu-

²¹¹ Powyższe wyliczenie możemy uzupełnić jeszcze dwoma następnymi argumentami. Dhammika Dharmapala i Richard H. McAdams dowodzą, odwołując się do metod analizy ekonomicznej, że mowa nienawiści dostarcza potencjalnym kryminalistom dodatkowej stymulacji do popełnienia motywowanych nienawiścią przestępstw (np. poprzez przekonanie przyszłych sprawców, że takie czyny zabronione cieszą się poparciem społecznym, że dehumanizujące poglądy rasistowskie lub przesady religijne są powszechnie akceptowane, że popełnienie danego przestępstwa zagwarantuje im społeczny prestiż itd.), [w:] *idem, Words that kill? An economic model of the influence of speech on behaviour (with particular reference to hate speech)*, *The Journal of Legal Studies*, vol. 34, s. 94 – 139. Natomiast David Reisman zwraca uwagę, że mowa nienawiści stanowi niezwykle użyteczny instrument w machinie propagandowej ruchów totalitarnych, które wykorzystują „wykalkulowane fałszerstwa i oszczerstwa” do manipulowania opinią publiczną oraz zdobywania społecznego poparcia. Jak pisze Reisman, „przy dochodzeniu przez nazistów do władzy w Niemczech zniesławianie było kluczową bronią [...] Doskonale znany wzór ataków na «demokratów», «czerwonych», «socjalistów», «Żydów», «liberałów» i «katolików» nie pociągał za sobą sankcji karnej za zniewagę, albowiem twierdzono, że tak amorficzne grupy nie mogą być znieważone”. Tym samym omawiany typ wypowiedzi stał się skuteczną bronią używaną przez faszyzm w walce z demokracją (i oczywiście może stać się nim ponownie). Odmowa ochrony grup społecznych przed fałszywymi oskarżeniami i pogardliwymi konstatacjami musi ostatecznie prowadzić do osłabienia demokracji, albowiem współczesny ustrój ludowładztwa opiera się raczej na aktywności zbiorowej aniżeli *stricte* indywidualnej. To poprzez udział w rozmaitych grupach jednostki „przyczyniają się do dobrobytu społecznego oraz rozwijają swoje indywidualne umiejętności”. Mowa nienawiści (Reisman nie posługuje się tym terminem) jest atakiem zarówno na pluralistyczny model demokratycznego społeczeństwa, jak i (derywatywnie) na demokratyczne swobody obywateli przynależących do znieważanych zbiorowości, [w:] *idem, Democracy and defamation: control of group libel*, *Columbia Law Review*, vol. XLII, s. 728 – 731. Podsumowując tezy Reismana, brak sankcji karnych za posługiwanie się „hate speech” może utorać drogę dla triumfu totalitarnych ideologii.

jących jedną z powyższych tez (lub obie) i dopuszczających na tej podstawie penalizację „hate speech”²¹².

Rozpocznijmy od prezentacji poglądu Stevena J. Heymana, jednego z najwybitniejszych znawców problematyki mowy nienawiści. W jego przekonaniu posługiwanie się „hate speech” konstituuje naruszenie uprawnień obywatelskich członków wiktyimizowanych grup, ponieważ autorzy takich wypowiedzi odmawiają traktowania swoich ofiar jako wolnych oraz równych obywateli będących częścią wspólnoty politycznej i zdolnych do demokratycznej partycypacji w sprawach publicznych. Mowa nienawiści wyłącza obrażane osoby poza obręb społeczności obywatelskiej wskutek odmówienia im stosownej dozy szacunku stanowiącego nieusuwalny warunek równoprawnej przynależności do wspólnoty. Ponadto – utrzymuje Heyman – polityczna mowa nienawiści wiąże się nieuchronnie z odmową udzielenia uznania (w heglowskim sensie terminu) większej bądź mniejszej grupie jednostek, które współkonstruują demokratyczne i egalitarne społeczeństwo. Dysponowanie elementarnym uznaniem ze strony współobywateli jest zaś fundamentalnym prawem obywatelskim. Heyman zauważa też, że w demokratycznym modelu ustrojowym ludzie wypełniają równocześnie dwie funkcje: są zarazem rządzącymi i rządzonymi. Jeśli aspirują do uczestnictwa we władzy politycznej, to muszą sprawować ją w sposób zgodny z moralnymi zobowiązaniami nakładanymi przez demokrację. Jeżeli natomiast nie udzielają każdemu z rządzonych stosownego szacunku i uznania, to tym samym lekceważą swoje polityczne obowiązki i nadużywają swych politycznych praw. Jak konkluduje badacz, dekryminalizacja mowy nienawiści godzi w zupełnie zasadnicze aksjomaty demokratycznego porządku²¹³. Z wywodów Heymana jednoznacznie wynika, iż w jego mniemaniu niekaralność „hate speech” jest nie do pogodzenia z wizją demokracji partycypacyjnej (z towarzyszącymi jej ideałami inkluzywnej debaty publicznej oraz indywidualnego samookreślenia)²¹⁴. Z kolei Mary J. Matsuda przekonuje, iż tolerowanie przez państwo mowy nienawiści sprowadza się do nałożenia „emocjonalnego opodatkowania” na osoby o najmniejszej zdolności płatniczej. Jak twierdzi, „nienawistny rasistowski przekaz, groźby, inwektywy, epitety czy pogarda uderzają przedstawicieli obrażanej grupy w splot słoneczny [...] negatywne następstwa nienawistnego przekazu są realne i natychmiastowe dla jego ofiar, które doświadczają emocjonalnego stresu oraz rozlicznych fizjologicznych symptomów, od uczucia

²¹² Dodajmy zarazem, że wśród orędowników karalności istnieje daleko posunięta rozbieżność poglądów na temat pożądanego zakresu penalizacji. Jednak istota ich argumentacji pozostaje właściwie identyczna.

²¹³ S. J. Heyman, *Freedom of expression: an essay on rights, relation and recognition*, Genders, vol. 28.

²¹⁴ Por. K. Gerber, *Speaking back: the free speech versus hate speech debate*, Amsterdam 2002, s. 43.

strachu [...] do przyspieszonego pulsu i trudności w oddychaniu, koszmarów nocnych, chorób posttraumatycznych, hypernapięcia, psychoz”; w wielu przypadkach finalnym rezultatem jest samobójstwo. Mowa nienawiści ma druzgocący wpływ na osobiste poczucie bezpieczeństwa i szacunek jej ofiar wobec samych siebie, uderzając dokładnie tam, gdzie uczucie bólu jest najbardziej dojmujące. Prowadzi też do mniej lub bardziej subtelnych zasiania w umysłach ludzi przeświadczenia o wyższości lub niższości określonych grup społecznych (np. rasowych bądź religijnych). Nawet najbardziej odrażające idee, jeżeli tylko są permanentnie powtarzane, skrycie zatruwają podświadomość i wpływają na percepcję rzeczywistości oraz wartości moralne obywateli. Odmowa prawnego zapobiegania mowie nienawiści lub rekompensowania wyrządzonych przez nią krzywd jest w rzeczywistości przejawem lekceważenia „perspektywy ofiary” ukrywanego pod płaszczykiem wątpliwych konstytucyjnych argumentów. Jak konkluduje Matsuda, „hate speech” winna być traktowana jako „kategoria *sui generis*, przedstawiająca idee tak historycznie kompromitujące, tak niebezpieczne i tak powiązane z przemocą i degradacją tych klas społecznych, które są w najmniejszym stopniu zdolne do udzielenia na nią odpowiedzi, iż odpowiednią nań reakcją jest wykluczenie takich wypowiedzi poza obszar chronionego dyskursu”. Rezygnacja z penalizacji oznacza obciążenie dodatkowym brzemieniem grup, które są i tak najbardziej upośledzone oraz niejako tradycyjnie poddawane opresji i dyskryminacji²¹⁵.

Ten ostatni wątek rozwija też Andrew Altman, argumentując, iż fundamentalnym złem wynikającym z mowy nienawiści jest traktowanie niektórych współobywateli jako istot moralnie podrzędnych. Altman podkreśla, że „liberalna republika nie jest republiką cnoty, w której władze zakazują popełniania każdego możliwego zła. Liberalna republika otacza ochroną znaczący obszar indywidualnej wolności każdej jednostki, na którym posiada ona swobodę czynienia nawet pewnych złych rzeczy bez ingerencji ze strony państwa”. Jednakże „krzywdy wynikające z subordynowania jednostek w oparciu o rasowe, płciowe czy seksualne kryteria nie są zwykłymi krzywdami. Z historycznej perspektywy są one jednym z głównych powodów, dla których zachodnie demokracje nie były (i nadal nie są) w stanie zrealizować w praktyce swoich obietnic, ideałów i pryncypiów. Jako takie, krzywdy owe są szczególnie właściwym celem regulacji w naszej liberalnej republice”. Zasada neutralności światopoglądowej nie może w tym przypadku krępować państwa²¹⁶. Jak uzupełnia Charles R. Lawrence III, szkody powodowane przez

²¹⁵ M. J. Matsuda, *Public response to racist speech: considering the victim's story*, [w:] *idem*, Ch. R. Lawrence III, R. Delgado and K. W. Crenshaw, *Words that wound. Critical race theory, assaultive speech, and the First Amendment*, Boulder 1993, s. 18, 23 – 26, 35, 47.

²¹⁶ A. Altman, *Liberalism and campus hate speech: a philosophical examination*, *Ethics*, vol. 103, s. 303 – 312. Warto dodać, że Altman sceptycznie odnosi się do celowości ustanowienia blankietowego zakazu posługiwania się „hate speech” i proponuje wprowadzenie karalności

„hate speech” są „namacalne, trwałe i częstokroć nienaprawialne”. Posiadają one wymiar psychologiczny, reputacyjny oraz edukacyjny. Ich istnienie musi być „rozpoznane, rozliczone i skonstrastowane” z zagrożeniami wynikającymi z domniemanego ograniczenia chronionych pierwszą poprawką wolności, które byłyby efektem restrykcyjnego podejścia ustawodawcy do mowy nienawiści. Lawrence jest w pełni przekonany, iż taka racjonalna kalkulacja zysków i strat musi doprowadzić do konkluzji, że korzyści wynikające z absolutnej swobody słowa nie przewyższają negatywnych reperkusji powodowanych przez „hate speech”. Rezultat takiego wyważania jest w jego ocenie oczywisty z uwagi na wspomnianą naturę i zakres krzywd doznawanych przez adresatów nienawistnego przekazu. Lawrence, koncentrując swoją uwagę przede wszystkim na dyskursie rasistowskim, akcentuje równocześnie fakt, że ten typ ekspresji jest praktycznie nieodłączny od zachowań dyskryminacyjnych, albowiem promuje i usprawiedliwia idee rasowej supremacji. Cel „białej dominacji” nie jest „osiągany ani przez indywidualne postępowanie, ani przez kumulatywne zachowania grupowe”, ale raczej poprzez praktyczną instytucjonalizację wyobrażeń obecnych w rasistowskim imaginariu i werbalizowanych dzięki mowie nienawiści. Instytucjonalizacja owa wytwarza „na poziomie społecznym zachowania, które przewyższają sumę pojedynczych rasistowskich aktów. Rasistowskie czyny milionów jednostek wzajemnie się umacniają bądź kumulują, ponieważ *status quo* zinstytucjonalizowanej dominacji białych trwa nawet po tym, jak celowe rasistowskie działania ulegają zanikowi”. Z tego powodu mowę nienawiści należy uznać za bezpośredni katalizator konstytucyjnie niedopuszczalnej praktyki dyskryminacji²¹⁷. Warto również przytoczyć argumentację Stanleya Fisha, który przekonuje, że właściwie każdy rodzaj ekspresji może potencjalnie, w oczach określonych jednostek lub też grup społecznych, konstituować obrazę lub podżeganie do szkodliwych działań. Z filozoficznoprawnego punktu widzenia, nie istnieją więc „«słowa same w sobie», słowa ściśle oddzielone od krzywdzącego działania, «tylko słowa» lub słowa będące wyłącznie pozbawionym konsekwencji transferem idei. Z tego wniosku logicznie wynika, że kiedy sąd orzeka w imieniu takich nieistniejących rzeczy, to tak naprawdę czyni coś innego, a mianowicie decyduje się pozwolić na wyrządzanie słowem jakiegoś typu krzywdy, ponieważ sądzi, że wskazany permissywizm przyniesie więcej zysków niż zajęcie stanowiska restrykcyjnego”. Fish zaleca przeto pieczołowitą i konkretną analizę każdego przypadku mowy nienawiści w celu odkrycia, czy naprawdę jest jakiś dobry powód, który mógłby skłonić nas do „zignorowania odczuć ludzi uznających określoną

wyłącznie inwektyw czy też epitetów (która to kategoria ekspresji obejmuje jednakowoż więcej desygnatów aniżeli wąsko ujęta definicja „fighting words”).

²¹⁷ Ch. R. Lawrence III, *If he hollers let him go: regulating racist speech on campus*, Duke Law Journal, 1990, s. 442 – 443, 458 – 466.

formę wypowiedzi za krzywdzącą”. Zamiast ukrywać się pod wygodnym parawanem komunałów o tzw. swobodzie wyrażania poglądów, szczególnym znaczeniu pierwszej poprawki, wolności debaty itp., może po prostu powinniśmy uznać, że „istnieją dobre powody, aby spenalizować używanie słów «czarnuch», «cipa», «żydek» czy «pedał»”²¹⁸. W konkluzji powołajmy jeszcze tezę Robin West: „Progresistowskie rozumienie mowy nienawiści jako szkodliwego fenomenu z uwagi na jej negatywne konsekwencje dla idei równości [...] nie opisuje problemu w pełni. Mowa nienawiści nie podważa wyłącznie równości traktowanych podrzędnie osób (względnie grup, do których te osoby należą). Narusza również ich wolność: wolność przechadzania się po ulicach, kampusach czy miejscu pracy bez uczucia strachu przed molestowaniem; wolność wygłaszania poglądów bez bycia cenzurowanym przez uciszające oddziaływanie nienawiści; wolność życia we wspólnocie z innymi i w pokoju z samym sobą, nie będąc skutym w kajdany wskutek konsekwencji ekspresji, która w szczególny sposób rani słuchacza, redukując jego egzystencję do czynników materialnych, zaprzeczając jego transcendentalnemu istnieniu oraz [...] mordując jego ducha”. Ponieważ wolność leży w samym sercu konstytucyjnej tożsamości Amerykanów, to pierwsza poprawka powinna być interpretowana jako narzędzie ułatwiające i ochraniające międzyludzką komunikację, a nie jako instrument zabezpieczający uprawnienie jednostek do przekazywania absolutnie dowolnych treści niezależnie od tego, czy godzą one w indywidualną wolność współobywateli²¹⁹. Podsumowując, w przeświadczeniu środowisk propenalizacyjnych „hate speech” jest na tyle bezwartościowa i szkodliwa, że zalety swobody wypowiedzi i treść pierwszej poprawki nie usprawiedliwiają bezkarności jej propagatorów.

Przystąpmy więc do zwięzłej rekapitulacji najważniejszych orzeczeń Sądu Najwyższego odnoszących się, mniej bądź bardziej bezpośrednio, do kwestii konstytucyjności penalizacji mowy nienawiści²²⁰. Pierwsza ze spraw²²¹ dotyczyła Arthura Terminiello, suspendowanego księdza katolickiego, skazanego za zakłócenie porządku publicznego poprzez sprowokowanie zamieszek w miejscu publicznym. Podsądny, na

²¹⁸ S. Fish, *There's no such thing as free speech and it's a good thing too*, Boston Review, February 1992.

²¹⁹ R. West, *Toward a First Amendment jurisprudence of respect: a comment on George Fletcher's Constitutional Identity*, Cardozo Law Review, vol. 14, s. 764 – 765.

²²⁰ W jego orzecznictwie nie wydaje się budzić szczególnych kontrowersji teza, iż posługiwanie się „hate speech” (podobnie, jak używanie gróźb i „fighting words”) może niekiedy (zapewne rzadko) rodzić po stronie nadawcy takich komunikatów odpowiedzialność deliktową (za wyrządzenie emocjonalnej krzywdy). Zob. R. Delgado, *Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling*, Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, vol. 17, s. 151 – 157. Por. jednak *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell*, 485 U. S. Reports 46 (1988).

²²¹ *Terminiello vs. City of Chicago*, 337 U. S. Reports 1 (1949).

wiecu Chrześcijańskich Weteranów Ameryki, wygłosił przemówienie, które (jak trafnie stwierdził w swym *votum separatum* sędzieja Jackson) „wiernie i nieprzypadkowo kopio- wało wzór ustanowiony przez europejskich faszystów”. W szczególności wystąpienie Terminiello było nasycone antysemickimi stereotypami i kliszami. W instrukcji udzielonej przysięgłym, sędzieja prowadzący proces w pierwszej instancji zalecił uznanie oskar- żonego winnym, jeżeli ława zakwalifikuje jego przemówienie jako wzbudzające gniew, sprzyjające wywołaniu kłótni, powodujące wzburzenie, zakłócające ciszę i spokój. SN, uchylając wyrok skazujący, podkreślił, piórem sędziego Douglasa, że witalność społecz- nych, politycznych i obywatelskich instytucji w Ameryce jest uwarunkowana istnieniem swobodnej dyskusji. Jedynie wolna debata i wymiana poglądów czyni rząd odpowie- dzialnym przed wolą ludności oraz pozwala na wprowadzanie pokojowych i ewolucyj- nych zmian. Dywersyfikacja opinii i wolność słowa są probierzem umożliwiającym od- różnienie systemu demokratycznego od totalitaryzmu. Rolą swobodnej debaty jest *de facto* prowokowanie sporów, zachęcanie do polemiki, wywoływanie niezadowolenia z istniejącego stanu rzeczy, wrywanie obywateli z uczucia błogostanu, a nawet wzbud- zanie gniewu. Według Douglasa, wolne słowo częstokroć stanowi wyzwanie dla po- wszechnie wyznawanych poglądów; wielokrotnie wzbudza również oburzenie czy iry- tację odbiorców. Alternatywą dla znoszenia takiego stanu rzeczy jest jednak standaryzacja przekonań arbitralnie narzucanych przez legislatywę, sądownictwo, do- minujące środowiska polityczne itp. Taka opcja byłaby natomiast rażąco sprzeczna z ustawą zasadniczą. Nietrudno dostrzec, że w interpretacyjnym paradygmacie pierw- szej poprawki proponowanym przez Douglasa żadną miarą nie da się pomieścić karal- ności mowy nienawiści.

Zaledwie kilka lat później Sąd Najwyższy zajął radykalnie odmienne stanowisko. Sprawa *Beauharnais vs. Illinois*²²² już bezpośrednio dotyczyła zagadnienia mowy niena- wiści, której prawną konceptualizację stanowiła formuła „znieważenia grupy” (*group libel*). Kodeks karny stanu Illinois zakazywał produkowania, sprzedawania, publikowa- nia, wystawiania w miejscu publicznym (itd.) jakiegokolwiek słowa drukowanego, fil- mu, sztuki (itd.), propagujących tezę o nieprawości, deprawacji, niemoralności, prze- stępności czy niecnotliwości grupy obywateli definiowanej poprzez kryteria rasowe lub religijne, jeśli prezentacja tych poglądów narażałaby reprezentantów rzeczzonej grupy na pogardę, szyderstwo lub zhańbienie (względnie groziłaby naruszeniem porządku pu- blicznego albo też wywołaniem zamieszek). Okoliczności faktyczne sprawy przedsta- wiały się relatywnie prosto. Joseph Beauharnais, przewodniczący organizacji o pompa- tycznej nazwie Liga Białego Kręgu, rozpowszechniał w Chicago ulotkę nawołującą

²²² 343 U. S. Reports 250 (1952).

urzędników miejskich do działania w celu powstrzymania inwazji, molestowania i wkroczenia przez czarnych do dzielnic zamieszkałych przez białą ludność. Wzywał równocześnie „milion szanujących się białych obywateli Chicago do zjednoczenia” i przestrzegał w dramatycznym tonie, że „jeżeli perswazja oraz potrzeba zapobieżenia byciu skundlonym przez czarnych nie skłoni nas do wspólnego działania, to agresja, gwałty, rozboje, noże, rewolwery i marihuana czarnych na pewno to uczynią”. Na podstawie wspomnianego wcześniej przepisu Beauharnais został skazany na grzywnę w wysokości 200 dolarów²²³. Wniesiona przezeń w odpowiedzi apelacja zawierała zarzuty natury konstytucyjnej, zgodnie z którymi przedmiotowa regulacja miała w sposób niedopuszczalny ograniczać wolność wypowiedzi. Przepis miał być również niedostatecznie jasny z punktu widzenia techniki legislacyjnej. Proces ostatecznie zakończył się w Sądzie Najwyższym, który, najmniejszą możliwą większością głosów (5 do 4), zatwierdził wyrok skazujący. Uzasadnienie sporządził Felix Frankfurter, znany nam już jako jurysta niechętny ekspansywnej wykładni pierwszej poprawki. Punktem wyjścia jego refleksji było znane już nam stwierdzenie z wyroku w sprawie *Chaplinsky vs. State of New Hampshire* o znikomej społecznej wartości znieważającej ekspresji oraz o jej kategorycznej ekskluzji poza sferę chronioną konstytucyjnie. Sędzia zinterpretował rozpowszechnianą przez Beauharnaisa ulotkę jako wypowiedź, której autor *en bloc* oskarża wszystkich czarnych o bycie złodziejami, gwałcicielami, użytkownikami marihuany i uzbrojonymi wrogami porządku publicznego. Jak dowodził dalej, „jeżeli sformułowanie skierowane do jednostki może stanowić obiekt represji karnej, to nie możemy pozbawić stanu możliwości karania za taką samą wypowiedź, tyle że skierowaną w stronę zdefiniowanej grupy osób, chyba że takowa restrykcja byłaby bezcelowa i niezwiązana z publicznym pokojem i dobrobytem”. Frankfurter utrzymywał równocześnie, iż nie jest zadaniem Sądu Najwyższego weryfikowanie czy falsyfikowanie teorii wysuwanych przez rozmaitych przedstawicieli nauk społecznych dotyczących zależności pomiędzy życiem jednostki a statusem jej rasowej lub religijnej grupy w stratyfikacji społecznej. Jednak byłoby niedopuszczalnym dogmatyzmem, znacznie wykraczającym poza konstytucyjne uprawnienia SN, arbitralne przesądzenie, że legislatywie stanu Illinois nie wolno przyjąć założenia, zgodnie z którym „możliwość pracy, szanse edukacyjne oraz szacunek udzielany człowiekowi zależy w takim samym stopniu od jego własnych zasług, co od reputacji rasowej lub religijnej grupy, do której taka osoba, chcąc nie chcąc, przynależy”. Z tego powodu Sądowi Najwyższemu nie wolno wprowadzać nieracjonalnej dystynkcji między karalnym znieważaniem jednostki oraz niekaralnym znieważaniem grupy, skoro pozycja danej osoby może być (przynajmniej według stanowego prawodawcy) imma-

²²³ T. I. Emerson, *The system...*, s. 393.

mentnie związana ze społeczną percepcją zbiorowości, których ten człowiek jest członkiem. Jak pamiętamy, sędzia Frankfurter był zagorzałym zwolennikiem powściągliwości SN przy przeprowadzaniu wykładni ustawy zasadniczej. Jego uzasadnienie w rozważanej sprawie dobrze wkomponowało się w tradycyjnie wyrażane przezeń poglądy. Jak bowiem wskazywał, władza sądownicza nie jest uprawniona do ograniczania legislatywie pola manewru z wyjątkiem sytuacji, w których konstytucja wprost nie zezwala na przyjęcie określonych rozwiązań (albo wskazane rozwiązania są nieracjonalne instrumentalnie). Należy zarazem podkreślić, że Frankfurter nie zrezygnował z wprowadzenia do swego uzasadnienia dyskursu o charakterze socjologicznym. W jego mniemaniu, penalizacja znieważania grupy jest usprawiedliwiona, albowiem propagatorzy rasistowskich czy nietolerancyjnych religijnie fałszerstw przyczyniają się do zaostrzenia napięć w metropolitalnych społecznościach oraz do „zamieszek, gwałtów i zniszczenia”. Sędzia odrzucił też argument z niejasności podważanego unormowania, akceptując, jak się wydaje, tradycyjną rzymską paremię *abusus non tollit usum*. Jego zdaniem, teoretycznie każda regulacja może być nadużyta poprzez niewłaściwe stosowanie. Fakt ten nie może zatem stanowić samoistnej podstawy kwestionowania przepisów, chyba że poziom ich nieprecyzyjności jest wyjątkowo duży. W przypadku przedmiotowej regulacji nie mamy do czynienia z tą sytuacją, albowiem prawo stanu Illinois jest wymierzone w konkretne i zdefiniowane zło, język regulacji jest zakorzeniony w historii i praktyce lokalnej jurysdykcji, a przepisom można nadać zawężającą wykładnię²²⁴. Trudno oprzeć się wrażeniu, że sędzia potraktował zarzut niejasności unormowania w wielce lekceważący sposób²²⁵.

²²⁴ Poza wszystkim, według sędziego w przypadku Beauharnaisa subsumcja była przeprowadzona poprawnie.

²²⁵ Czterech sędziów zgłaszających *votum separatum* oparło swoje sprzeciw na zróżnicowanych przesłankach. Zdaniem sędziego Blacka, unormowanie zawarte w prawie Illinois sprostawa się do okrojowania ekstensywnej cenzury poglądów, a każde poszerzenie zakresu działania prawa karnego w kwestii znieważania poza jego tradycyjny zakres (odnoszący się do penalizacji umyślnych oszczerstw wymierzonych w jednostki) oznacza w praktyce utrudnienie możliwości prowadzenia debaty w sprawach publicznych i niedopuszczalną inwazję na terytorium chronione przez pierwszą poprawkę. W przekonaniu sędziego Stanleya Formana Reeda, trafny jest argument Beauharnaisa o niekonstytucyjnej niejasności kwestionowanej regulacji. Reed wskazywał, że takie terminy, jak „cnota”, „szyderstwo” bądź „zhańbienie”, „nie posiadają ani generalnego, ani konkretnego sensu w na tyle dostatecznym stopniu, aby klarownie uświadomić adresatom zawierających je uregulowań granice przysługującej im wolności słowa [...] Filozofowie i poeci, myśliciele wielkiego i pośredniego autoramentu wszystkich epok i ras próbowali rozwinąć znaczenie pojęcia «cnota», ale każdy z nich nauczał swojej własnej wersji moralnej prawowitości i własnych standardów dobrego moralnie postępowania. Czy mamy stosować kryteria przyjęte przez Purytanów czy Kawalerzystów, przez mieszkańców miast czy wsi, przez chrześcijan czy niechrześcijan, przez starych czy młodych? Czy Karta Praw pozwala stanowi Illinois zakazać jakichkolwiek refleksji na temat cnotliwości rasowych czy religijnych zbiorowości, które jakaś ława przysięgłych lub jakiś sędzia uznają za narażające przedstawicieli tej grupy na szyderstwo lub zhańbienie, terminy o wyraźnie budzącym wątpliwości znaczeniu w kontekście badanego aktu normatywnego? Nie sądzę”. Natomiast sędzia Jackson zanegował zgodność regulacji z ustawą zasadniczą

Orzeczenie wzbudziło liczne kontrowersje i dało asumpt do formułowania diametralnie przeciwstawnych opinii wśród komentatorów. Dla jednych wyrok był wybitnie nieliberalną, zagmatwaną logicznie oraz nieprzekonującą merytorycznie autoryzacją daleko idącej limitacji wolności słowa i swobodnej debaty²²⁶; dla innych przedstawiał właściwą odpowiedź udzielaną przez przyzwoitą społeczność na działania profesjonalnych siewców nienawiści²²⁷. W każdym razie przedmiotowe rozstrzygnięcie pozostaje po dziś dzień, z formalnego punktu widzenia, częścią obowiązującego w USA porządku prawnego. Jednak w zgodnej ocenie przeważającej większości konstytucjonalistów późniejsza linia orzecznicza Sądu Najwyższego w znaczącym stopniu zdezaktualizowała przyjęte w wyroku *ratio decidendi*. W pierwszym rzędzie należy zwrócić uwagę, iż SN w następnych latach zaczął stawiać analizowanym aktom normatywnym o wiele bardziej rygorystyczne wymogi w odniesieniu do jasności przepisów i precyzyjnego definiowania ich zakresu przedmiotowego, aniżeli uczynił to Frankfurter. Wystarczy zresztą w tym kontekście przypomnieć sobie ewolucję orzecznictwa SN *à propos* „fighting words”, aby uzyskać dobitne potwierdzenie powyższej tezy. Tymczasem regulacje wymierzone w mowę nienawiści, zwłaszcza te o generalnym charakterze, zdają się szczególnie podatne na tego typu ułomności, ponieważ praktycznie zawsze muszą posługiwać się pojęciami niedookreślonymi czy klauzulami generalnymi. Również oczywisty brak wystąpienia jasnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa dla chronionych konstytucyjnie wartości wynikającego z dystrybuowania przez Beauharnaisa ulotki (o relatywnie

z przyczyn proceduralnych. O ile penalizacja znieważenia grupy jest dopuszczalna na gruncie pierwszej poprawki, o tyle osoba oskarżona o taki czyn musi mieć możliwość stosownej obrony poprzez powołanie się m.in. na prawdziwość swoich stwierdzeń, na prawo do partycypowania w debacie publicznej i swobodnego komentowania spraw społecznych, na niewystępowanie wskutek danej ekspresji jasnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa wywołania zła, któremu władze publiczne mają kompetencję zapobiegać. Tymczasem kodeks karny Illinois nie zawierał takich proceduralnych gwarancji, pozwalających kontratypizować określoną wypowiedź. Z kolei sędzia Douglas zadeklarował, że „czyste słowo” może być penalizowane tylko w razie wystąpienia w jego efekcie jasnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa (a rozpowszechniana przez Beauharnaisa ulotka pod żadnym pozorem nie groziła takimi konsekwencjami). Jak dodawał w innym miejscu, „w sprawach będących przedmiotem publicznej troski, swobodne wyrażanie poglądów nie może być tłumione tylko dlatego, że ktoś uzna te idee za fałszywe. W ten właśnie sposób promujemy najszerszą możliwą debatę publiczną. W toku historii wysiłki zmierzające do supresji określonych poglądów były uzasadniane supozycjami o nieprawdziwości i szkodliwości tych ostatnich. Wojny religijne toczono przeciwko «fałszywym» doktrynom. Odkrycia naukowe atakowano jako «nieprawdziwe» i heretyckie. Jakże łatwo przychodzi posiadaczom władzy uznanie tego, z czym się nie zgadzają, za niebezpieczne i fałszywe”, [w:] *idem, A living Bill of Rights*, New York 1961, s. 26.

²²⁶ Zob. np. H. Kalven, Jr., *A worthy tradition: freedom of speech in America*, New York 1988, s. 94; C. O. Lawthorne, *The Supreme Court and libel*, Carbondale 1981, s. 21.

²²⁷ Zob. np. H. Arkes, *Civility and the restriction of speech: rediscovering the defamation of groups*, *The Supreme Court Review*, 1974, s. 286 – 335; A. D. Weinberger, *Freedom and protection: the Bill of Rights*, San Francisco 1962, s. 125; Note (b.a.), *A communitarian defense of group libel laws*, *Harvard Law Review*, vol. 101, s. 682 – 701.

przecież umiarkowanej treści) zdaje się z dzisiejszej perspektywy orzeczniczej wykluczać możliwość prawnego represjonowania jej autora. Trzeba także koniecznie wspomnieć o precedensowym wyroku Sądu Najwyższego w sprawie *New York Times Co. vs. Sullivan*, który radykalnie ograniczył stosowalność regulacji dotyczących znieważania osób publicznych (a za takie należy uznać grupy rasowe czy religijne²²⁸). Otóż na gruncie orzeczenia jako zniewagę rodzącą obowiązek odszkodowawczy (mówimy, rzecz jasna, o prawie cywilnym²²⁹) można zakwalifikować wyłącznie podawanie niezgodnych z prawdą stwierdzeń faktycznych, popełnione w zamiarze bezpośrednim (autor przekazu jest świadom, iż przekazuje fałszywe informacje) bądź ewentualnym (autor przekazu ujawnia lekceważącą obojętność – „reckless disregard” – w stosunku do prawdy i godzi się na to, że podane przezeń informacje mogą być nieprawdziwe)²³⁰. Odpowiedzialność z tytułu zniewagi nie może zatem dotyczyć opinii²³¹. Należy również wspomnieć o słynnym orzeczeniu Sądu Najwyższego w sprawie *Brandenburg vs. Ohio*²³², wydanym na tle niemalże kanonicznego przypadku mowy nienawiści. Clarence Brandenburg, przywódca jednego z lokalnych odłamów Ku-Klux-Klanu, został skazany za propagowanie konieczności i właściwości stosowania przemocy, sabotażu, metod terrorystycznych i czynów przestępczych dla zaprowadzenia społeczno-politycznych przemian oraz za stowarzyszanie się w tym celu w ramach grupy. Podczas jednego z wieców KKK Bran-

²²⁸ Zob. jednak R. Gelfand, *The freedom of speech in America*, Minneapolis 1969, s. 58.

²²⁹ Dla prawa karnego kryteria odpowiedzialności są co najmniej jednakowe, zob. *Garrison vs. Louisiana*, 379 U. S. Reports 64 (1964). W praktyce USA represja prawno-karna za zniewagę jest jednak dość rzadka.

²³⁰ Ten stan psychiczny autora przekazu jest konceptualizowany jako „actual malice”. Szerzej na temat wyroku, jego okoliczności, konsekwencji itd. zob. np. A. Lewis, *Make no law: the Sullivan case and the First Amendment*, New York 1991, s. 5 i n.

²³¹ Oczywiście w konkretnych przypadkach rozróżnienie stwierdzeń faktycznych od opinii może nastęrczać rozlicznych trudności. Całokształt jurysprudencki Sądu Najwyższego na tle pierwszej poprawki skłania jednak do maksymalnie zawężającej interpretacji terminu „stwierdzenie faktyczne”. Spróbujmy, tytułem egzemplifikacji, rozpatrzyć możliwość penali-zowania, na gruncie *New York Times Co. vs. Sullivan*, rozpowszechniania dwóch popularnych (i haniebnych) stereotypów funkcjonujących w narracjach antysemitkich. Zdanie „Żydzi zabili Chrystusa” byłoby raczej opinią, a nie stwierdzeniem faktu, którego prawdziwość można zweryfikować lub też sfalsyfikować w oparciu o obiektywne i mierzalne kryteria (por. F. S. Haiman, *Speech and...*, s. 95). Z kolei wypowiedzenia zdania „Żydzi przerabiają krew chrześcijańskich dzieci na macę” (por. S. Hook, *A philosopher dissents in the case of absolutes*, [w:] *Free speech and political protest*, ed. by M. Summers, Boston 1967, s. 84) również w większości wypadków nie mogłoby podlegać karze, albowiem jego autorom zazwyczaj nie sposób przypisać „actual malice” (zwykle wierzą oni głęboko w prawdziwość tego oskarżenia i są gotowi przedstawiać „dowody” na jego poparcie; dopuszczalne byłoby natomiast skazanie osób cynicznie wykorzystujących ten przesąd mimo posiadania pełnej świadomości jego absurdalności). Pamiętać równocześnie trzeba, że zdanie „W mojej opinii X wziął łapówkę” nie jest – wbrew literalnemu brzmieniu – opinią, ale stwierdzeniem faktu, por. *Milkovich vs. Loran Journal*, 497 U. S. 1 (1990).

²³² 395 U. S. Reports 444 (1969).

denburg wygłosił szereg obraźliwych uwag o Murzynach i Żydach, nawoływał do odesłania ich do Afryki oraz Izraela oraz wzywał przedstawicieli białej rasy do pomszczenia doznawanych prześladowań. Sąd Najwyższy, jednogłośnie uchylając wyrok skazujący, uznał za konstytucyjnie niedopuszczalną penalizację wypowiedzi jedynie generalnie propagujących użycie przemocy. Formułowanie takich zaleceń może być karane wyłącznie, jeżeli jego celem jest wywołanie bądź podżeganie do bezzwłocznego podjęcia nielegalnych działań oraz jeżeli jest prawdopodobne, że takowe nielegalne działanie bezzwłocznie nastąpi²³³. Rozstrzygnięcie to także poważnie ograniczyło możliwość penalizacji „hate speech” (na podstawie przepisów o podżeganiu albo nawoływaniu do przemocy). Dodajmy wreszcie, że regulacje wymierzone bezpośrednio w mowę nienawiści musiałyby przejść test „surowego nadzoru sędziowskiego”. Jak można zasadnie przypuszczać, standard ten jest na tyle wygórowany (co wynika z całokształtu orzecznictwa SN odnośnie do wolności słowa), że jego osiągnięcie przez takie unormowania jest niezwykle mało prawdopodobne²³⁴. Omówione tutaj ukształtowanie stanu prawnego bez wątpienia rokowało korzystnie dla osób praktykujących palenie krzyży przed rozpoznaniem przez Sąd Najwyższy zagadnienia konstytucyjności zakazu tego zachowania²³⁵.

Na zakończenie odnotujmy, że fundamentalną zmianę paradygmatu obowiązującego w amerykańskim sądownictwie co do mowy nienawiści (od czasów orzeczenia *Beauharnais vs. Illinois*) szczególnie dobrze ilustruje słynny *casus* „nazistów w Skokie”. Wprawdzie SN USA nigdy nie wypowiedział się w rzeczony kwestii pod względem merytorycznym, ale ostateczne rozstrzygnięcie zapadłe w niższej instancji stanowiło adekwatne odzwierciedlenie przyjętych przez Sąd Najwyższy zasad. Faktualnie rzecz ujmując, problem przedstawiał się relatywnie prosto. Otóż w kwietniu 1977 r. amerykańska Partia Narodowosocjalistyczna zadeklarowała wolę organizacji przemarszu ulicami miejscowości Skokie (podmiejskiej „sypialni” Chicago). Manifestacja miała obyc

²³³ Wyrok był radykalnym odstępniem od linii orzeczniczej SN w podobnych sprawach ustalonej w drugiej i trzeciej dekadzie XX wieku. Na temat znaczenia orzeczenia zob. szerzej D. E. Lively, *Foreshadows of the law: Supreme Court dissents and constitutional developments*, Westport 1992, s. 131 – 133.

²³⁴ Oczywiście swoboda głoszenia „hate speech” nie jest absolutna. Wypowiedzi tej treści mogą być ograniczane na zasadach ogólnych przewidzianych dla każdego rodzaju ekspresji. W szczególności może tu chodzić o regulacje dotyczące czasu, miejsca i sposobu przekazu, o których dokładniej powiemy w kolejnym rozdziale. Takie przepisy mogłyby w szczególności limitować prawo do komunikowania mowy nienawiści w niektórych instytucjach publicznych (np. bibliotekach, szkołach bądź też więzieniach). Wolność głoszenia „hate speech” podlegałaby też ograniczeniu w sytuacji, gdy jej adresatami byłiby figuratywnie traktowani „pojmani odbiorcy” („captive audience”). Por. np. *Frisby vs. Schultz*, 487 U. S. Reports 474; *Federal Communications Commission vs. Pacifica Foundation*, 438 U. S. Reports 726.

²³⁵ Zauważmy, że palenie krucyfiksów to zachowanie ekspresyjne w pełni wyczerpujące znamiona „hate speech”.

się bez przemówień oraz rozdawania ulotek; jednakże jej uczestnicy planowali demonstrować pod znakiem swastyki, stosownymi transparentami i w mundurach nazistowskich. Władze Skokie, zamieszkaną w 60 % przez obywateli pochodzenia żydowskiego, wydały zakaz przeprowadzenia manifestacji. Po długotrwałej prawnej batalii Sąd Najwyższy stanu Illinois w styczniu 1978 r. uchylił wskazaną decyzję²³⁶. Rozstrzygnięcie to wzbudziło (i wzbudza do dziś) ogromne kontrowersje nawet wśród zwolenników szerokiej interpretacji pierwszej poprawki, generalnie postulujących objęcie jej zakresem również mowy nienawiści²³⁷. SN stwierdził bowiem, iż wystawianie na widok publiczny znaku swastyki oraz noszenie charakterystycznego ubioru (jako symboliczny wyraz akceptacji określonej filozofii politycznej) pozostają chronione przez konstytucyjne gwarancje wolności słowa. Sędziowie uznali również, że w świetle wyroku w sprawie *Cohen vs. California* takowe postępowanie nie może zostać potraktowane jako użycie „fighting words”, albowiem brak w nim niezbędnego definicyjnie interpersonalnego aspektu. Równocześnie w przedmiotowej sprawie nie zachodził przypadek „pojmanyh odbiorców”, gdyż mieszkańcy miejscowości zostali z odpowiednim wyprzedzeniem poinformowani o planowanej demonstracji i mogli przedsięwziąć stosowne kroki w celu uniknięcia kontaktu z propagowanym przez narodowych socjalistów przekazem. Jak konkludował Sąd, niewątpliwie odrażający i obraźliwy, tak dla żydowskich mieszkańców Skokie, jak i dla zasad panujących w wolnym społeczeństwie, charakter manifestacji nie jest wystarczającym powodem upoważniającym władze publiczne do cenzurowania wypowiedzi będących ekspozycją politycznych przekonań²³⁸. Jeżeli uznać swastykę

²³⁶ Zwięzłe omówienie stanu faktycznego można znaleźć [w:] C. Cohen, *Right to be offensive: Skokie – the extreme test*, [w:] *The First Amendment in a free society*, ed. by J. Bartlett, New York 1999, s. 137.

²³⁷ Przykładowo Raphael Cohen-Almagor, przeciwniczka szeroko zakrojonej penalizacji „hate speech”, utrzymuje, że manifestacja mogła zostać zakazana, ponieważ obraza popełniona przy użyciu wypowiedzi powinna podlegać prewencyjnej lub represyjnej reakcji państwa, jeżeli dany akt komunikacyjny spełnia trzy standardy: „(1) ‘the extent of offensiveness standard’, meaning the intensity and durability of the repugnance produced and the extent to which repugnance could be anticipated to be the general reaction of strangers to the conduct displayed; (2) ‘the reasonable avoidability standard’, which refers to the ease with which unwilling witnesses can avoid the offensive displays [...] (3) ‘the Volenti standard’, which considers whether or not the witnesses have willingly taken the risk of being offended either through curiosity or the anticipation of pleasure”. Autorka w szczególności nakazuje wziąć pod uwagę fakt, że niekiedy (jak w przypadku „nazistów w Skokie”) wymóg unikania, znoszenia czy też tolerowania obraźliwego przekazu sam w sobie konstytuuje bolesną krzywdę, [w:] R. Cohen-Almagor, *Harm principle, offence principle, and the Skokie affair*, *Political Studies*, vol. XLI, s. 459 – 460. Słuszność wydaje się posiadać Lee C. Bollinger, który wskazuje, że wyłącznie bardzo daleko idące poszanowanie idei tolerancji uzasadnia rezygnację z cenzurowania czy penalizowania tego rodzaju ekspresji. Innymi słowy, musimy zatem wykazywać tolerancję dla wrogów tolerancji. Por. *idem*, *The Skokie legacy: reflections on an “easy case” and free speech theory*, *Michigan Law Review*, vol. 80, s. 631.

²³⁸ P. Strum, *When the Nazis came to Skokie: freedom for speech we hate*, Lawrence 1999, s. 100 – 101; D. Hamlin, *The Nazi/Skokie conflict: a civil liberties battle*, Boston 1980, s. 135 – 136; P. J. Steinberger, *The idea of the state*, New York 2004, s. 173 – 174.

oraz płonący krucyfiks za symbole ekwiwalentne pod względem niesionej przez nie treści bądź też aksjologii (a tak mniej więcej wygląda sytuacja w powszechnej świadomości Amerykanów), to rozstrzygnięcie casusu „nazistów w Skokie” stanowi adekwatne prolegomena dla decyzji Sądu Najwyższego USA w sprawie palenia krzyży, do których omówienia możemy w tym momencie przystąpić.

D. R.A.V. vs. City of St. Paul²³⁹

Przed świtem 21 czerwca 1990 roku na ogrodzonym trawniku położonym przy domku jednorodzinny, znajdującym się w robotniczej dzielnicy miasta St. Paul w stanie Minnesota, zamieszkanym przez czarnoskórych Russella i Laurę Jones (wraz z dziećmi) umiejscowiony został niewielki (około kilkudziesięciocentymetrowy) i prymitywnie skonstruowany (z dwóch nóg od krzesła owiniętych tkaniną) płonący krucyfiks. Jedną z osób aresztowanych kilka dni później za popełnienie tego czynu był siedemnastoletni Robert Anthony Viktora (występował on w procesie pod inicjałami R.A.V. ze względu na swój status nieletniego)²⁴⁰. Postępowanie karne toczyło się dalej w oparciu o ordynans St. Paul dotyczący przestępstw motywowanych uprzedzeniami, który stypulował, iż zakazane jest umieszczanie tak na terenie publicznym, jak i prywatnym symboli, przedmiotów, graffiti itp. (w szczególności płonącego krucyfiksu oraz nazistowskiej swastyki), odnośnie do których osoba dopuszczająca się wspomnianego czynu wiedziała lub miała racjonalne powody wiedzieć, że wzbudzają one gniew, wzburzenie albo uczucie resentymetu w innych osobach z powodu rasy, koloru skóry, wyznawanego *credo*, religii lub płci. Sąd okręgowy, który jako pierwszy rozważał konstytucyjność owego przepisu, uznał wskazaną regulację za zbyt szeroką pod względem przedmiotowym (tj. godzącą także w prawnie chronioną ekspresję). Po przyspieszonym procesie apelacyjnym Sąd Najwyższy stanu Minnesota odrzucił tę argumentację i stwierdził, że unormowania ordynansu nie naruszają w niedozwolony sposób zasady neutralności treściowej państwa, która generalnie nie pozwala władzom publicznym na ograniczanie wolności słowa z uwagi na treść danej wypowiedzi (z wyjątkiem sytuacji, gdy dany zakaz przejdzie test „surowego nadzoru sędziowskiego” lub jeśli odnosi się do kategorii ekspresji wyłączonej spod protekcji pierwszej poprawki). Według Sądu regulacja spełniała kryteria wymagane przez „strict scrutiny”, albowiem służy fundamentalnemu rządowemu interesowi, jakim jest ochrona społeczności przed wywołanymi przez uprzedzenia groźbami dla bezpieczeństwa i porządku publicznego. SN Minnesoty nadał przy tym regulacji silnie zawężającą wykładnię. W jego reinterpretacji, postanowienia za-

²³⁹ 505 U. S. Reports 377 (1992).

²⁴⁰ Jak nietrudno się domyślić, Viktora był (jest) biały.

skarżonego aktu miały penalizować ukazywanie wyłącznie tych spośród wzmiankowanych symboli, które mieszczą się w definicyjnych ramach „fighting words”, skonceptualizowanych w orzeczeniu *Chaplinsky vs. State of New Hampshire*²⁴¹. Sprawa dotarła finalnie na wokandę Sądu Najwyższego USA, który zaakceptował (do czego był zresztą legalnie zobligowany) wykładnię sugerowaną przez SN Minnesoty; mimo to ocenił ordynans jako całościowo niezgodny z ustawą zasadniczą. Co interesujące, wszyscy sędziowie okazali się zgodni co do ostatecznej oceny zaskarżonego aktu normatywnego. Rozbieżności pojawiły się zaś w sferze uzasadnień tego rozstrzygnięcia. Opinię większości, wspartą przez czterech innych członków składu orzekającego, przedstawił sędzia Antonin Scalia; odrębne uzasadnienia (z częściowo pokrywającymi się konkluzjami) zaprezentowali natomiast sędziowie Byron White, John Paul Stevens oraz Harry Blackmun.

Pierwsza kwestia wymagająca rozstrzygnięcia SN dotyczyła generalnego statusu palenia krzyży z perspektywy pierwszej poprawki. Generalnie ujmując problem, należałoby przyznać słuszność Owenowi M. Fissowi, który wskazuje, że orzeczenie sądu w przedmiotowej materii niekoniecznie implikowało legalność owej praktyki, ale raczej deklarowało niedopuszczalność jej zakazywania w formie przewidzianej przez ordynans²⁴². Wynika to oczywiście z ogólnej specyfiki amerykańskiego porządku prawnego. Ze stwierdzenia Fissa nie wolno jednakowoż wyciągać zbyt daleko idących wniosków. Otóż samo przyjęcie przez Sąd Najwyższy sprawy do rozpoznania, akceptacja wykładni ustalonej przez SN Minnesoty oraz gotowość do analizy stanu faktycznego przez pryzmat koncepcji „fighting words” dobitnie unaocniają nam, że SN potraktował palenie krucyfików jako typową wypowiedź symboliczną pozostającą w obrębie zainteresowania pierwszej poprawki²⁴³. Co więcej, Scalia *expressis verbis* przyznał w swym uzasad-

²⁴¹ Szerzej na temat okoliczności faktycznych sprawy zob. E. J. Cleary, *Beyond the burning cross: the First Amendment and landmark R.A.V. case*, New York 1994, s. 3, 4, 8, 10, 38, 58 – 59 i *passim*. Z dużym stopniem prawdopodobieństwa można przyjąć, że Sąd Najwyższy, limitując zakres zastosowania ordynansu, „wypaczył” intencje legislatury St. Paul, albowiem tak naprawdę oryginalną przesłanką regulacji nie było li tylko pragnienie zapobieżenia zagrożeniom dla porządku czy też bezpieczeństwa publicznego (jak ma to miejsce przy okazji prawodawstwa wymierzonego w „fighting words”). U źródeł decyzji St. Paul leżało raczej przeświadczenie, że epitety rasowe, etniczne, płciowe bądź też związane z religią wyrządzają swoim adresatom poważną krzywdę (większą aniżeli inne inwektywy), stwarzają nietolerancyjną atmosferę, sprzyjają bigoteryjnym postawom itp. Por. E. L. Battistella, *Bad language: are some words better than others?*, New York 2005, s. 74.

²⁴² O. M. Fiss, *Liberalism divided: freedom of speech and the many uses of state power*, Boulder 1996, s. 111 – 112.

²⁴³ Co więcej, trudno wyobrazić sobie alternatywną regulację zakazującą w sposób skonkretyzowany palenia krzyży *per se*, która byłaby radykalnie odmienna pod względem substancjalnym od tej zaproponowanej przez St. Paul. Tym samym tezy zawarte w uzasadnieniu wyroku są również relewantne do takich hipotetycznych unormowań. Także i z tego powodu nie sposób zatem uznać, że orzeczenie nie posiada zasadniczego znaczenia dla kwestii konstytucyjnego statusu omawianego typu ekspresyjnego zachowania.

nieniu, że aktywność taka niesie ze sobą pewne komunikacyjne bądź też ideologiczne przesłanie. Wskazana kwalifikacja, jak się wydaje, nie wzbudziła poważniejszych zastrzeżeń wśród zdecydowanej większości komentatorów (włączając w to tych krytycznie nastawionych do innych partii rozstrzygnięcia). Jak jednoznacznie stwierdza Alvin J. Schmidt, „wolne słowo nie może być zabronione, nawet jeżeli zawiera rasistowskie epitetety i palenie krzyży”²⁴⁴. Takie postawienie kwestii (pomijając zawarty w powyższym zdaniu element postulatyczny) stanowi szczególnie dobitną ilustrację tezy, iż relewantne zachowanie jest desygnatem pojęcia „słowo” z pierwszej poprawki do ustawy zasadniczej, a jego ewentualna supresja byłaby dozwolona konstytucyjnie tylko w wyjątkowych sytuacjach. Co więcej, można nawet wysunąć argument, iż spalenie krucyfiksu jest przynajmniej w niektórych okolicznościach (choćby podczas wiecu Ku-Klux-Klanu) przykładem wypowiedzi *par excellence* politycznej. Tymczasem ta ostatnia kategoria ekspresji powinna być szczególnie pieczołowicie chroniona przed ideologicznymi krucjatami różnych cenzorów, albowiem stanowi podstawowy przedmiot protekcji pierwszej poprawki²⁴⁵. Potraktowanie praktyki palenia krzyży jako wypowiedzi symbolicznej pozostaje zresztą logiczną konsekwencją całej dotychczasowej jurysprudenencji Sądu Najwyższego.

Warto jednak odnotować pojawienie się w doktrynie przeciwstawnych poglądów. Jak (jeszcze przed wydaniem wyroku w omawianej sprawie) emocjonalnie perorował Louis Lusky, udzielenie konstytucyjnej ochrony paleniu krucyfiksów byłoby „monstrualnym wypaczeniem” wartości i intencji znajdujących się u samych podstaw koncepcji wolności słowa, ponieważ wiązałoby się z przyznaniem protekcji „czysto sadystycznej ekspresji”²⁴⁶. Wypowiedź powyższa wydaje się logicznie powiązana z rozumowaniem utożsamiającym zaangażowanie się w rasistowski lub też nietolerancyjny dyskurs z nadużywaniem przez jednostkę jej prawa podmiotowego do wolności słowa. Zgodnie z tym ujęciem, indywidualne swobody obywatelskie nie mogą być wykorzystywane w sposób, który podważa oczywiste uprawnienie innych członków społeczeństwa do aktywnego obywatelstwa²⁴⁷. Jeszcze radykalniejsze stanowisko zaprezentował w tej kwestii Kenneth Lasson, którego zdaniem palenie krucyfiksu w ogóle nie powinno być interpretowane jako jakikolwiek rodzaj wypowiedzi. Akceptacja alternatywnej tezy stanowi bowiem przejaw konfundowania dwóch odrębnych elementów, tj. formy oraz treści ekspresji. Lasson przyznaje wprawdzie, że pozornie praktyka ta przypomina wypowie-

²⁴⁴ A. J. Schmidt, *The menace of multiculturalism: Trojan Horse in America*, Boulder 2001, s. 185.

²⁴⁵ Por. N. Wolfson, *Hate speech, sex speech, free speech*, Westport 1997, s. 32.

²⁴⁶ L. Lusky, *Our nine tribunes: the Supreme Court in modern America*, Westport 1993, s. 72.

²⁴⁷ Szerzej zob. L. R. Basta Fleiner, *How constitutional is the balancing of rights?*, [w:] *Abuse: the dark side of fundamental rights*, ed. by A. Sajó, Utrecht 2006, s. 113.

dzi (i to o politycznym charakterze), ale „wystarczy delikatnie poskrobać powierzchnię, by odkryć”, że niezwykle rzadko promuje ona określone ideały, wyraża sprecyzowane opinie czy przedstawia określone propozycje, nad którymi można prowadzić uczciwą debatę. Palenie krzyża jest raczej moralnym ekwiwalentem zwykłej napaści, lingwistycznym nadużyciem, „destrukcyjną formą spaczonyj autoekspresji”, która nie konstytuuje wyrazu ani żadnej myśli politycznej, ani intelektualnych poglądów²⁴⁸. Z tej perspektywy badanie zgodności ordynansu St. Paul z pierwszą poprawką jest pozbawione jakichkolwiek racjonalnych podstaw, ponieważ prawo regulujące tę praktykę winno podlegać ewaluacji pod identycznym kątem, co unormowania dotyczące zachowań nieekspresyjnych (a zatem bez rozważania problemu oddziaływania takich przepisów na wolność słowa)²⁴⁹. Nieco bardziej umiarkowaną koncepcję przedstawił sędzia SN USA John Paul Stevens (w artykule opublikowanym na łamach Yale Law Journal już po rozpoznaniu analizowanej tutaj sprawy). W jego przeświadczeniu, ekspresyjny wymiar palenia krucyfików powinien być oceniany z uwzględnieniem czynników kontekstualnych. Jeżeli zachowanie to ma miejsce na stadionie podczas politycznego wiecu, to należy traktować je jako wypowiedź mieszczącą się w ramach zakresu zastosowania pierwszej poprawki. Jednak czymś zupełnie innym jest spalenie krzyża na podwórzu należącym do nielubianego sąsiada. Takie postępowanie w ogóle nie zasługuje na to, by zakwalifikować je jako „słowo” w sensie nadawanym temu terminowi przez ustawę zasadniczą. Stevens ocenił jako kompletnie nieracjonalną koncepcję, aby czyny wyczerpujące ustawowe znamiona naruszenia miru domowego bądź też napaści uznawać równocześnie za formę wypowiedzi. Sędzia podkreślił również, że nawet do zachowań spełniających kryteria przynależności do grupy wypowiedzi symbolicznych nie powinno się stosować tego samego wolnościowego absolutyzmu, jak do wypowiedzi werbalnych. Nietolerancyjne zachowania o rozpoznawanym konstytucyjnie charakterze ekspresyjnym mogą być tedy traktowane bardziej surowo aniżeli rygorystycznie chroniona nietolerancyjna komunikacja werbalna²⁵⁰. Zgodnie więc z tą optyką, w niektórych sytu-

²⁴⁸ K. Lasson, *To stimulate, provoke or incite?: hate speech and the First Amendment*, [w:] *Group defamation and freedom of speech: the relationship between language and violence*, ed. by M. H. Freedman, E. M. Freedman, Westport 1995, s. 277, 280.

²⁴⁹ Z uwagi na specyfikę materii nie wchodziłoby tutaj w grę nawet zastosowanie standardu O'Brien.

²⁵⁰ J. P. Stevens, *The freedom of speech*, Yale Law Journal, vol. 102. Stanowisko Stevensa należy wyraźnie odróżnić od poglądu wyrażanego przez Raphael Cohen-Almagor (aczkolwiek w swoich konkluzjach byłyby one najprawdopodobniej jednakowe), zgodnie z którym generalna konstytucyjna ochrona palenia krucyfików nie odnosiłaby się do przypadków, w których przedstawiciele wiktymizowanych zbiorowości byłiby zmuszeni do odbierania nienawistnego przekazu i biernego znoszenia doznawanych krzywd (*idem*, *Scope of tolerance: the studies on the costs of free expression and freedom of the press*, London and New York 2006, s. 116). Propozycja Cohen-Almagor nie implikuje bowiem całkowitej rezygnacji z rozpatrywania konstytucyjności unormowań odnoszących się do tego typu ekspresji pod kątem wolności słowa i pierwszej poprawki.

acjach dotyczących palenia krzyża pierwsza poprawka nie będzie odgrywała żadnej roli przy badaniu konstytucyjności określonych regulacji; w innych natomiast jej postanowienia będą interpretowane w sposób mniej zasadniczy (cokolwiek ma to oznaczać), aniżeli sugerowałyby generalne standardy ustanowione w tej materii przez SN.

Jeszcze inny interesujący pomysł wysunięty w interesującym nas kontekście związany był z postulatem oceniania praktyki palenia krucyfików jako formy wypowiedzi nie tylko poprzez pryzmat pierwszej poprawki. Zdaniem części komentatorów, właściwa byłaby tu wykładnia systemowa, interpretująca wskazane zachowanie również z perspektywy innych postanowień ustawy zasadniczej. Przykładowo Akhil Reed Amar konstatuje, że demonstrowanie płonącego krzyża jest oczywistym dziedzictwem ery niewolnictwa. Symbol ten można zasadnie odbierać jako znak deklarujący, że „Klan powstaje ponownie, by sterroryzować wolnych czarnych”. W ocenie Amara, rozważanie kwestii ewentualnej niekonstytucyjności zakazu palenia krzyży nie może ignorować trzynastej poprawki, która zdelegalizowała niewolnictwo oraz niedobrowolną służbę. Ze względu na wskazane tu postanowienie ten rodzaj ekspresji może być traktowany dyskryminująco. Trzynasta poprawka tworzy konstytucyjny fundament dla dokonywania tego rodzaju rozróżnień. Jak puentuje Amar, otwarcie asymetryczne regulacje rasistowskiej mowy nienawiści (której emblematycznym przejawem jest płonący krucyfix) nie są konstytucyjnie kłopotliwe, jeśli nie będziemy bezpodstawnie ograniczać naszych analiz prawnych wyłącznie do perspektywy narzucanej przez „konwencjonalną soczewkę pierwszej poprawki”²⁵¹. Z kolei Alexander Tsesis powołuje w analizowanym kontekście treść poprawki czternastej, która m.in. przyznaje każdemu obywatelowi Stanów Zjednoczonych prawo do równej opieki prawnej. Jak zauważa Tsesis, między zasadą ochrony wolności słowa statuowaną w pierwszej poprawce a silnie egalitarnymi ideałami inkorporowanymi do amerykańskiego konstytucjonalizmu przez poprawkę czternastą może niejednokrotnie zachodzić poważne napięcie. W toku interpretacji zasady i granic swobody ekspresji nie wolno bowiem zapominać o wymogach ekonomicznej, politycznej, społecznej oraz substancjalnej równości. Czternasta poprawka stanowi *sui generis* bezpiecznik przeciwko rasistowskiej propagandzie. W przypadku tak groźnego i szkodliwego rodzaju wypowiedzi, jakim jest posłużenie się płonącym krzyżem, pierwsza poprawka musi ustąpić, gdyż np. „interes bigota wypływającego z siebie nienawistną i prowokacyjną orację jest mniej ważny niż interes rodziny kryjącej się w domu i lękającej się o swoje położenie, bo symbole opresji i wykluczenia zostały umieszczone na należącym do niej trawniku”²⁵². Warto jednakowoż ponownie podkreślić, że, według

²⁵¹ A. R. Amar, *The case of missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, Harvard Law Review, vol. 102, s. 155 – 156, 159 – 160.

²⁵² A. Tsesis, *Destructive messages: how hate speech paves the way for harmful social movements*, New York and London 2000, s. 142 – 143.

dominującej wśród konstytucjonalistów optyki, palenie krucyfikszów *per se* jest wypowiedzią symboliczną, której możliwość zakazania czy penalizacji jest zdeterminowana znaczeniem nadawanym gwarancjom wolności słowa zawartym w pierwszej poprawce (np. co do zakresu protekcji przysługującej określonym wypowiedziom). Krótko mówiąc, w przeważającym ujęciu palenie krzyży trzeba klasyfikować jako „słowo”.

Powróćmy do uzasadnienia sporządzonego przez Scalię. Należy podkreślić, że sędzia usiłował od początku zakorzenić swe enuncjacje w tradycji orzeczniczej Sądu Najwyższego. Jak zauważył, dotychczasowe precedensy ustanowione przez SN sformułowały jasną zasadę, zgodnie z którą ustawa zasadnicza generalnie zakazuje ograniczania swobody ekspresji tylko z powodu dezaprobaty władz względem treści przekazywanych idei, poglądów lub też emocji. Co więcej, funkcjonuje (możliwe do obalenia) domniemanie niezgodności z konstytucją norm o dyskryminującym treściowo charakterze. Oczywiście od reguły neutralności państwa w tym względzie istnieją określone wyjątki. Scalia wskazywał, że wszystkie wolne i cywilizowane społeczności akceptują nakładanie restrykcji na pewne kategorie wypowiedzi, które pod kątem treści posiadają, powołując precedens *Chaplinsky vs. State of New Hampshire*, „na tyle nikłą wartość z perspektywy odkrywania prawdy, że jakiegokolwiek pożytki społeczne z nich płynące są w oczywisty sposób podrzędne wobec społecznego interesu polegającego na zapewnieniu porządku i moralności”. Wolność słowa nie oznacza prawa do ignorowania tych tradycyjnych ograniczeń. Jakie są więc konsekwencje doktryny kategoryalnej ekсклюzji, która według Scalii pozostaje „doniosłą częścią jurysprudenncji dotyczącej pierwszej poprawki”, w odniesieniu do interesującej nas tutaj kwestii „fighting words”? Sędzia stwierdzał, że teoria ta bynajmniej nie implikuje, jakoby owa kategoria wypowiedzi była całkowicie niewidzialna z punktu widzenia pierwszej poprawki oraz jakoby gwarancje przewidziane w tej ostatniej w żaden sposób nie dotyczyły takiej ekspresji. Owszem, orzecznictwo Sądu Najwyższego posługiwało się takimi (bądź analogicznymi) zwrotami, ale frazeologia ta stanowiła wyłącznie pewien skrót myślowy, którego znaczenie musi być interpretowane kontekstualnie²⁵³. „Fighting words” mogą bowiem podlegać restrykcyjnym regulacjom z uwagi na swą konstytucyjnie zakazywalną treść, ale nie mogą być traktowane jako użyteczne „wehikuły dyskryminacji treściowej niezwiązanej z tym ich dystynktywnym komponentem treściowym, którego wyrażanie może być zabronione”. W tożsamy sposób należy odnosić się do pozostałych desygnatów kategoryalnego wykluczania. Tym samym „rząd może zakazać zniesławiania; nie może jednak wprowadzać dyskryminacji treściowej poprzez zakazanie jedynie zniesławiania wymie-

²⁵³ Zob. np. *Beauharnais vs. Illinois*; *Chaplinsky vs. State of New Hampshire*; *Bose Corp. vs. Consumers Union of United States*, 466 U. S. Reports 485 (1984); *Sable Communications of California, Inc. vs. Federal Communications Commission* (1989), 492 U. S. Reports 115.

zonego we władzę”. Nie istnieje w tej kwestii zatem dowolność normowania, ale jedynie możliwość ograniczenia wolności słowa w oparciu o przesłanki merytoryczne (tzn. o treść wypowiedzi)²⁵⁴. Jak argumentował Scalia, doktryna kategoryjalnej ekskluzji nie powinna prowadzić do afirmacji przeciwnej zdrowemu rozsądkowi i symplektycznej perspektywy dychotomicznej, zgodnie z którą określony rodzaj ekspresji albo jest w pełni chroniony przez pierwszą poprawkę, albo może zostać zabroniony na podstawie całkowicie dowolnych kryteriów. Wówczas bowiem „rada miejska uprawniona byłaby do uchwalenia ordynansu proskrybującego wyłącznie te spełniające legalne kryterium obsceniczności dzieła, które są równocześnie krytyczne w stosunku do miejscowych władz lub wręcz niedostatecznie wobec nich przychylnie”. Taka argumentacja, odwołująca się właściwie do zabiegu *reductio ad absurdum*, nie jest jedyną przesłanką przydzielenia „fighting words” częściowej ochrony konstytucyjnej. Jak bowiem dodawał Scalia, wypowiedzi tego typu posiadają element ekspresyjny i wnoszą wkład (aczkolwiek nieesen-cjonalny) do rynku idei. W tym kontekście podzielam stanowisko Daniela A. Farbera, pozytywnie oceniającego powyższy wątek wyroku. Jak przypomina komentator, współczesne pojmowanie „fighting words” wymaga stosowania analizy kontekstualnej; identyczne przekleństwo czasem będzie mieściło się w owej kategorii (jeśli sformułowane zostanie w toku osobistych interakcji), a czasem wręcz przeciwnie (jeśli zostanie wypowiedziane podczas publicznego wystąpienia). Pamiętając, że ustawa zasadnicza chroni wolność „każdego słowa”, absurdem byłoby przyjąć, iż to samo przekleństwo niekiedy jest słowem, a niekiedy odpowiednikiem niekomunikacyjnego działania niedostrzegalnego z perspektywy pierwszej poprawki. Pogląd wyrażony przez Scalię więc jest w pełni racjonalny: dana wypowiedź zawsze jest (lub nie) słowem, a w zależności od partyku-larnych okoliczności ewentualne różnice dotyczą jedynie przysługującego jej zakresu konstytucyjnej protekcji²⁵⁵.

Bardzo ważnym elementem uzasadnienia Scalii jest także zaakcentowanie kompleksowej natury „fighting words”. Ich treść jest bowiem niejednokrotnie złożona. Co więcej, zawierają w sobie również element nieekspresyjny („nonspeech”). Jak odnotował sędzia, orzecznictwo SN konsekwentnie dopuszcza możliwość penalizowania wypowiedzi w oparciu o ten ostatni składnik ekspresji. Przykładowo spalenie flagi amerykańskiej jest karalne, jeżeli wiąże się ze złamaniem przepisów przeciwpożarowych; nie może natomiast podlegać sankcjom z powodu zbezczeszczenia tym działaniem narodowego symbolu. Podobnież dozwolona jest introdukcja unormowań dotyczących czasu, miejsca i sposobu przekazu, jeśli okazują się one uzasadnione z uwagi na drugorzędne

²⁵⁴ Por. K. W. Saunders, *Violence as obscenity: limiting the media's First Amendment protection*, Durham 1996, s. 167.

²⁵⁵ D. A. Farber, *The First Amendment*, New York 1998, s. 110 – 111.

skutki ekspresji (tzn. te niezwiązane z jej treścią)²⁵⁶. Krótko mówiąc, niejednokrotnie mamy do czynienia z sytuacją, kiedy dana ekspresja może podlegać limitacji z uwagi na jedną ze swoich cech charakterystycznych, ale już nie ze względu na inną. Jak pisał dalej Scalia, „podobnie, jak uprawnienie do ograniczenia określonej wypowiedzi na podstawie jej nieekspresyjnego elementu (np. hałasu) nie pociąga za sobą uprawnienia do wprowadzenia takiego ograniczenia w oparciu o jej element treściowy, tak samo uprawnienie do ograniczenia określonej wypowiedzi na podstawie jednego z jej komponentów treściowych nie pociąga za sobą uprawnienia do wprowadzenia takiego ograniczenia z uwagi na inny element treściowy”. Scalia przekonywał, iż to właśnie ów element nieekspresyjny, pomimo zazwyczaj werbalnego charakteru „fighting words”, stanowi przesłankę penalizacji tych ostatnich. Sędzia porównał następnie „fighting words” do hałaśliwej ciężarówki z nagłośnieniem. Obydwa „elementy” są „sposobem transmisji” określonych treści; obydwie są używane jako instrument przekazywania poglądów; żadnemu z nich *per se* nie przysługuje ochrona wynikająca z pierwszej poprawki. Jednak rządowi nie wolno regulować tak posługiwania się „fighting words”, jak i używania ciężarówek z nagłośnieniem, jeżeli motywem jego działań jest „wrogość lub faworyzowanie treści wyrażanej” za pomocą tych środków.

Stanowisko Scalii w tej materii wzbudziło silne kontrowersje wśród reprezentantów doktryny. W przeswiadczeniu Stephena L. Newmana, tezy Scalii, przyznające „fighting words” walor ekspresyjny i równocześnie kwalifikujące je jako nieekspresyjny składnik procesu komunikacji, wprowadzają zupełnie niepotrzebną konfuzję. Scalia podejmuje bowiem skazany na niepowodzenie wysiłek dyferencjacji ideacyjnej treści „fighting words” oraz ich społecznej funkcji w procesie wymiany idei. Taka dystynkcja jest całkowicie błędna. Przy klasyfikowaniu danej wypowiedzi jako „fighting word” miarodajna jest bowiem jej treść, a nie to, „w jaki sposób słowa zostały sformułowane, jak głośno, z jaką intensywnością [...] pozbawiony swoich rasistowskich konotacji [...] płonący krucyfiks traci swoją moc zastraszania lub prowokowania”²⁵⁷. Martha T. Zingo konstatuje wręcz, że uznanie „fighting words” za nieekspresyjny komponent procesu komunikacji (pomimo ich werbalnego charakteru) jest radykalnym zerwaniem z tradycyjną linią orzecniczą Sądu Najwyższego, w której jednoznacznie deklarowano, że „fighting words” są wypowiedzią (choć szczególnego rodzaju)²⁵⁸. Również Melody L. Hurdle (będąca raczej orędowniczką szerokiej interpretacji zakresu wolności słowa

²⁵⁶ Szerzej na temat tego rodzaju regulacji będziemy mówić w kolejnym rozdziale.

²⁵⁷ S. L. Newman, *Liberty, community, and censorship: hate speech and freedom of expression in Canada and in the United States*, American Review of Canadian Studies, vol. 32.

²⁵⁸ M. T. Zingo, *Sex/gender outsiders, hate speech and freedom of expression: can they say that about me?*, Westport 1998, s. 151.

chronionego przez pierwszą poprawkę) kwestionuje prawomocność zaproponowanej przez Scalię analogii pomiędzy „fighting words” a ciężarówką z głośnikami. W jej ocenie, Scalia nie wyjaśnił precyzyjnie, jaki nieekspresyjny komponent „fighting words” odziera ten rodzaj wypowiedzi z przysługującej mu teoretycznie konstytucyjnej protekcji (w przypadku ciężarówki chodzi o hałas). Kiedy osoba obrzuca drugą obraźliwymi inwektywami lub groźbami, to „adresat nie czuje się zastraszonej li tylko głośnością wypowiedzi”, ale także doborom słów oraz merytorycznym przekazem danego aktu komunikacyjnego. Separowanie treściowego i formalnego aspektu „fighting words” jest przeto pozbawione sensu, a motywem penalizacji tej kategorii ekspresji jest po prostu jej treść²⁵⁹. Moim zdaniem zarzuty te wynikają w przeważającym stopniu z niezrozumienia intencji Scalii. zilustrujmy ową hipotezę dwoma przykładami. Wyobraźmy sobie tedy inwektywę odwołującą się do anatomii człowieka, która zostaje wypowiedziana w okolicznościach pozwalających zaliczyć ją do „fighting words”. Ta obelga nie niesie ze sobą szczególnych merytorycznych treści (aczkolwiek na pewno stanowi manifestację niechęci mówcy wobec adresata) i może podlegać karze właśnie dlatego i tylko dlatego, że mieści się w kategorii „fighting words”. Z drugiej strony wyobraźmy sobie jednak inwektywę o podłożu rasistowskim (choćby wyjątkowo obraźliwe na gruncie amerykańskim słowo „nigger”), która również konstytuuje w danych okolicznościach „fighting word”. Otóż wypowiedzenie takiej obelgi także może być spenalizowane właśnie dlatego i tylko dlatego, iż można ją zaliczyć do „fighting words”, a nie dlatego, że stanowi ona emanację rasistowskich przekonań, wyraz pogardy wobec czarnoskórych czy też świadectwo fascynacji ideologią Ku-Klux-Klanu. Być może Scalia nie wyjaśnił owej kwestii w dostatecznie klarowny sposób, ale zasugerowana tutaj interpretacja wydaje się dobrze oddawać istotę jego rozumowania.

Sformułowana przez sędziego konceptualizacja „fighting words” posiada jeszcze jedną doniosłą konsekwencję. Otóż skoro motywacją penalizacji jest nieekspresyjny element tego rodzaju wypowiedzi (tj. sposób przekazu), to zarazem przesłanką wprowadzenia karalności nie może być fakt, iż „fighting words” samym swoim wypowiedzeniem (jak definiował precedens *Chaplinsky vs. State of New Hampshire*) wyrządzają adresatowi krzywdę. Scalia stanowczo polemizował z poglądem, zgodnie z którym jakościowo odmienny rodzaj szkody ponoszonej przez adresata rasistowskich, seksistowskich i antyreligijnych „fighting words” w zestawieniu z krzywdami doznawanymi przez odbiorców innych wypowiedzi kwalifikujących się do owej kategorii dostarcza argumentów na rzecz potencjalnej dyskryminującej penalizacji. Innymi słowy, rozmiar i charakter szkody wynikającej z wypowiedzi nie ma znaczenia przy ocenie, czy państwo, wprowadza-

²⁵⁹ M. L. Hurdle, *R.A.V. v. City of St. Paul: the continuing confusion of the fighting words doctrine*, *Vanderbilt Law Review*, vol. 47, s. 1169.

jąc odmienne uregulowania dla różnych typów „fighting words”, nie naruszyło zasady neutralności treściowej. Jak szczególnie dobitnie akcentował sędzia, „tym, co czyni gniew, strach, poczucie poniżenia *etc.* spowodowane zachowaniami pogwałcającymi przepisy przedmiotowego ordynansu dystynktywnie odrębnymi od gniewu, strachu, poczucia poniżenia *etc.* spowodowanych innymi «fighting words», nie jest nic innego, jak tylko fakt, że są one wywołane określonymi poglądami” komunikującymi wrogie nastawienie wobec danej grupy osób. Należy zatem zgodzić się z opinią, że uzasadnienie najprawdopodobniej finalnie wyeliminowało wyrządzanie krzywdy z definicyjnych znamion „fighting words”²⁶⁰. Pogląd Scalii wywołał wiele krytycznych reakcji wśród zwolenników karalności palenia krzyży. Jak pisze w tym kontekście m.in. James Weinstein, „jeżeli w ogniu emocji znajomy nazwie mnie «sukinsynem» albo «dupkiem», bądź też użyje innego równie obraźliwego epitetu, to będę tym stwierdzeniem urażony, ale po otrzymaniu przeprosin kordialne stosunki będą mogły zostać przywrócone. Jeśli jednak ten sam znajomy określi mnie mianem «brudnego Żydka», to wtedy doznana krzywda będzie znacznie głębsza, a jakiegokolwiek nadzieje na przywrócenie dobrych koleżeńskich stosunków iluzoryczne”²⁶¹. Istnienie w tym zakresie tak istotnej różnicy winno, w przekonaniu licznych orędowników penalizacji analizowanej tu ekspresji, usprawiedliwiać stosowanie odmiennych remediów prawnych w odniesieniu do rozmaitych rodzajów „fighting words”. Warto przy tym zauważyć, że Scalia właściwie nie kwestionuje tezy, jakoby obelgi i epitety o podłożu rasistowskim czy też seksistowskim nie powodowały u ich ofiar większego bólu aniżeli inne, neutralne ideologicznie, inwektywy; odmawia jedynie potraktowania owej dystynkcji jako czynnika prawnie doniosłego. W każdym razie rzeczony stanowisko stworzyło asumpt do sformułowania wobec sędziego licznych oskarżeń o ignorowanie perspektywy oraz odczuć reprezentantów mniejszości rasowych, etnicznych lub seksualnych (do tych zarzutów będziemy jeszcze mieli okazję powrócić). Reasumując, przesłanką penalizacji „fighting words” może być na gruncie uzasadnienia wyłącznie argument, że ten sposób wypowiedzi przyczynia się do powstania zagrożeń dla porządku publicznego²⁶². Jak trafnie konkluduje więc James Q. Whitman, Scalia odrzucił postulat bilansowania pozytywów płynących z wolności wyrażania poglądów ze szkodami, jakie nieskrępowana ekspresja może wyrządzić innym wartościom. O ile w Europie swoboda wypowiedzi jest, przy determinowaniu jej zakresu, konfrontowana np. z potrzebą ochrony honoru jednostki bądź też z koniecznością re-

²⁶⁰ Note (b.a.), *The demise of Chaplinsky fighting words doctrine: an argument for its interment*, Harvard Law Review, vol. 106, s. 1139 – 1140.

²⁶¹ J. Weinstein, *Hate speech, pornography, and the radical attack on free speech doctrine*, Boulder 1999, s. 76.

²⁶² Por. zwłaszcza przypis 7 do uzasadnienia Scalii.

spektowania jej godności, o tyle w wyroku w sprawie *R.A.V. vs. City of St. Paul* na przeciwnej szali znajduje się jedynie aprobatywnie oceniane uniknięcie przemocy, a nie jakiegokolwiek substancjalne wartości²⁶³.

Teoretycznoprawnym fundamentem wyroku było jednak przed wszystkim rozciągnięcie reguły niedyskryminacji treściowej na poszczególne subkategorie mieszczące się w ramach grupy generalnie zakazywalnych wypowiedzi. Niedopuszczalne jest tedy nieusprawiedliwione konstytucyjnie różnicowanie sytuacji podmiotów posiadających tę samą prawnie relewantną cechę (np. autorów „fighting words”), jeśli pierwsza poprawka nie zezwala z jakichś przyczyn na wprowadzenie takiej dyferencjacji. Jak obrazowo wyjaśnia Matthew S. Melamed, Scalia w swoim uzasadnieniu traktuje kategorię „fighting words” jako „lalkę matrioszkę: proskrypcja musi dotyczyć lalki matki i tym samym stosować się do każdej z lalek-dzieci znajdującej się w środku rodzica”. Jednocześnie „żadna dziecięca matrioszka nie może podlegać stygmatowi proskrypcji, jeżeli nie towarzyszy temu sankcja wymierzona w rodzica”²⁶⁴. Tak przynajmniej kształtuje się zasada ogólna. Z tej perspektywy, w przeświadczeniu Scalii, ordynans (nawet z uwzględnieniem zawężającej wykładni SN Minnesoty) narusza ustawę zasadniczą. Regulacje zakarzonego aktu normatywnego odnoszą się bowiem wyłącznie do tych „fighting words”, które prowokują przemoc „z powodu rasy, koloru skóry, wyznawanego credo, religii lub płci”. Tym samym posługiwanie się „obraźliwymi inwektywami – nieważne, jak podły mi lub ostrymi – okazuje się dozwolone, jeśli tylko nie odnoszą się one do jednego ze szczególnie potępianych tematów. Ci, którzy pragną użyć «fighting words» w powiązaniu z innymi poglądami – aby np. wyrazić niechęć motywowaną polityczną afiliacją, członkostwem w związkach zawodowych lub homoseksualizmem adresata – pozostają bezkarni. Pierwsza poprawka nie pozwala St. Paul uchylać wyjątkowych restrykcji względem tych mówców, którzy wyrażają swoje poglądy” w kwestiach arbitralnie ustalonych przez władze miejskie. Co więcej, jak przekonywał sędzia, w praktyce ordynans prowadzi nie tylko do dyskryminacji treściowej, ale i światopoglądowej. O ile „przedstawienia zawierające [...] odrażające rasistowskie epitety [...] byłyby zakazane orędownikom wszelkiego rodzaju poglądów”, o tyle „fighting words”, „które same w sobie nie powołują kwestii rasy, koloru skóry, credo, religii lub płci – chociażby obelgi dotyczące matki oponenta – mogłyby być używane *ad libitum* na transparentach osób nawołujących do rasowej, religijnej *etc.* tolerancji i równości”, ale nie na transparentach ich ideologicznych adwersarzy. Dozwolone byłoby również np. demonstrowanie pod hasłem „Wszyscy antykatolicki bigoci pochodzą z nieprawego łoża” (eufemistycznie rzecz

²⁶³ J. Q. Whitman, *Enforcing civility and respect: three societies*, Yale Law Journal, vol. 109.

²⁶⁴ M. S. Melamed, *Towards an explicit balancing inquiry? R.A.V. and Black through the lens of foreign freedom of expression jurisprudence*, Hastings Law Journal, vol. 59, s. 414.

ujmując), ale nie pod identycznym hasłem odwołującym się do „papistów”. Jak konkludował Scalia, St. Paul nie posiada konstytucyjnej kompetencji, by pozwalać jednej ze stron publicznej dyskusji na „debatę freestyle”, a zarazem żądać od drugiej, by przestrzegała arystokratycznych zasad „Markiza Queensberry”. Ordynans penalizujący tylko motywowany uprzedzeniami przekaz nienawiści (w przypadku płonącego krucyfiksu jest to komunikat o rasowej supremacji białych) stanowi selektywne ograniczenie wolności słowa uzasadnione doktrynalnymi preferencjami większości (która, jak przyznawali przed SN przedstawiciele St. Paul, pragnęła pokazać reprezentantom mniejszości, że potępia przejawy „grupowej nienawiści”). Konstytucja wyklucza możliwość takiego postępowania.

Zaproponowane przez sędziego Scalię ujęcie wzbudziło zróżnicowany oddźwięk wśród komentatorów wyroku. Z jednej strony warto przywołać tutaj pogląd Tima Bakkena, którego zdaniem, „decydując się na zakazanie bigoteryjnych wypowiedzi, takich jak spalenie krzyża, St. Paul *de facto* wyraziło swoją preferencję dla jednej kategorii obraźliwych wypowiedzi w porównaniu z innymi. Przykładowo ordynans nie zabraniał intencjonalnego oraz obraźliwego wykpiwania wyglądu dziecka (zakładając, że taka ekspresja mogłaby skłonić jego rodziców do popełnienia gwałtownych czynów). Równocześnie ordynans penalizował intencjonalne i obraźliwe wykpiwanie koloru skóry tego samego dziecka”. Dyskryminacja treściowa jest tutaj przeto ewidentna²⁶⁵. Na interesujący fakt zwraca też uwagę Chris Demaske, odnotowując, że ordynans implementuje szczególną karalność ekspresji budzącej „gniew” bądź „wzburzenie”, ale pozostawia bezkarnymi wypowiedzi wywołujące u adresatów uczucie obawy lub strachu (czemu można było zapobiec, penalizując jego zapisami także wypowiedzianie „motywowanych uprzedzeniami” gróźb). Tym samym analizowany akt normatywny w praktyce dyskryminuje najsłabszych członków społeczeństwa, chroniąc jedynie uczucia tych, którzy są potencjalnie zdolni do czynnego wystąpienia przeciwko mowie nienawiści²⁶⁶. Z drugiej strony dla części przedstawicieli opinii publicznej stanowisko Scalii było wręcz absurdalne. Zdaniem Philipa Weinberga, jeśli wypowiedź mieści się w ramach ogólnej kategorii pozostającej poza ramami protekcji udzielanej przez pierwszą poprawkę (np. podżeganie), to władze publiczne powinny dysponować pełną swobodą regulacyjną (i chociażby móc wprowadzić karalność podżegania do zbrojnego obalania rządu, a zrezygnować z nakładania sankcji w przypadku podżegania do mniej niebezpiecznych

²⁶⁵ T. Bakken, *Liberty and equality through freedom of expression: the human rights questions behind “hate crime” laws*, The International Journal of Human Rights, vol. 4, s. 4.

²⁶⁶ Ch. Demaske, *Modern power and the First Amendment: reassessing hate speech*, Communication Law and Policy, vol. 9, s. 313 – 314.

przestępstw)²⁶⁷. Jak podkreśla w tym kontekście Andrea L. Crowley, za paradoksalną należy uznać sytuację, w której motywowane uprzedzeniami „fighting words” otrzymują wyższy poziom konstytucyjnej ochrony niż cała kategoria zdefiniowana w oparciu o dopuszczalne na gruncie konstytucji kryterium (która zawiera w sobie przecież ten pierwszy typ ekspresji)²⁶⁸. W ocenie innych przeciwników podważenia ordynansu, przepisy omawianego aktu generalnie nie dekretują dyskryminacji treściowej, a tym bardziej światopoglądowej. Jak utrzymuje Paul B. Heatherman, regulacja nie stwarza niebezpieczeństwa uprzywilejowanego traktowania przez rządzących tylko jednej ze stron debaty publicznej. W prawodawstwie stanu Minnesota obowiązuje przecież ogólny zakaz posługiwania się „fighting words”, a ordynans stanowi wyłącznie uzupełnienie tej generalnej regulacji. Chociaż palenie krucyfiksów podlega szczególnej penalizacji, to umieszczenie na czyimś podwórzu płonącego stracha na wróble (w warunkach pozwalających zakwalifikować wskazany czyn jako „fighting word”) także będzie pociągało za sobą reakcję prawnokarną. Tym samym unormowanie bynajmniej nie zapewnia bezkarności osobom wypowiadającym niemotywowane przesłankami rasowymi i religijnymi „fighting words”²⁶⁹. Cass R. Sunstein pisze natomiast, że z dyskryminacją światopoglądową mamy do czynienia wówczas, gdy „rząd staje po stronie jednego z protagonistów debaty [...] Dyskryminacja światopoglądowa nie musi występować w każdej sytuacji, kiedy w niektórych hipotetycznych stanach faktycznych jedna ze stron debaty dysponuje szerszą paletą środków wyrazu aniżeli jej przeciwnik, przynajmniej – i to jest punkt zasadniczy – jeśli owe restrykcje co do środków mają legitymowane neutralne uzasadnienie”. W przypadku analizowanej regulacji takim usprawiedliwieniem jest wyjątkowy obiektywnie (uwzględniając skalę społeczną) oraz subiektywnie (uwzględniając optykę ofiar) charakter krzywdy wyrządzanej spenalizowanym zachowaniem (w szczególności spalaniem krzyża)²⁷⁰. Dodajmy wreszcie także, iż dla części orędowników tezy o konstytucyjności ordynansu zasugerowana przez Scalię wizja reguły neutralności państwa jest sama w sobie bezzasadna z powodów merytorycznych. Według Fissa, zasada niedyskryminacji treściowej „zakazuje władzom podejmowania prób kontrolowania dokonywanych przez ludzi wyborów spośród rywalizujących ze sobą punktów widzenia poprzez faworyzowanie jednej ze stron debaty”. O ile na poziomie generalnym rzeczona reguła jest

²⁶⁷ P. Weinberg, *R.A.V. and Mitchell: making hate crime a trivial pursuit*, Connecticut Law Review, vol. 25, s. 304.

²⁶⁸ A. L. Crowley, *R.A.V. v. City of St. Paul: how the Supreme Court missed the writing on the wall*, Boston College Law Review, vol. 34, s. 797.

²⁶⁹ P. B. Heatherman, *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota and Wisconsin v. Mitchell: the Supreme Court's final response to hate crimes*, Willamette Law Review, vol. 29, s. 781.

²⁷⁰ C. R. Sunstein, *Words, conduct, caste*, The University of Chicago Law Review, vol. 60, s. 829.

trafna, o tyle nie można jej bezkrytycznie deifikować i kwestionować uprawnienie państwa do preferowania poglądów tolerancyjnych względem nietolerancyjnych. W przypadku motywowanych rasowo bądź też religijnie „fighting words”, to właśnie posługujące się nimi „prywatne podmioty wypaczają debatę, a regulacja państwowa stymuluje wolną i otwartą dyskusję”. Można zatem przyjąć, iż władza publiczna poprzez dyskryminowanie nadawców określonych komunikatów – np. osób dopuszczających się spalenia krucyfiksów – w rzeczywistości pozwala wszystkim potencjalnym uczestnikom partycypować w procesie społecznej konwersacji²⁷¹ (tym samym realizując *telos* pierwszej poprawki). Z kolei Walter F. Murphy pisze, iż absolutystyczny postulat zachowania przez państwo standardów neutralności treściowej jest nielogiczny, albowiem uniemożliwia zwalczanie poglądów, które mogą zdławić demokrację konstytucyjną. Rząd powinien dążyć do wyeliminowania doktryn propagujących systemową transformację w kierunku usunięcia demokratycznej samorządności lub naruszania podstawowych praw zakorzenionych w samej naturze człowieka obdarzonego osobową godnością. Jak argumentuje Murphy, „ani ustawa zasadnicza, ani teoria demokracji nie nakazują społeczeństwu politycznemu przyjęcia postawy bezwolnej podległości” w chwili, gdy ktoś zagraża jego egzystencji bądź też pragnie wtrącić obywateli w niewolę. Pokorna zgoda na głoszenie takich projektów, wyrażana w imię zasady niedyskryminacji, to poważny błąd²⁷². W moim przekonaniu stanowisko przedstawione przez Scalię jest zasadne zarówno w swoich założeniach²⁷³, jak i w aplikacji do konkretnego casusu ordynansu St. Paul (który jest dyskryminujący przynajmniej pod względem treściowym).

Należy w tym miejscu zaakcentować, że sędzia nie nadawał zasadzie niedyskryminacji treściowej w ramach subkategorii zakazywalnych wypowiedzi charakteru bezwzględnego. Z perspektywy funkcjonalnej jej celem jest bowiem zapobieżenie zagrożeniu polegającemu na skutecznym usuwaniu przez rząd z rynku idei negatywnie waloryzowanych światopoglądów bądź punktów widzenia. Zastosowanie wskazanej reguły musi być przeto podporządkowane owemu nadrzędnemu *ratio*. Tym samym państwo nie zawsze musi stawać przed następującą alternatywą: albo wprowadzenie holi-stycznego zakazu całej kategorii ekspresji, albo całkowite powstrzymanie się od działań

²⁷¹ O. M. Fiss, *The irony of free speech*, Cambridge 1996, s. 20 – 21.

²⁷² W. F. Murphy, *Merlin's memory: the Past and Future Imperfect of the once and future polity*, [w:] *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*, ed. by S. Levinson, Princeton 1995, s. 184 – 185.

²⁷³ Wyobraźmy sobie, że ustawodawca zakazuje rozpowszechniania obscenicznych filmów zawierających wątek homoseksualny, zezwalając równocześnie na dystrybucję pornografii heteroseksualnej. Jestem przekonany, że w takiej sytuacji wielu przeciwników Scalii uznałoby taki przepis za przejaw niekonstytucyjnej dyskryminacji... Tymczasem kategoria wypowiedzi obscenicznych jest całkowicie analogiczna do kategorii „fighting words” z punktu widzenia przysługującego jej poziomowi ochrony wynikającego z pierwszej poprawki.

regulacyjnych. W tym aspekcie Scalia wskazywał na istnienie trzech wyjątków od generalnego standardu. Pierwszy z nich zachodzi wtedy, kiedy „podstawę dla wprowadzenia dyskryminacji treściowej stanowią li tylko przesłanki usprawiedliwiające proskrypcję całej klasy zakazywalnych wypowiedzi”, albowiem wówczas z założenia nie ma „znaczącego niebezpieczeństwa dyskryminacji ideowej czy światopoglądowej. Te przesłanki, uznane za dostatecznie neutralne, by uzasadniać wykluczenie całej kategorii wypowiedzi spod ochrony Pierwszej Poprawki, są zarazem w wystarczającym stopniu neutralne, aby formować podstawę dystynkcji w ramach kategorii”. Dopuszczalne jest zatem „zakazanie jedynie takich materiałów obscenicznych, które są najbardziej obraźliwe w swej lubieżności, tj. zawierających najbardziej sprośne przedstawienia aktywności seksualnej”. Nie wolno jednakowoż limitować tylko tych obscenicznych dzieł, które propagują określone przekonania polityczne. Podobnie „rząd federalny może kryminalizować tylko te groźby użycia przemocy, które są wymierzone w Prezydenta, ponieważ przyczyny, dla których takie wypowiedzi znajdują się poza zakresem normowania Pierwszej Poprawki, w sposób szczególnie adekwatny odnoszą się do jego osoby [...] Jednak rządowi federalnemu nie wolno kryminalizować tylko takich antyprezydenckich gróźb, które nawiązują do jego projektów dotyczących rewitalizacji centrów miast”. Jeszcze inny podany przez Scalię przykład dotyczył możliwości implementacji prawa normującego wypowiedzi reklamowe jedynie w tych gałęziach ekonomiki, w których ryzyko wprowadzenia klienta w błąd jest nieproporcjonalnie duże (z pozostawieniem większego marginesu swobody w pozostałych obszarach). Zarazem jednak władzy publicznej nie wolno ograniczać wolności słowa przez zakazanie emitowania czy publikowania tylko takich reklam, które przedstawiają mężczyzn w sposób poniżający. Stosując wskazane tu kryteria do ordynansu St. Paul, Scalia doszedł do wniosku, iż kwestionowany akt prawny nie spełnia powyższych wymogów. W tym miejscu możemy dostrzec, jak doniosłym elementem orzeczenia była uprzednia identyfikacja przesłanek legitymizujących uprawnioną konstytucyjnie penalizację całej kategorii „fighting words”. Skoro bowiem takowej motywacji dostarcza nieekspresyjny składnik obecny w tego rodzaju wypowiedziach (czyli sposób przekazu uznany za niedopuszczalny oraz niekonieczny ze społecznego punktu widzenia, niezależnie od treści komunikowanych idei bądź emocji), to przesłanką introdukcji dyskryminacji treściowej nie mogą być elementy ekspresyjne. Scalia wyjaśnił, iż „St. Paul nie wyróżniło szczególnie obraźliwego sposobu ekspresji, tj. nie zakazało przykładowo tylko tych «fighting words», które komunikują idee w sposób budzący strach”. Ordynans penalizował natomiast każde „fighting word” niosące ze sobą „przekaz rasowej, seksualnej bądź też religijnej nietolerancji”. Taka selektywność wskazuje, iż miasto usiłowało, pod pozorem zwalczania „fighting words”, utrudnić i zredukować możliwość głoszenia idei, z którymi się nie zgadzało. Konkluzje Scalii także

i w tym aspekcie wywołały polemikę u jego adwersarzy. Piszący z perspektywy libertariańskiej Michael S. Degan z żalem konstatował, iż ordynans mieści się w zbyt szeroko zakreślonym przez Scaią pierwszym wyjątku, albowiem motywowane rasizmem, seksizmem czy nietolerancją „fighting words” stwarzają szczególnie poważne niebezpieczeństwo naruszenia porządku publicznego poprzez prowokowanie swych adresatów do użycia przemocy²⁷⁴. Inaczej rozkładał akcenty Sunstein, w którego przekonaniu przedmiotowa dyskryminacja treściowa pozostaje w zgodzie z pierwszą poprawką, ponieważ dokonane w ordynansie wyróżnienie subkategorii „fighting words” nie stanowi manifestacji arbitralnej selektywności ze strony władz miejskich. Kontekst „rasowej niesprawiedliwości” jest dostatecznie neutralnym usprawiedliwieniem wprowadzenia dystynkcji przy traktowaniu poszczególnych podgrup „fighting words”. Pamiętać również trzeba, iż dla Sunsteina ochrona jednostek przed krzywdą stanowi jedną z motywacji introdukcji karalności całej tej kategorii ekspresji. Z tego powodu zapobieganie w szczególności sposób wyjątkowo – w przeświadczeniu autora – drastycznej wiktyimizacji wywołanej wypowiedziami spenalizowanymi przez St. Paul w pełni mieści się w ramach definitywnych proponowanego przez Scaią wyjątku²⁷⁵.

Drugi aprobowany w uzasadnieniu wyjątek dotyczy sytuacji, w której dyskryminacyjne represjonowanie określonej podklasy zakazywalnych wypowiedzi jest usprawiedliwiane ich drugorzędnymi skutkami (tj. bez odwoływania się do samej treści ekspresji), lub też sytuacji, w której konstytucyjnie dopuszczalne unormowanie wymierzone jest zasadniczo przeciwko zachowaniu niechronionemu pierwszą poprawką, a zarazem w sposób akcydentalny penalizuje daną subkategorię. Przykładowo państwo może zezwolić na prezentowanie dowolnych dzieł o treści obscenicznej z wyjątkiem tych, w których występują osoby niepełnoletnie (neutralnym celem jest tu oczywiście ochrona dzieci); może także penalizować wyłącznie „fighting words” o konotacji erotycznej, padające pomiędzy pracodawcą a pracownikiem, na podstawie prawa mającego przeciwdziałać molestowaniu seksualnemu i dyskryminacji w miejscu pracy. Scalia zdecydowanie wskazywał, że kwestionowanych przepisów ordynansu nie można umieścić w ramach tak skonstruowanych wyjątków. Unormowanie bowiem w sposób niewątpliwy odnosi się wprost i bezpośrednio do wypowiedzi, a nie do zachowań nieekspresyjnych. Ponadto jego celem nie jest zniwelowanie drugorzędnych konsekwencji ekspresji, ale wyeliminowanie jej pierwszorzędnych skutków. Podstawą penalizacji jest tu (potencjalne) wywołanie określonych reakcji wśród odbiorców danego przekazu, a związek przyczynowy pomiędzy wypowiedzią oraz jej efektem nieuchronnie jest rezultatem

²⁷⁴ M. S. Degan, *“Adding the First Amendment to the fire”: cross burning and hate crime laws*, Creighton Law Review, vol. 26, s. 1139.

²⁷⁵ C. R. Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, New York 1995, s. 189 – 193.

„perswazyjnych konsekwencji ekspresyjnego” zachowania. Taki „emotywny skutek” nie ma drugorzędno charakteru²⁷⁶. Ostatni wyjątek od obowiązku zachowania neutralności odnosi się do przypadków, kiedy to z natury ustalonej dyskryminacji treściowej wynika, że nie istnieje żadna realistyczna możliwość, aby rzeczona selektywność przyczyniała się do oficjalnego tłumienia przez państwo pewnych poglądów. Jak obrazowo egzemplifikował Scalia, nie sposób zaaprobować założenia, jakoby postanowienia pierwszej poprawki zabraniały państwu cenzurowania wyłącznie tych obscenicznych filmów, w których występują niebieskookie aktorki. Jak konkludował, ordynans bezdyskusyjnie kreuje przynajmniej asumpt do podejrzeń (jeśli nie pewność), że celem St. Paul jest dyskryminowanie określonych przekonań światopoglądowych czy ideologicznych. Również i w tym przypadku część polemistów argumentowała, że analizowane unormowanie mieści się w ramach wyjątku opisanego przez Scalię. Zdaniem Weinberga, „fighting words” są antytezą jakichkolwiek idei bądź przekonań. W związku z tym ich selektywna supresja *ex definitione* nie może stwarzać niebezpieczeństwa tłumienia swobody wyrażania poglądów. Podobnie David Heyd twierdzi, że skoro ekskluzja całej kategorii „fighting words” spod zakresu protekcji pierwszej poprawki nie powoduje zagrożenia dla wolnej wymiany poglądów, to tym bardziej niebezpieczeństwa tego nie może wytwarzać wykluczenie wyłącznie określonej subklasy takich wypowiedzi (np. tylko tych wzbudzających gniew albo wzburzenie na podstawie rasy bądź religii)²⁷⁷. W mojej ocenie, skoro „fighting words” – zwłaszcza te o charakterze rasistowskim lub też bigoteryjnym – przynajmniej niekiedy, jeśli nie zawsze, zawierają w sobie pewien komponent ekspresyjny (co staraliśmy się pokazać wcześniej), to bagatelizowane przez Heyda i Weinberga ryzyko może się jednak urzeczywistnić.

Ostatecznie zatem, zgodnie z uzasadnieniem, determinantą konstytucyjności unormowań zawartych w akcie jest przejście przez nie testu „surowego nadzoru sędziowskiego”. Według Scalii, regulacja bez wątplenia służy fundamentalnemu interesowi rządowemu, jaki stanowi zagwarantowanie reprezentantom historycznie i tradycyjnie dyskryminowanych mniejszości podstawowego prawa człowieka, czyli możliwości „życia w spokoju”. Problemy pojawiają się zaś w odniesieniu do kwestii, czy przepisy ordynansu są niezbędne dla urzeczywistnienia tego zamierzenia. Otóż w przekonaniu sę-

²⁷⁶ Oczywiście błędne jest stanowisko Degana, który utrzymuje, że przedmiotową regulację można również wkomponować w ramy tego wyjątku, albowiem zakaz rasistowskich czy też bigoteryjnych „fighting words” można zinterpretować jako próbę ograniczenia dyskryminacyjnych rezultatów tego rodzaju wypowiedzi. Zob. *idem*, *op. cit.*, s. 1139. Rozstrzygające znaczenie posiada tu argument z przebiegu związku przyczynowego.

²⁷⁷ P. Weinberg, *op. cit.*, s. 306, D. Heyd, *Tolerance: an elusive virtue*, Princeton 1996, s. 209. Por. również M. S. Degan, *op. cit.*, s. 1143 (dla tego autora trzeci wyjątek jest zdefiniowany na tyle ogólnie, że konstytuuje niemal blankietowe zezwolenie na dowolną dyskryminację treściową w ramach kategorii zakazywalnych wypowiedzi).

dziego uregulowania dyskryminujące treściowo mogą być uznane za konieczne dla realizacji określonych uprawnionych celów rządowych tylko wtedy, kiedy potencjalne neutralne alternatywy wykazują ułomności niepozwalające na osiągnięcie wspomnianych zamierzeń. Ordynans St. Paul nie spełnia tego kryterium w sposób oczywisty. Wywierzenie sankcji karnej z tytułu spalania krucyfiksów na cudzym terenie prywatnym (czy też po prostu przed czyimś domem) może przecież nastąpić na podstawie neutralnych norm penalizujących podpalenie, posługiwanie się groźbami lub zniszczenie mienia. Jak komentuje w tym aspekcie Victoria L. Handler, zapobieganie przemocy na tle rasowym lub genderowym i ochrona porządku publicznego mogą być osiągnięte za pomocą klasycznych instrumentów prawa karnego; nie istnieje przeto konieczność ustanawiania dodatkowych norm. Z kolei inny teoretycznie godny aprobaty cel omawianej regulacji, czyli promowanie społecznej równości, nie może być realizowany w kolizji z gwarancjami wolności słowa przewidzianymi w ustawie zasadniczej²⁷⁸. Jak zauważał ponadto Scalia, wprowadzenie generalnego zakazu posługiwania się „fighting words” także pozwoliłoby St. Paul na osiągnięcie zamierzonych korzyści. Należy tedy stwierdzić, iż w odniesieniu do przepisów dyskryminujących pod względem treściowym sędzia postulował przyjęcie zasady subsydiarności. Rezultat aplikacji przez Scalię tej reguły w przedmiotowej sprawie również wywołał szereg głosów krytycznych. Przykładowo według Crowley, neutralne treściowo przepisy okazują się w interesującym nas tutaj kontekście dalece niewystarczające, albowiem St. Paul jako społeczność mieszana musi bezpośrednio stawiać czoła rasowym, etnicznym i religijnym napięciom lub też wyzwaniom oraz otwarcie zwalczać przekaz nienawiści zawarty chociażby w czynie, którego dopuścił się R.A.V.²⁷⁹. Inni autorzy dowodzili zaś, iż przestępstwa motywowane uprzedzeniami są na tyle dystynktywne w swoich społecznych oraz wiktymologicznych konsekwencjach, że wymagają silniejszej reakcji aniżeli symplicystyczne powoływanie standardowych przepisów prawa karnego²⁸⁰. W każdym razie z dużą dozą pewności wolno stwierdzić, iż standard „strict scrutiny” w interpretacji sędziego Scalii jest bardzo trudny do spełnienia²⁸¹. Jak lapidarnie puentował swoje orzeczenie jurysta, „spalenie krzyża na cudzym podwórzu jest ohydny czynem. St. Paul posiada jednak do swej dyspozycji wystarczające środki, by zapobiec takim zachowaniom bez dorzucania pierwszej poprawki do

²⁷⁸ V. L. Handler, *Legislating social tolerance: hate crimes and the First Amendment*, Hamline Journal of Public Law and Policy Issues, vol. 13, s. 155 – 156.

²⁷⁹ A. L. Crowley, *op. cit.*, s. 798 – 799.

²⁸⁰ Zob. np. J. Levin, J. McDevitt, *Hate crimes: the rising tide of bigotry and bloodshed*, Boulder 2001, s. 185.

²⁸¹ Por. m.in. R. D. Richards, *Freedom's voice: the perilous present and uncertain future of the First Amendment*, Thorndike 2000, s. 161.

ognia”. Ewentualne skazanie R.A.V. musi nastąpić na innej podstawie prawnej, a miasto powinno artykułować swoje moralne preferencje w sposób zgodny z konstytucją.

Pozostałe uzasadnienia sformułowane przy okazji rozpatrywania przedmiotowej kwestii, aprobując konkluzję Scalii, zawierały równocześnie fundamentalną krytykę zaproponowanego przez większość toku rozumowania. Rozpocznijmy od przedstawienia poglądów White’a. Jak argumentował sędzia, o ile spalenie krucyfiksów podczas politycznego wiecu „niemal na pewno byłoby chronioną ekspresją”, o tyle rewokacja państwu kompetencji swobodnej implementacji regulacji wymierzonych w zachowanie tego typu wyczerpujące znamiona „fighting words”²⁸² oznacza drastyczne odejście od utrwalonej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego oraz skutkuje dewaluacją debaty politycznej poprzez włączenie w jej obręb mowy nienawiści²⁸³. Zdaniem sędziego, podważona (przynajmniej na generalnym poziomie) przez Scalię zasada treściowej dyskryminacji stanowi logiczny i racjonalny fundament kategoryjnego podejścia do wolności słowa. Jeśli bowiem treść określonej ekspresji (pornografii dziecięcej, obscenicznego filmu, nieprawdziwego okrzyku „pożar!” w zatłoczonym teatrze) jest bezwartościowa (bądź też jej wartość jest tylko „de minimis”) dla społeczeństwa z ekspresyjnego punktu widzenia, to rząd uzyskuje uprawnienie do wprowadzenia odmiennych regulacji stosujących się do tego rodzaju wypowiedzi. Innymi słowy, takowa ekspresja jest na tyle szkodliwa, że pierwsza poprawka nie blokuje państwu możliwości jej całościowej supresji, a konstytucyjne gwarancje wolności słowa w ogóle jej nie dotyczą. Tymczasem, jak wskazywał White, Scalia proponuje zupełnie nową doktrynę prawną, tj. teorię „niedostatecznej inkluzji” („underinclusiveness”), w której konsekwencji „Pierwsza Poprawka chroni wąsko zdefiniowane kategorie wypowiedzi jak dotychczas uznawane za niezastługujące na taką protekcję – przynajmniej w tym sensie, że prawodawca nie może regulować niektórych «fighting words» ostrzej niż innych w oparciu o ich treść [...] Jeśli rząd pragnie kryminalizować niektóre «fighting words», Sąd żąda od niego, by kryminalizował wszystkie pozostałe”. Razi niekoherencją założenie, że władze publiczne „mogą proskrybować całą kategorię wypowiedzi, ponieważ ich treść jest zła [...] ale nie mogą w sposób szczególny traktować podtypu należącego do owej kategorii, nie naruszając przy tym pierwszej poprawki; treść tej subkategorii jest *ex definitione* bezwartościowa

²⁸² Oczywiście terminu „swobodnej” nie należy tu traktować literalnie. White wskazuje po prostu, że penalizacja takich zachowań ekspresyjnych (przy zachowaniu wymogów techniki legislacyjnej) w żaden sposób nie implikuje pierwszej poprawki (podobnie jak ma to miejsce w przypadku werbalnych „fighting words”). Innymi słowy, bezzasadne jest badanie zgodności owych przepisów z zasadą poszanowania wolności słowa (aczkolwiek mogą być one konfrontowane np. z zawartym w ustawie zasadniczej zakazem nakładania okrutnych kar, jeśli przewidziane za wskazany czyn sankcje karne budzą tego typu wątpliwości).

²⁸³ Por. M. T. Zingo, *op. cit.*, s. 152 – 153.

oraz niezaskługująca na konstytucyjną ochronę [...] Zakaz używania zarówno wszystkich «fighting words», jak i tylko ich pewnego podtypu jedynie ogranicza społeczne zło płynące z mowy nienawiści, nie stwarzając przy tym niebezpieczeństwa wypierania światopoglądów z rynku idei”. Sędzia akcentował bowiem w tym ostatnim kontekście, że „fighting words” nie są niczym innym, jak tylko wymierzonym w jednostkę atakiem, mającym na celu wyrządzenie jej krzywdy lub sprowokowanie do użycia przemocy. Nie są natomiast ekspresyjnie istotną próbą wymiany poglądów, zmanifestowania sprzeciwu bądź zjednanie sobie ideologicznych zwolenników. Według White’a, zastosowanie doktryny niedostatecznej inkluzji do przypadku ordynansu St. Paul prowadzi do najzupełniej fatalnych reperkusji. W efekcie Sąd Najwyższy zachęca bowiem obywateli do kontynuowania moralnie złej i konstytucyjnie bezwartościowej aktywności; legitymizuje „hate speech” jako formę debaty publicznej²⁸⁴; sygnalizuje, iż „przekaz zastraszania i rasowej nienawiści, który jest transmitowany poprzez spalanie krucyfiksów na cudzym trawniku, posiada wystarczającą wartość, aby przeważać nad społecznym interesem polegającym na utrzymaniu porządku oraz ochronie moralności”; zamazuje dystynkcję pomiędzy chronioną ekspresją (np. dyskursem o charakterze politycznym) i wypowiedziami kategorycznie wykluczonymi poza zakres protekcji ustawy zasadniczej. Podsumowując, w ocenie White’a doktryna niedostatecznej inkluzji jest w swoich konsekwencjach zarówno absurda, jak i destruktywna dla jurysprudenckiej SN.

Sędzia podkreślał równocześnie, że poprawna subsumcja sugerowanej przez Scaię listy wyjątków od zasady treściowej niedyskryminacji do okoliczności analizowanej sprawy musi nieuchronnie doprowadzić do zatwierdzenia zgodności ordynansu z konstytucją. Po pierwsze, przyczyny, dla których „fighting words” znajdują się poza obszarem oddziaływania pierwszej poprawki, obowiązują w szczególnym natężeniu, jeśli rzeczona ekspresja skierowana jest do reprezentantów tradycyjnie dyskryminowanych i wiktymizowanych grup społecznych. Celem wprowadzenia stosownego zakazu jest nie tylko wyeliminowanie nieakceptowanego sposobu komunikowania dowolnych poglądów, ale również uniemożliwienie konkretnego treściowego przekazu powodującego osobiste krzywdy i zagrożenie wybuchem przemocy. Po drugie, jeśli zgodne z ustawą zasadniczą są regulacje penalizujące tworzenie bądź też przyczynianie się do powstania „wrogiego środowiska pracy” przez molestowanie seksualne wyrażające się m.in. w używaniu „fighting words” o pogardliwym zabarwieniu erotycznym (a przecież identyczny rezultat można osiągnąć wskutek ustanowienia karalności „fighting words” każdego ro-

²⁸⁴ Jak trafnie zauważa Harry M. Bracken, w żadnym miejscu swojego uzasadnienia White nie wyjaśnia jednak precyzyjnie, dlaczego mowa nienawiści nie powinna być w ten sposób traktowana, skoro, patrząc z perspektywy czysto deskryptywnej, jest ona elementem wielu politycznych kampanii, [w:] *idem, Freedom of speech: words are not deeds*, Westport 1994, s. 115.

dzaju), to także nie ma żadnych podstaw zanegowanie konstytucyjności regulacji ordynansu St. Paul zwalczających wyłącznie „fighting words” naładowanych rasizmem czy bigoterią. Po trzecie, unormowanie pod żadnym pozorem nie prowadzi do tłumienia pewnych światopoglądów, co wynika z samej istoty supresjonowanej ekspresji. W przekonaniu White’a, większość popełniła również błąd w swej analizie dotyczącej kwestii zachowania przez przedmiotowy akt prawny standardu „strict scrutiny”. Jego zdaniem, na gruncie tradycyjnego orzecznictwa SN ordynans powinien nieproblematicznie przejść wskazany test. Zapewnienie jednostce jej podstawowych praw (a unormowanie usiłuje to uczynić w stosunku do reprezentantów dyskryminowanych w perspektywie historycznej grup) bez wątplenia konstytuuje fundamentalny interes państwowy. Niestety, uzasadnienie Scalii nieuchronnie prowadzi do absurdalnej konkluzji, zgodnie z którą „wąsko sformułowany, oparty na treści ekspresji ordynans nigdy nie przejdzie testu zgodności z konstytucją, jeśli cel tej legislacji będzie możliwy do urzeczywistnienia poprzez zakazanie szerszej kategorii wypowiedzi. Wydaje się, że takowe stanowisko oznacza generalną refutację zasad «surowego nadzoru sędziowskiego» – podstawowego narzędzia w analizach związanych z Pierwszą Poprawką”. Pozbawione sensu jest tymczasem oczekiwanie, że prawodawca musi regulować zagadnienia niepowodujące poważnych problemów czy kontrowersji społecznych jedynie po to, by równocześnie móc zwalczać realne patologie i zagrożenia. Według White’a, zaproponowany przez Scaalię doktrynalny rewizjonizm w praktyce unieważnia obowiązek jak najwęższego konstruowania przepisów ograniczających wolność ekspresji. Sędzia przyznawał wprawdzie, że istnieje teoretyczna (aczkolwiek raczej mało prawdopodobna) możliwość, że przykładowo ustawodawca uchwali przepisy penalizujące wypowiedzi zniesławiające jedynie członków jednej z partii politycznych. Jednak dla stwierdzenia niezgodności takiej propozycji z ustawą zasadniczą nie jest bynajmniej konieczne odwoływanie się do nowatorskich (w złym znaczeniu tegoż słowa) interpretacji pierwszej poprawki. Wystarczy bowiem w tym zakresie przytoczyć postanowienie poprawki czternastej o przysługującej wszystkim obywatelom USA „równej opiece prawnej” albo też postawić takowemu unormowaniu dyskwalifikujący zarzut nieracjonalności. W każdym razie, zdaniem White’a, ordynans przechodzi test „strict scrutiny” (w świetle „długoletnich bolesnych doświadczeń” narodu amerykańskiego z dyskryminacją na tle rasowym powyższa konkluzja jest, w przeświadczeniu sędziego, właściwie oczywista). White puentował: „W dniu dzisiejszym Sąd zlekceważył utrwalone zasady prawa dotyczącego Pierwszej Poprawki, nie dostarczając w zamian spójnej teorii zastępczej. Jego orzeczenie jest jałową doktrynerską interpretacją, motywowaną często nieodpartym impulsem skłaniającym do majstrowania przy Pierwszej Poprawce. Wyrok [...] na pewno skonfunduje niższe sądy”.

Z kolei krótkie uzasadnienie sędziego Blackmuna stanowiło wyraziste odzwierciedlenie jego filozofii prawnej, charakteryzującej się daleko posuniętym pragmatyzmem, niechęcią do angażowania się w spekulatywne, wymaginowane i pozbawione bezpośredniego odniesienia do realiów sprawy rozważania doktrynalne, tendencją do wąskiego ujmowania rozstrzygnięć i negowaniem celowości prowadzenia formalistyczno-abstrakcyjnych rozumowań prawnych²⁸⁵. W jego ocenie, większość Sądu Najwyższego, decydując, że państwo „nie może unormować wypowiedzi powodujących poważne szkody, jeżeli nie ograniczy równocześnie wypowiedzi niepowodujących takich konsekwencji”, postawiła „prawo i logikę na głowie”. Orzeczenie to jest *de facto* refutacją analizy kategoryjnej, co w praktyce osłabia gwarancje wolności słowa dla ekspresji zasługującej na ochronę. Zamazanie kategoryjnych rozróżnień nie doprowadzi przecież do sytuacji, w której Sąd zacznie „przydzielać pornografii dziecięcej albo reklamom papierosów poziom protekcyjny zazwyczaj udzielany wypowiedziom politycznym”. Sędzia argumentował, iż postępujące ujednoczenie standardów ochrony we wskazanej materii, będące nieuchronnym rezultatem uzasadnienia Scalii, musi oznaczać generalną redukcję protekcyjnej siły pierwszej poprawki. Blackmun twierdził równocześnie, że orzeczenie większości może być odbierane jako doktrynalna aberracja, której dominantą jest próba manipulacji przez Sąd treścią prawa, aby uzyskać pożądany ideologicznie rezultat. Jeśli bowiem główną przesłankę uzasadnienia stanowi teza, że „rasistowskie groźby i werbalne napaści” nie powodują większej krzywdy aniżeli pozostałe „fighting words”, to tak naprawdę SN przekracza swe kompetencje oraz ulega pokusie ufundowania wyroku nie tyle na stanie prawnym, co raczej na osobistych poglądach sędziów *à propos* politycznej poprawności czy zalet kulturowego zróżnicowania. Jak zwięźle konkludował Blackmun, przepisy zabraniające „rzeszimizmowi” prześladowania reprezentantów mniejszości rasowej poprzez palenie krzyży przed ich domostwami w żaden sposób nie naruszają gwarancji wolności słowa przewidzianych pierwszą poprawką.

Uzasadnienie Stevensa kwestionowało zaś zarówno koncepcję niedostatecznej inkluzji zaproponowaną przez Scalię, jak i tradycyjną doktrynę kategoryjnej ekskluzji. W pierwszym kontekście sędzia właściwie nie sformułował innych argumentów niż te przedstawione przez nas uprzednio przy okazji omawiania uzasadnienia White’a i prezentacji doktrynalnej krytyki rozumowania Scalii. Po pierwsze, zasada dyskryminacji treściowej stanowi naturalny składnik jurysprudencki SN w zakresie pierwszej poprawki. Stwierdzenie, czy dana ekspresja to zmowa monopolistyczna, wypowiedź obsceniczna, nielegalne podżeganie do czynu zabronionego itp., wymaga przeprowadzenia analiz pod kątem kryterium treściowego. Po drugie, wymieniony w uzasadnieniu Scalii pierw-

²⁸⁵ Na ten temat zob. szerzej m.in. D. T. Coenen, *Justice Blackmun, federalism and separation of powers*, Dickinson Law Review, vol. 97, s. 557.

szy wyjątek od reguły neutralności treściowej państwa jest w pełni relewantny do casusu ordynansu St. Paul, gdyż miasto posiada konstytucyjne umocowanie do wnioskowania, iż „fighting words” wzbudzające gniew z powodu rasy czy religii są społecznie bardziej niebezpieczne (ze względu na rozmiar i rodzaj powodowanej przez nie krzywdy lub większe ryzyko wywołania zakłóceń porządku publicznego) aniżeli „fighting words” należące do innej subkategorii²⁸⁶ oraz do skonstatowania, że niezbędne jest zastosowanie odmiennych remediów prawnych dla skutecznego przeciwstawienia się, zapobieżenia lub zwalczania tych zróżnicowanych typów ekspresji. Stevens wyjaśniał: „Zachowania powodujące szczególny typ niebezpieczeństwa lub wywołujące szczególne szkody mogą być zakazane przez *lex specialis*. Zaproszenie ognia w pobliżu składu amunicji albo cysterny z paliwem [...] może być karane surowiej aniżeli podpalenie śmieci na pustym placu. Groźenie komuś z powodu jego rasy czy religijnych przekonań [...] może być karane surowiej niż formułowanie gróźb spowodowanych kibicowaniem przez adresata określonej drużynie sportowej. Istnieją uzasadnione, racjonalne i neutralne podstawy legitymujące wprowadzenie takowych szczególnych norm”. Po trzecie, uzasadnienie Scalii niszczy tradycyjną hierarchię wypowiedzi stanowiącą dotychczas ważny element linii orzeczniczej SN, ponieważ zamazuje różnicę w standardach protekcji udzielanej np. ekspresji politycznej, reklamom oraz „fighting words”. Po czwarte, zasadność implementacji doktryny niedostatecznej inkluzji jest legitymowana przez większość użyciem *stricte* hipotetycznych i spekulatywnych przykładów, których rozważanie przypomina podróż „w świecie doktrynalnej fantazji”. Równocześnie jednak Stevens opowiedział się za porzuceniem przez Sąd Najwyższy koncepcji absolutystycznego odmawiania pewnym typom wypowiedzi jakiegokolwiek ochrony konstytucyjnej na podstawie ich kategoryjnej kwalifikacji. Owszem, jak przyznawał Stevens, tradycyjne ujęcie jest klarowne i gwarantuje uczestnikom wolnego rynku idei bezpieczeństwo prawne (ponieważ status określonych typów ekspresji z perspektywy pierwszej poprawki jest wiadomy *a priori*). Jednak prowadzi ono do „poświęcenia subtelności na rzecz jasności”. Tym samym sędzia odmówił rozpatrzenia sprawy ordynansu St. Paul w oparciu o linię orzeczniczą zapoczątkowaną przez precedens *Chaplinsky vs. State of New Hampshire*²⁸⁷. Wydaje się, że przyjęcie przez większość SN optyki Stevensa byłoby zerwaniem ciągłości w jurysprudencji Sądu Najwyższego oraz rewolucyjną zmianą paradygmatu postrzegania znaczenia pierwszej poprawki w stopniu wyraźnie większym aniżeli akceptacja doktryny niedostatecznej inkluzji.

²⁸⁶ Np. te odwołujące się do orientacji seksualnej lub przynależności związkowej adresata przekazu.

²⁸⁷ Por. J. E. Semonche, *Keeping the faith: a cultural history of the U. S. Supreme Court*, Lanham 1998, s. 379.

Rodzi się tedy pytanie, w oparciu o jakie standardy sędzia chciał oceniać zgodność norm ograniczających swobodę posługiwania się „fighting words” z ustawą zasadniczą. W ocenie jurysty, dopuszczalność penalizacji takowej ekspresji powinna być uzależniona od rezultatów „złożonej i subtelnej analizy” przedmiotowych regulacji prawnych, uwzględniającej „treść i kontekst regulowanych wypowiedzi”, jak również „naturę i zakres wymierzonych w ekspresję restrykcji”²⁸⁸. Aplikacja tych kryteriów do interesującego nas tutaj przypadku wypadłaby, w opinii Stevensa, korzystnie dla regulacji ustanowionej przez St. Paul. Po pierwsze, ordynans z definicji dotyczy wyłącznie „fighting words”, czyli wypowiedzi o niskiej wartości. Po drugie, odnosi się raczej do ekspresyjnych zachowań, a nie do wypowiedzi o charakterze werbalnym (dlatego też państwo winno dysponować szerszym marginesem normotwórczej swobody). Po trzecie, St. Paul ograniczyło wolność słowa jedynie w sytuacjach konfrontacyjnych, których eskalacja może potencjalnie wywołać wybuch przemocy. Jak pisał Stevens, spalenie krzyża, wymierzone w uwięzioną we własnym domu afroamerykańską rodzinę, nie jest niczym innym, jak tylko „prymitywną formą fizycznego zastraszania. Fakt, że [...] komunikuje przekaz rasistowskiej wrogości, nie czyni zeń automatycznie zachowania całkowicie chronionego konstytucyjnie”. Sędzia z aprobatą cytował pismo procesowe reprezentanta St. Paul, który porównywał czyn R.A.V. z „wymachiwaniem nożem przed zadaniem ciosu, wycelowaniem pistoletu przed jego wystrzeleniem, zapaleniem zapalki przed podłożeniem ognia, przygotowaniem pętli na szyję przed linczem. To nie jest wypowiedź polityczna ani nawet tchórzliwa mowa nienawiści. To pierwszy krok do napaści, który nie może być chroniony w większym zakresie niż przyłożenie rewolweru do skroni ofiary”. Po czwarte, unormowanie nie stanowi przejawu dyskryminacji światopoglądowej, albowiem posiada neutralne ideologicznie usprawiedliwienie. Karalne są bowiem na jego podstawie wypowiedzi określonej treści, które wywołują szczególnie groźne ze społecznej perspektywy reperkusje. Innymi słowy, penalizacji podlegają pewne desygnaty terminu „fighting words”, niezależnie od osobistych preferencji, idiosynkrazji czy motywacji autorów danego przekazu. Odwołując się do podanego przez Scalię przykładu, Stevens uznał, że przykładowo „w sporze pomiędzy zwolennikami i przeciwnikami tolerancji, ordynans nie zapobiegałby obrzucaniu się przez protagonistów konfliktu «fighting words» na podstawie ich antagonistycznych poglądów, ale zabroniłby obu stronom posługiwania się «fighting words» związanych z «rasą, kolorem skóry, wyznawanym credo, religią lub płcią» adresatów”. Inaczej mówiąc, zarówno transparent „Wszyscy [religijni – J. P. S.] bigoci pochodzą z nieprawego łoża”, jak i plakat „Wszyscy orędownicy tolerancji pochodzą z nieprawego łoża” nie podpadałyby pod przepisy

²⁸⁸ Por. T. E. Yarbrough, *The Rehnquist Court and the Constitution*, Oxford 2000, s. 185.

ordynansu, albowiem użyte tutaj „fighting words” dotyczą światopoglądowych przekonań adresatów, a nie wyznawanej przez nich religii. Uregulowanie znalazłoby natomiast ekwiwalentne zastosowanie do casusu muzułmanina z plakatem „Wszyscy katolicy pochodzą z nieprawego łoża” oraz do katolika wznoszącego w górę transparent z analogiczną repliką²⁸⁹. Jak konkludował Stevens, ordynans zabrania tylko wymierzania „ciosów poniżej pasa” przez każdą ze stron debaty. Po piąte, regulacja jest wąsko skonstruowana, ponieważ nie zakazuje holistycznie mowy nienawiści oraz nie penalizuje każdego przypadku spalenia krucyfiksów czy przedstawienia swastyki. Taki ograniczony pod względem merytorycznym ordynans pozwala na spalenie krucyfiksów „na znak rozpoczęcia wiecu, na terenie prywatnym oraz publicznym, w dzień oraz w nocy, tak długo”, jak czyn ten nie wyczerpuje definicyjnych znamion „fighting words”. St. Paul nie utrudnia przeto wyrażania szerokiej palety poglądów na temat równości rasowej, religijnej czy płciowej oraz nie wprowadza motywowanej ideologicznie cenzury.

Lektura radykalnie krytycznych enuncjacji White’a, Blackmuna i Stevensa może na części czytelników wywrzeć nieodparte wrażenie, iż obcują oni raczej ze zdaniem odrębnymi aniżeli z uzasadnieniami wspierającymi konkluzję orzeczenia Scalii. Jak już jednakże zauważyliśmy, czterej oponenci Scalii (pamiętajmy o milczącej, acz zgadzającej się z White’em, sędzi Sandrze Day O’Connor) również opowiedzieli się za tezą o niezgodności ordynansu St. Paul z ustawą zasadniczą. Merytoryczną podstawą przyjętego przez nich stanowiska było powołanie trwale zakorzenionego w jurysprudencji SN zarzutu nadmiernie szerokiego zakresu przedmiotowego badanego unormowania. Dokładniej argument ten przedstawił White, a pozostali sędziowie nastawieni polemicznie wobec optyki większości ograniczyli się do lapidarnej akceptacji jego poglądu. Jak zatem twierdził White, odwoływanie się przez Sąd Najwyższy do argumentacji z „overbreadth” celem całościowego podważenia danego aktu normatywnego następować może wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach, kiedy to zagrożenie dla konstytucyjnie chronionej ekspresji jest rzeczywiste i substancjalnie istotne (tj. gdy poważna proporcja mieszczących się w sferze oddziaływania podważanej normy wypowiedzi mieści się w granicach zakreślonych pierwszą poprawką). Co więcej, holistyczna eliminacja danej regulacji z obrotu prawnego na podstawie wspomnianego zarzutu jest uprawniona jedynie wówczas, gdy niemożliwa okazuje się zawężająca wykładnią badanych przepisów lub orzeczenie o ich tylko fragmentarycznej nieważności. Uwzględniając te obstrżenia, doktryna „overbreadth” stanowi – podkreślał White – potrzebny element orzecznictwa SN, albowiem szkody społeczne spowodowane [najpewniej czasową – Ł. M.] niekaralnością niechronionych wypowiedzi są mniejsze aniżeli te wynikające z możliwości uci-

²⁸⁹ Przypomnieć wypada, że zachowania wymienionych wyżej osób mieszczą się w definicji „speech plus”.

szania chronionej ekspresji na podstawie błędnie skonstruowanego prawa. W przekonaniu sędziego, w przypadku ordynansu zachodzą wskazane szczególne okoliczności uprawomocniające decyzję o jego całościowej niekonstytucyjności. Przedmiotowa regulacja kryminalizuje bowiem „znaczący zakres ekspresji, która – będąc odrażającą – pozostaje jednak pod osłoną pierwszej poprawki”. Podstawowym uchybieniem Sądu Najwyższego Minnesoty, który ustalił wiążącą i ostateczną interpretację ordynansu, było błędne zdefiniowanie terminu „fighting words”²⁹⁰. Otóż trybunał ów uznał, że szkodą powodowaną przez takie wypowiedzi oraz usprawiedliwiającą wprowadzenie ich karalności, jest wzbudzenie u odbiorców przekazu uczuć gniewu, wzburzenia lub resentymentu. Tymczasem, jak dowodził White, orzecznictwo SN USA jasno pokazuje, że wywoływanie przez ekspresję tak ogólnikowo zdefiniowanych i bardzo generalnych reakcji nie stanowi dostatecznej podstawy do odebrania jej chronionego konstytucyjnie statusu. Fakt, że określona aktywność ekspresyjna rani czyjeś uczucia, obraża adresata czy powoduje resentyment, nie jest tutaj wystarczającą przesłanką. W szczególności – pisał White – „w kontekście Pierwszej Poprawki należy wyjątkowo pieczołowicie przyglądać się regulacjom prawa karnego. Te spośród nich, które czynią sprzeczną z prawem znaczną liczbę konstytucyjnie chronionych zachowań, mogą być uznane za w pełni niezgodne z konstytucją, nawet jeżeli jednocześnie posiadają usprawiedliwione zastosowanie [...] Ordynans jest właśnie takim prawem. Chociaż dosięga zachowań niechronionych, to zarazem czyni przestępstwem zachowania powodujące wyłącznie naruszenie uczuć, obrazę lub resentyment, które są objęte osłoną Pierwszej Poprawki”. W konkluzji warto również zauważyć, że temperatura polemiki między sędziami na tle orzeczenia, co do którego ostatecznego rezultatu panował wśród nich pełny konsens, pokazuje, iż przy analizowaniu poszczególnych wyroków SN równie istotne, co zapoznanie się z sentencją, jest też uważne prześledzenie prowadzącego do niej rozumowania.

Orzeczenie wzbudziło wielce zróżnicowane reakcje wśród komentatorów. Niewątpliwie bardzo przesadzone wydaje się stanowisko Iana Crama, którego zdaniem wyrok jest tożsamy z rozciągnięciem libertariańskiej perspektywy ideowej na obszar związany z interpretacjami pierwszej poprawki²⁹¹. Zarówno bowiem doktryna niedostatecznej in-

²⁹⁰ Na jeszcze inny istotny w tym kontekście aspekt analizowanych przepisów zwraca uwagę James B. Jacobs. Otóż ordynans w pewnym sensie pomija milczeniem motywacje przyświecające osobie popełniającej czyn zabroniony. Przykładowo na jego podstawie prezentacja określonego znaku może stanowić uzasadnienie represji karnej, „nawet jeśli celem było zmuszenie adresatów, nieważne w jak bolesny sposób, do konfrontacji z kontrowersyjnymi symbolami z nadzieją (być może nierozumną), że w rezultacie odbiorcy przekazu doznają” uczuć katartrycznych, zainteresują się polityką, rozpoznają powagę rasistowskiego zagrożenia itp., [w:] *idem, The emergence and implications of American hate crime jurisprudence*, [w:] *Hate crime: the global politics of polarization*, ed. by R. J. Kelly, J. Maghan, Carbondale 1998, s. 157.

²⁹¹ I. Cram, *Contested words: legal restrictions on freedom of speech in liberal democracies*, Aldershot 2006, s. 79.

kluzji, teoria kategorialnej ekskluzji, jak i przyjęcie postulowanego przez Stevensa obowiązku wieloaspektowej analizy przepisów prawnych nie implikują bynajmniej afirmacji absolutystycznego (bądź też niemal absolutystycznego) podejścia do zagadnienia ochrony wolności słowa i wyrażania poglądów. Tezę Crama można bez trudu sfalsyfikować poprzez przywołanie choćby opinii cytowanej już Hurdle, według której zaproponowane przez Scalię ujęcie „wszystko albo nic” w odniesieniu do zakresu przedmiotowego unormowania dotyczącego zakazywalnej kategorii wypowiedzi może posłużyć jako instrument usprawiedliwiający „szokująco szerokie” wtargnięcia w sferę wolności słowa. Skoro bowiem regulacje częściowe, jako dyskryminujące treściowo, okazują się niekonstytucyjne, to niewykluczone jest zatriumfowanie wśród prawodawców mentalności propenalizacyjnej, której przedstawiciele opowiadają się za istnieniem szerokich restrykcji w interesującej nas dziedzinie. Z tego też powodu uzasadnienie Scalii to radykalne zaprzeczenie tradycyjnej doktryny, zgodnie z którą rząd powinien ingerować w swobody zagwarantowane pierwszą poprawką w najmniejszym możliwym wymiarze. Tymczasem, w rezultacie wyroku, proskrypcja blankietowa jest lepsza niż selektywna, co może skłaniać legislaturę do supresji ekspresji niepowodującej poważniejszych problemów społecznych²⁹². Wyrok powitany został natomiast generalnie z satysfakcją przez orędowników klasycznego liberalnego pojmowania treści i znaczenia pierwszej poprawki. Przykładowo Jed Rubinfeld (późniejszy autor wziętej powieści sensacyjnej) uznaje ordynans za niedopuszczalną próbę wprowadzenia kar nie tyle za popełnienie określonego czynu, co za zakomunikowanie innym osobom swoich poglądów bądź „przemysłań” (czyli ujawnienie odbiorcom przekazu swojego mentalnego stanu)²⁹³. Jak argumentuje z kolei David E. Bernstein, uzasadnienie Scalii odwoływało się do tradycyjnych amerykańskich wartości politycznych, które są dzisiaj podkopywane przez „nietolerancyjnych aktywistów”, zdeterminowanych, by „narzucić swoje moralistyczne preferencje” wszystkim obywatelom. Wskazani zeloci kwestionują zatem, w imię ideologii lewicowego egalitaryzmu, podstawowe konstytucyjne gwarancje zabezpieczające fundamentalne wolności polityczne, do których bez wątpienia należy zaliczyć swobodę wyrażania poglądów²⁹⁴. Laurence H. Tribe wskazuje natomiast, że Scalia zademonstro-

²⁹² M. L. Hurdle, *op. cit.*, s. 1170 – 1171. Podobne obawy wyraża Degan (*idem, op. cit.*, s. 1152 – 1153), dla którego zawarte w orzeczeniu rozliczne niedociągnięcia stwarzają szereg luk prawnych, mogących otworzyć drogę do wprowadzenia szerokich restrykcji wymierzonych w wolność słowa w oparciu o przesłanki posiadające głębokie uzasadnienie moralne. Tymczasem, przestrzega autor, rządy oraz społeczeństwa popełniały największe błędy w swojej historii (palenie książek, maccartyzm, internowanie Japończyków w Stanach Zjednoczonych podczas drugiej wojny światowej), będąc uzbrojonymi w teoretycznie najszlachetniejsze intencje.

²⁹³ J. Rubinfeld, *The First Amendment's purpose*, Stanford Law Review, vol. 54.

²⁹⁴ D. E. Bernstein, *You can't say that! The growing threat to civil liberties from antidiscrimination laws*, Washington 2003, s. 1, 60.

wał w uzasadnieniu godną pochwały gotowość do interpretacji klauzuli wolności słowa zawartej w pierwszej poprawce nie jako postanowienia kodyfikującego pamięć kolonistów z końca osiemnastego stulecia i stanowiącego „wyblakłą fotografię minionych czasów”, ale jako zespołu ewoluujących zasad, które muszą nieustannie być dostosowywane do wyzwań współczesnego świata. Choć teoretycznie Scalia opowiada się za przywiązywaniem dużej wagi do autentycznej wykładni ustawy zasadniczej, to w praktyce nie dąży do zamrożenia pierwszej poprawki w „konstytucyjnym lodzie”²⁹⁵. Uprawione zdaje się przypuszczenie, że źródłem szczególnej satysfakcji dla zwolenników optyki liberalnej był fakt, iż wyrok w przedmiotowej sprawie najprawdopodobniej oznaczał, że wszelkie szeroko zakrojone próby penalizacji mowy nienawiści byłyby sprzeczne z ustawą zasadniczą. Trudno bowiem wyobrazić sobie takie sformułowanie wskazanych przepisów, które automatycznie nie wiązałyby się z pogwałceniem rygorystycznie ujętych zasad niedyskryminacji treściowej albo też nie podpadałoby pod zarzut ustanawiania zbyt szerokiego zakresu przedmiotowego²⁹⁶. Co ciekawe, dodatkowej pikanterii owemu poklaskowi uzyskanemu przez Scalię wśród klasycznych liberałów dodaje fakt, iż ten konserwatywnie usposobiony sędzia nigdy nie cieszył się ich estymą.

Zbulwersowana wyrokiem była natomiast większość środowisk lewicowych. Dla wielu ich przedstawicieli orzeczenie w analizowanej sprawie w sposób absurdalny traktowało osoby dopuszczające się podpalania krzyży jako reprezentantów niepopularnej mniejszości, którym winna przysługiwać ochrona zarówno przed represyjną potęgą władzy państwowej, jak i przed majoryzacją przez dominującą opinią publiczną²⁹⁷. Zdaniem Richarda Delgado, uzasadnienie Scalii nie poświęcało uwagi interesom czarnoskórej rodziny, przed której domostwem doszło do spalenia krucyfiks. Zignorowanie optyki ofiar spowodowało, że orzeczenie przekształciło się w suchą enumerację praw wynikających rzekomo z konstytucji, z pominięciem rozważań na temat społecznego kontekstu wolności słowa²⁹⁸. Robin West pisze zaś, że Sąd Najwyższy strywializował swoim wyrokiem szkody wyrządzane przez mowę nienawiści, przyczyniając się równocześnie do

²⁹⁵ L. H. Tribe, Comment, [w:] A. Scalia, *A matter of interpretation: federal courts and the law*, Princeton 1997, s. 81.

²⁹⁶ Takie stanowisko (w mojej ocenie słusznie) wyrażają np. D. A. Downs, *Restoring free speech and liberty on campus*, New York 2005, s. 57, oraz J. M. Jacobs i K. Potter, *Hate crimes: criminal law & identity politics*, Oxford 2001, s. 129. Przeciwny pogląd można natomiast odnaleźć np. [w:] M. D. Bunker, *Critiquing free speech: First Amendment theory and the challenge of interdisciplinarity*, Mahwah 2001, s. 36 oraz J. A. Baer, *Our lives before the law: constructing a feminist jurisprudence*, Princeton 1999, s. 109 – 110.

²⁹⁷ Spoglądając z teleologicznej perspektywy, ochrona przed dyskryminacją dotyczyć winna najczęściej właśnie takich grup. Por. L. R. Marcus, *Fighting words: the politics of hateful speech*, Westport 1996, s. 120.

²⁹⁸ R. Delgado, *When equality ends: stories about race and resistance*, Boulder 1999, s. 174.

pogłębienia poczucia poniżenia oraz ostracyzmu wśród prześladowanych grup społecznych. Jest bowiem czymś wyjątkowo upokarzającym usłyszeć ze strony władzy sądowiczej, że zadawanie nam głębokich ran jest aktywnością chronioną konstytucyjnie. To poczucie krzywdy ulega zaostreniu ze względu na fundamentalną rolę, jaką w amerykańskiej kulturze prawnej odgrywa ustawa zasadnicza, będąca podstawowym instrumentem kreowania moralnej, politycznej, społecznej i normatywnej tożsamości obywateli. Jak konkluduje West, orzeczenie ugodziło tym samym w zasadnicze komunitarne wartości, pozwalające budować amerykańską wspólnotę²⁹⁹. W przekonaniu Fissa, Scalia postawił wolność ponad równością, a wymóg zachowania neutralności nad obowiązkiem dyferencjacji przez państwo poglądów na te, które posiadają oparcie w ustawie zasadniczej, oraz te, które promują działania godzące w podstawowe pryncypia porządku konstytucyjnego. Tymczasem palenie krucyfiks zniechęca czarnoskórych obywateli do „partycypowania w deliberatywnej aktywności społeczeństwa”, ucisza ich głos w debacie publicznej, utrudnia wysłuchanie wszystkich stron sporu, redukuje demokratyczną samorządność oraz uniemożliwia racjonalną refleksję. Innymi słowy, wyrok w zasadzie podważył wartości, którym powinna służyć pierwsza poprawka³⁰⁰. W podobnym tonie wypowiada się Steven H. Shiffrin, którego zdaniem Scalia całkowicie odrzucił w swoim uzasadnieniu perspektywę zalecaną przez jurysprudence outsidera, postulującą uwzględnienie w ocenie praktyki palenia krzyży punktu widzenia przedstawicieli mniejszości rasowych. Jak twierdzi autor, pierwsza poprawka nie jest wyłącznie skodyfikowanym zespołem określonych doktryn prawnych, ale także ważną częścią „narracji, którą opowiadamy sobie, aby wyjaśnić sens bycia Amerykaninem”. Precedensy ustanowione przez SN w tym kontekście częstokroć przyczyniają się do uformowania społeczno-politycznej tożsamości obywateli USA. Wyrok w sprawie *R.A.V. vs. City of St. Paul* narzucił tutaj ściśle konserwatywną narrację lekceważącą doświadczenia mniejszości, odrzucającą paternalizm, absolutyzującą zasadę niedyskryminacji rozmaitych światopoglądów (nawet jeśli głoszą nienawiść) oraz deifikującą regułę formalnej neutralności państwa w kwestiach rasowych. Tymczasem znacznie lepszym wyjściem byłoby przyjęcie egalitarnej narracji, pozwalającej na emancypację dotąd subordynowanych grup³⁰¹. Kompleksową krytykę ideologicznego przesłania orzeczenia przedstawił także Cedric Merlin Powell. W jego przekonaniu uzasadnienie Scalii jest przede wszystkim akontekstualną analizą fenomenu „hate speech”, ufundowaną na doktrynie absolutnego prymatu wolności słowa nad wszelkimi innymi wartościami, interpretującą swobody

²⁹⁹ R. West, *Progressive constitutionalism*, Durham 1994, s. 148.

³⁰⁰ O. M. Fiss, *Liberalism...*, s. 114 – 117.

³⁰¹ S. H. Shiffrin, *Dissent, injustice, and the meanings of America*, Princeton 1999, s. 49 – 50, 64 – 65.

zagwarantowane pierwszą poprawką w duchu antytetycznym wobec równości, pomijając milczeniem cierpienia doznawane przez wiktyimizowanych ludzi, ignorując konsekwencje rasistowskiego kontekstu penalizowanych na podstawie ordynansu wypowiedzi. Płonący krzyż to „słowo”, które musi być wykluczone poza sferę chronioną pierwszą poprawką. Zajęcie przeciwnego stanowiska oznacza po prostu legitymizację rasizmu, niewnoszącego żadnych wartościowych elementów do rynku wymiany idei i destruktywnego dla wolności *per se*. Stojący w ogniu krucyfiks jest „niezamazywalnym symbolem zła”, na który właściwą odpowiedzią nie jest polemika, ale raczej szybka represja legislatywy i judykatury. Jak przekonuje dalej Powell, „mowa nienawiści i dyskryminacyjne zachowania nie są odrębne doktrynalnie; segregowane szkoły i płonące krzyże niosą ze sobą identyczny przekaz białej supremacji i nienawiści”. Symbolika związana z Ku-Klux-Klanem transmituje „komunikat będący ucieleśnieniem zinstytucjonalizowanego rasizmu”, zgodnie z którym „niebiali zasługują tylko na zajmowanie w społeczeństwie podległej pozycji”. Płonący krzyż jest także manifestacją gotowości do użycia przemocy, by utrzymać mniejszości rasowe w sytuacji podrzędności. Taka stygmatyzacja współobywateli nie może podlegać ochronie³⁰². Jak jasno wynika z przytoczonych tu poglądów, amerykańska opinia publiczna jest wyraźnie spolaryzowana w ocenie wyroku. Dla jednych orzeczenie stanowi wyraz usprawiedliwionego i ostrego krytycyzmu wymierzonego w działalność motywowanych aksjomatami politycznej poprawności cenzorów; dla drugich jest po prostu przejawem bagatelizowania uzasadnionych argumentów przedstawianych przez zwolenników prawnego zwalczania „hate speech”³⁰³.

E. Virginia vs. Black et al.³⁰⁴

Kolejna rozpatrywana przez Sąd Najwyższy w interesującym nas tu kontekście sprawa koncentrowała się już wyłącznie na owej specyficznej formie wypowiedzi symbolicznej, jaką jest spalenie krzyża. Proces dotyczył tym razem dwóch klarownie odrębnych pod względem jakościowym stanów faktycznych³⁰⁵. 22 sierpnia 1998 roku Barry Black zorganizował wiec Ku-Klux-Klanu w miejscowości Cana w stanie Wirginia. Spotkanie odbyło się na prywatnym terenie za zgodą jego właściciela, który również uczestniczył w wiecu (obok około 30 innych osób). Przebieg wydarzenia mogli obserwować

³⁰² C. M. Powell, *The mythological marketplace of ideas: R.A.V., Mitchell and beyond*, Harvard Blackletter Law Journal, vol. 12, s. 3, 29, 31 – 33, 35.

³⁰³ Por. J-S. Lee, *Understanding hate speech as a communication phenomenon: another view on campus speech code issues*, Communications and the Law, vol. 19.

³⁰⁴ 538 U. S. Reports 343 (2003).

³⁰⁵ Dobrą rekapitulację stanu faktycznego i drogi instancyjnej w omawianej sprawie można znaleźć np. [w:] N. Petraro, *Harmful speech and true threats: Virginia v. Black and the First Amendment in the age of terrorism*, St. John's Journal of Legal Commentary, vol. 20, s. 533 – 534.

tak podróżujący stanową autostradą kierowcy oraz pasażerowie, jak i mieszkańcy kilku okolicznych domów. Uczestnicy wiecu wygłosili w jego trakcie szereg przemówień deklarujących afirmację idei supremacji białego człowieka (w jednym z wystąpień zawarta została także *expressis verbis* aprobatą dla stosowania przemocy w stosunku do czarnoskórych). Na zakończenie wiecu manifestanci zgromadzili się wokół blisko ośmiometrowego krucyfiks, pod który późniejszy oskarżony podłożył następnie ogień (przy rozbrzmiewających dźwiękach popularnej protestanckiej pieśni religijnej „Amazing Grace”). Obserwujący rzeczony wydarzenia miejscowy szeryf wkroczył wówczas na teren posiadłości i aresztował Blacka. Drugi casus dotyczył natomiast zachowania Richarda Elliotta i Jonathana O’Mary, którzy w dniu 2 maja 1998 roku w miejscowości Virginia Beach usiłowali podpalić krzyż przed domem czarnoskórego Jamesa Jubileego. Tym razem wspomniane wydarzenie nie miało nic wspólnego z propagowaniem doktryn rasistowskich. Elliott postanowił zrealizować bowiem w ten sposób czysto osobiste porachunki. Krucyfiks spłonął jedynie częściowo. Samo zdarzenie nie zostało zaobserwowane przez adresata przekazu, który dopiero następnego dnia dostrzegł na swoim trawniku pozostałości nadpalonego krzyża. Black, Elliott i O’Mara zostali skazani na podstawie przepisów ustawy stanowej, która kryminalizowała spalenie krucyfiks w zamiarze zastraszenia jakiegokolwiek osoby lub grupy³⁰⁶ zarówno na terenie publicznym, jak i cudzym terenie prywatnym. Unormowanie statuowało równocześnie, że sam fakt podpalenia krucyfiks stanowi dowód *prima facie*, że sprawca czynu zamierzał, poprzez jego dokonanie, zastraszyć wspomnianą osobę lub grupę. Blackowi wymierzono grzywnę w wysokości 2500 dolarów; Elliott i O’Mara otrzymali natomiast, obok grzywny w identycznej wysokości, karę 90 dni pozbawienia wolności (sankcje zostały częściowo zawieszane). Sąd Apelacyjny stanu Wirginia zatwierdził wskazane wyroki. Skazani odwołali się wówczas do Sądu Najwyższego Wirginii, który skonsolidował ich sprawy w ramach jednego postępowania. SN stwierdził, iż ustawa jest sprzeczna z konstytucyjnymi gwarancjami ochrony wolności słowa, ponieważ ma niedozwolony dyskryminacyjny charakter. Wprowadza bowiem, zabronioną przez SN USA w wyroku w sprawie R.A.V. vs City of St. Paul, selektywną proskrypcję jednego typu ekspresji z uwagi na jego rasistowski wymiar. Sąd uznał też, że drugą przesłanką niezgodności ustawy

³⁰⁶ Motyw stanowił zatem jedno z ustawowych znamion przestępstwa. Jak słusznie zauważa Carissa Byrne Hessick, kwestia pobudek odgrywa zasadniczą rolę w wielu regulacjach wymierzonych w mowę nienawiści (oraz oczywiście w motywowane nienawiścią przestępstwa). Niekiedy motywacja sprawcy stanowi dodatkowe znamię istniejącego już typu czynu zabronionego, pozwalając na ujęcie go w formie kwalifikowanej; w innych przypadkach (choćby w analizowanej tutaj sytuacji) wystąpienie określonego motywu jest w ogóle determinantą penalizacji danego zachowania, a jego brak absolwuje sprawcę czynu od odpowiedzialności karnej, [w:] *idem, Motive’s role in criminal punishment*, Southern California Law Review, vol. 80, s. 99.

z pierwszą poprawką jest fakt, iż pozwala ona na wnioskowanie o zamiarze sprawcy w oparciu o sam fakt podpalenia krucyfiksów, co kreuje niedopuszczalne ryzyko wymierzania kar osobom angażującym się w tego typu zachowanie bez zamiaru zastraszania. Tym razem odwołanie do Sądu Najwyższego USA złożyła Wirginia. Jej pełnomocnik argumentował, że przedmiotowa regulacja jest unormowaniem neutralnym, albowiem penalizuje każdy przypadek podpalenia krucyfiksów w zdefiniowanych prawnie warunkach, bez różnicowania sytuacji oskarżonych ze względu na przyświecające im (lub też nie) motywacje natury ideologicznej. Zwraçał również uwagę na szczególnie poważne konsekwencje wywoływane przez wypowiedzi o charakterze zastraszającym, które w stopniu znacznie większym niż rozważane przy okazji sprawy *R.A.V. vs. City of St. Paul* „fighting words” (powodujące zazwyczaj krótkotrwałe wzburzenie u ich adresata, zwykle nieskutkujące naruszeniem bezpieczeństwa bądź też porządku publicznego i relatywnie szybko mijające) negatywnie oddziałują na psychikę ofiary takowego przekazu. Ze względu na specyfikę owej kategorii wypowiedzi władzom powinien przysługiwać znacznie szerszy margines swobody normodawczej aniżeli w odniesieniu do innych typów ekspresji³⁰⁷. Rozstrzygnięcie analizowanej tutaj kontrowersji wywołało wśród sędziów SN ostre podziały. Czterech z nich (tj. autorka uzasadnienia O’Connor, Stevens, William H. Rehnquist i Stephen Breyer) uznało kwestionowaną regulację za niezgodną z ustawą zasadniczą (ale tylko z uwagi na rozwiązanie zezwalające na domniemywanie o zamiarze sprawcy). Przyjęcie wskazanej tu perspektywy prowadziło do uniewinnienia Blacka oraz do skierowania sprawy Elliotta i O’Mary do ponownego rozpatrzenia (przy uwzględnieniu zmienionych reguł proceduralnych w zakresie rozłożenia ciężaru dowodu). Scalia uznał ustawę za w pełni konstytucyjną, akcentując jednakowoż przy tym konieczność doprecyzowania przez sądy stanowe znaczenia i skutków zapisu o domniemaniu zamiaru. Z treści jego uzasadnienia wynikało, iż sędzia skłaniał się ku podzieleniu ostatecznych konkluzji sformułowanych przez O’Connor (czyli do uniewinnienia Blacka i ponownego rozpoznania spraw Elliotta i O’Mary). Clarence Thomas utrzymywał, że badana ustawa nie narusza postanowień pierwszej poprawki, a państwo powinno dysponować uprawnieniem do całkowitego zakazania praktyki palenia krucyfiksów (najprawdopodobniej niezależnie od obecności w konkretnym przypadku komponentu zastraszania). Akceptacja tej propozycji skutkowałaby zatwierdzeniem przez SN wszystkich wyroków skazujących. Trzech innych sędziów (tj. autor mniejszościowego uzasadnienia David H. Souter, Ruth B. Ginsburg i Anthony Kennedy) zakwalifikowało analizowaną ustawę jako w całości sprzeczną z zasadą ochrony wolności wypowiedzi, opowiadając się tym samym za definitywnym uniewinnieniem wszystkich

³⁰⁷ H. L. Pohlman, *Constitutional debate in action: civil rights and liberties*, Lanham 2004, s. 177.

pod sądnych. Ostatecznie zatem sentencja orzeczenia Sądu Najwyższego oznaczała uwolnienie Blacka od odpowiedzialności karnej i usankcjonowanie możliwości wymierzenia kary Elliottowi oraz O'Marze (pod warunkiem udowodnienia im przez oskarżyciela zamiaru zastraszenia Jubilego). Aczkolwiek sędziowie nie byli w stanie porozumieć się w odniesieniu do rozumowania wspierającego wskazaną konkluzję, to jednak trudno oprzeć się wrażeniu, że wyrok był wyrazem kompromisowego potraktowania postulatów orędowników i oponentów wprowadzenia karalności palenia krzyży. O ile kompromisy z samej swojej istoty nigdy nie są w pełni satysfakcjonujące, o tyle wydaje się, że większość chociażby najbardziej zagorzałych obrońców wolności słowa nie proponowałaby przyznania postępowaniu Elliotta oraz O'Mary konstytucyjnego immunitetu. Z kolei rzecznicy całościowej penalizacji „hate speech” powinni być zadowoleni z faktu, że w rezultacie wyroku wspomniani podsądni, w przeciwieństwie do Roberta Anthony'ego Viktory, nie musieliby bynajmniej uniknąć sankcji karnej³⁰⁸.

Rozpocznijmy od przedstawienia uzasadnienia sporządzonego przez O'Connor. Bardzo istotnym elementem jej wywodów była prezentacja historii palenia krucyfików i rozważenie znaczenia tej wypowiedzi symbolicznej (również w aspekcie jej oddziaływania na odbiorcę). Jak trafnie odnotowuje Ronald Turner, uzasadnienie analizowało ów rodzaj komunikatu jako pewien rzeczywisty historyczny i współczesny fenomen (demonstrujący Afroamerykanom, że zwolennicy białej supremacji są gotowi odwołać się do przemocy dla realizacji swych celów), nie rozpatrując palenia krucyfiksu w jedynie formalno-abstrakcyjnym kontekście i nie czyniąc z kwestii jego potencjalnego zakazu wyłącznie „przedmiotu filozoficznych dociekań”. Turner aprobatywnie oceniał ów tryb procedowania, ponieważ tylko dogłębne rozważenie i ewaluacja realnych reperkusji palenia krzyży (w tym jego wpływu na ludzkie i obywatelskie prawa ofiar tej ekspresji) pozwala dostrzec „jakościową odmienność” tegoż komunikatu od innych form wypowiedzi³⁰⁹. O'Connor na początku swych enuncjacji wskazywała, iż omawiany zwyczaj wywodzi się z czternastowiecznej tradycji szkockich plemion używających płonących krzyży jako instrumentu porozumiewania się. Również sir Walter Scott posłużył się ową symboliką w jednym ze swoich eposów w absolutnie nierasistowskim kontekście. Jednak, jak podkreślała sędzia, „palenie krzyża w tym kraju [...] już dawno oderwało się od swoich szkockich korzeni. Palenie krzyża w Stanach Zjednoczonych jest nierozzerwalnie powiązane z historią Ku-Klux-Klanu”. Skojarzenie to jest niemożliwe do wymazania. O'Connor uznała Klan za organizację głoszącą rasistowską ideologię, której konstitu-

³⁰⁸ Por. S. B. Gellman, F. M. Lawrence, *Agreeing to agree: a proponent and opponent of hate crime laws reach for common ground*, Harvard Journal on Legislation, vol. 41, s. 438 – 440.

³⁰⁹ R. Turner, *Cross burnings and the harm-evaluation analytic: a tale of two cases*, Berkeley Journal of African-American Law & Policy, vol. 9, s. 27.

tywnym elementem jest afirmacja przemocy i regularne stosowanie jej w toku politycznej aktywności. Posługiwanie się przezeń groźbami, morderstwami, biczowaniem, podkładaniem bomb, okaleczaniem, pobiciami itp. w okresach największej popularności ruchu prowadziło do zapanowania na południu USA rządów terroru. O ile praktyka palenia krzyży była nieznana pierwszemu Klanowi, o tyle z chwilą powstania drugiego palenie krucyfiksów zaczęło być używane „zarówno jako instrument komunikowania groźb, jak i jako środek przekazywania wspólnej ideologii”. Wskazany tutaj przez O’Connor dualizm znaczeniowy omawianej praktyki stanowi fundamentalny element jej doktrynalnych tez. Na gruncie orzeczenia spalenie krucyfiksu może być bowiem zjawiskiem epistemicznie (ale także ontycznie) złożonym, które konstytuuje generalnie niedopuszczalną konstytucyjnie groźbę oraz generalnie dopuszczalną konstytucyjnie ekspresję ideologiczną, deklarującą ideał supremacji białego człowieka³¹⁰. Jak twierdziła sędzia, zwyczaj ten po wielokroć służył jako sposób zastraszania mniejszości rasowych lub religijnych (oraz przeciwników politycznych). Niejednokrotnie towarzyszyły mu groźby o charakterze werbalnym. Często stanowił również zapowiedź zbliżającego się gwałtu i przemocy. Reasumując, płonący krucyfiks jest, zdaniem sędzi, niezwykle silnym symbolem, wielokrotnie skutecznie wywołującym efekt zastraszania ze względu na długoletnią historię Klanu. O’Connor zdecydowanie odrzuciła jednak pogląd, jakoby znaczenie tego symbolu wyczerpywało się w jego zastraszającym kontekście. Praktyka ta jest bowiem niekiedy elementem specyficznej ideologicznej debaty³¹¹. W przeświadczeniu sędzi, w toku historii Ku-Klux-Klanu „płonące krucyfiksy pozostawały wymownymi znakami wspólnej grupowej tożsamości oraz ideologii. Płonący krzyż stał się sam w sobie symbolem Klanu oraz centralnym składnikiem Klanowych ceremonii. Zgodnie z konstytucją Klanu [...] był «emblemem szczerego i altruistycznego poświęcenia wszystkich członków dla świętych celów i zasad, które głosi organizacja»”. Jak dodała O’Connor, znak bywał wykorzystywany w rytuałach inicjacyjnych, stanowił kulminacyjny punkt politycznych wieców, pojawiał się na plakatach i transparentach, pomagał w wysiłkach rekrutacyjnych, a nawet ubarwiał ceremonie zawierania związków małżeńskich przez członków ruchu. Również wiele ulotek i publikacji Ku-Klux-Klanu ukazywało się pod tytułem „Płonący krzyż”. Palenie krucyfiksu jest zatem *par excellence* ekspresyjnym zachowaniem o zróżnicowanym znaczeniu, mogącym konstytuować nie tylko groźbę karalną, ale i emanację grupowej solidarności, wyraz autoidentyfikacji osób mniej lub bardziej ściśle związanych z organizacją czy ekspresję doktrynalnych przeko-

³¹⁰ Zob. G-U. E. Charles, *Colored speech: cross burnings, epistemics, and the triumph of critics?*, Georgetown Law Journal, vol. 93, s. 600 – 602.

³¹¹ R. C. Hartley, *Cross burning – hate speech as free speech: a comment on Virginia v. Black*, Catholic University Law Review, vol. 54, s. 3.

nań³¹². Stanowi więc „wypowiedź symboliczną. Przyczyna, dla której Klan ustawia płonącego krzyża w czasie swoich wieców albo też dla której jednostki umiejscawiają ten symbol na trawnikach należących do kogoś innego, to reprezentowanie przezeń pewnego komunikatu, którego autor pragnie przekazać wypowiedź o określonej treści. Krzyże są podpalane, zamiast posługiwania się alternatywnymi środkami komunikacji, gdyż czyn ten ujawnia poglądy w efektowny oraz udratyzowany sposób”. Jako przykład ekspresji symbolicznej, podpalenie krzyża pozostaje w obrębie oddziaływania pierwszej poprawki, a możliwość jego zakazania jest uwarunkowana interpretacją znaczenia konkretnego aktu. Mówiąc prosto, posłużenie się rzeczonym symbolem nie może być penalizowane *per se*, w oderwaniu od konkretnych okoliczności faktycznych³¹³.

Frederick Schauer formułuje ciekawą obserwację, iż w związku z powyższym wywodem należy stwierdzić, że uzasadnienie O'Connor *implicite* opiera się na rozróżnieniu pomiędzy względnie jasną i zrozumiałą komunikacją werbalną (np. wypowiedzenie zdania: „zlinczujemy cię, tak jak linczowaliśmy twoich przodków”) a bardziej wieloznaczną ekspresją symboliczną (np. podpalenie krucyfiksu). O ile w pierwszym przypadku interpretacja danego zwrotu raczej nie nastręcza przesadnych trudności (choć oczywiście mówca może bronić się i dowodzić, że użył tych słów w „żartobliwym” kontekście), o tyle częstokroć „inherentna nieprecyzyjność” danego typu „nielingwistycznej komunikacji” nie pozwala na niebudzącą żadnej wątpliwości jednoznaczną percepcję znaczenia danego zachowania³¹⁴. O ile można przypisać O'Connor aprobatę poglądu, iż konotacją płonącego krzyża jest przemoc, lincze, wykluczenie, segregacja rasowa, nietolerancja, a nawet wywoływanie strachu zapoczątkowane przez zamaskowanych jeźdźców noszących insygnia pierwszego Ku-Klux-Klanu (co samo w sobie nie pozbawia tej formy wypowiedzi ochrony ustawy zasadniczej), o tyle z całą pewnością sędzia nie traktowała każdego przypadku podpalenia krzyża jako funkcjonalnego ekwiwalentu groźby (mniej bądź bardziej realnej) uśmiercenia ideologicznego lub rasowego przeciwnika³¹⁵. Jak konkludowała O'Connor, „po dziś dzień płonący krucyfixs jest symbolem nienawiści, niezależnie od tego, czy jego przekaz posiada charakter polityczny czy ma na celu zastraszenie [...] O ile niekiedy podpalenie krzyża nie niesie ze sobą elementu zastraszenia, o tyle czasem zastraszenie stanowi jedyny transmitowany komu-

³¹² Por. D. Koontz, *Hostile public accommodations laws and the First Amendment*, New York University Journal of Law & Liberty, vol. 3, s. 249 – 250.

³¹³ R. J. R. Levesque, *Adolescents, malice, and the law: what developmental science reveals and free speech requires*, New York 2007, s. 172.

³¹⁴ F. Schauer, *Intentions, conventions, and the First Amendment: the case of cross-burning*, Supreme Court Review, 2003.

³¹⁵ C. M. Powell, *op. cit.*, s. 19.

nikat. Przykładowo, gdy spalenie krucyfiks jest wymierzone w konkretną osobę niezwiązaną z Klanem, symbol ów często ma na celu [...] wzbudzić w ofierze uczucie strachu przed doznaniem fizycznej szkody. Co więcej, historia przemocy kojarzona z Klanem udowadnia, że ryzyko doznania krzywdy lub śmierci nie jest wyłącznie hipotetyczne. Osoba podpalająca krzyż w sposób ukierunkowany na konkretnego adresata często formułuje poważną groźbę, której zamierzonym rezultatem jest skłonienie ofiary do zastosowania się do życzeń Klanu, jeśli nie chce spotkać się z jego gniewem. Również [...] jednostki niemające afiliacji z Klanem, które chcą zastraszyć bądź wzbudzić lęk u innej osoby, niekiedy posługują się płonącym krzyżem z uwagi na asocjację zachodzącą między tym symbolem a przemocą³¹⁶. Należy zgodzić się z poglądem Wilsona R. Huhna, którego zdaniem rozważenie przez sędzię znaczenia oraz historii obyczaju palenia krzyży jest egzemplifikacją konsekwencjalistycznego trendu w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W tej perspektywie, przy ocenie konstytucyjności normy ograniczającej swobodę głoszenia danego rodzaju wypowiedzi, priorytetowe znaczenie posiada rozmiar szkody (obok skali zagrożenia) wyrządzanej przez określoną ekspresję³¹⁶.

Gruntowne moralne potępienie omawianej praktyki nie usprawiedliwiało jednak, według oceny O'Connor, jej holistycznej proskrypcji. Powołując szereg uprzednich precedensów SN, sędzia dowodziła, iż: podstawowym celem protekcji swobody wypowiedzi jest zezwolenie na „wolny przepływ idei – nawet tych idei, które są przez przeważającą większość ludu uznawane za niepokojące lub odrażające”; rząd nie może, zakazując wyrażania określonego stanowiska, motywować swojego działania wyłącznie subiektywnymi moralnymi preferencjami obywateli pragnących zredukować lub wyeliminować możliwość głoszenia kontrowersyjnych poglądów; pierwsza poprawka, generalnie rzecz ujmując, pozbawia państwo kompetencji do penalizacji „rozpowszechniania społecznych, ekonomicznych oraz politycznych doktryn, co do których wyraźna większość obywateli żywi przekonanie, że są fałszywe lub że pociągają za sobą zło z perspektywy moralnej konsekwencje”. Uzasadnienie O'Connor dostarczało zatem kolejnego argumentu potwierdzającego tezę o „substancjalnej wyjątkowości” amerykańskiego systemu ochrony wolności słowa w odniesieniu do abstrakcyjnej (czyli niekierowanej do konkretnego adresata) mowy nienawiści³¹⁷. Posługiwanie się „hate speech” (a w tym stawianie płonącego krucyfiks konceptualizowanego przecież w orzeczeniu jako „symbol nienawiści”) ponownie nie zostało zakwalifikowane przez SN jako samoistna przesłanka upoważniająca państwo do ograniczenia swobody wypowiedzi. To dopiero pojawie-

³¹⁶ W. R. Huhn, *Scienter, causation, and harm in freedom of expression analysis: the right hand side of the constitutional calculus*, William and Mary Bill of Rights Journal, vol. 13, s. 173.

³¹⁷ Zob. F. Schauer, *The exceptional First Amendment*, [w:] *American exceptionalism and human rights*, ed. by M. Ignatieff, Princeton 2005, s. 32 – 38.

nie się w toku danego symbolicznego zachowania komponentu zastraszenia na tyle znacząco transformuje komunikacyjną naturę i charakter ekspresji, aby adekwatnie uzasadniać wprowadzanie stosownych norm prawnych³¹⁸. Filozoficznoprawnej podwaliny dla orzeczenia O'Connor dostarczyła także i tym razem idea kategoryjnej ekskluzji zawarta w wyroku w sprawie *Chaplinsky vs. State of New Hampshire*. Autentyczne groźby zostały więc zaliczone w poczet wypowiedzi, których społeczna wartość jest na tyle niewielka, że interes publiczny polegający na utrzymaniu porządku oraz ochronie moralności wyraźnie przewyższa walory płynące z istnienia możliwości ich nieskrępowanego głoszenia. Przypuszczam, iż powyższa kwalifikacja nie budzi raczej większych kontrowersji. Trudno bowiem kwestionować celność komparatystycznej uwagi Geoffrey'a R. Stone'a, który porównuje ekspresję polegającą na groźeniu komuś do „wykręcania mu ręki”. Choć literalnie rzecz ujmując, autentyczna groźba jest „słowem” w rozumieniu pierwszej poprawki, to jednak przydzielenie jej konstytucyjnej protekcji jest aksjologicznie niedopuszczalne³¹⁹. Jak trafnie pisze w tym kontekście Richard H. Fallon, Jr., o ile pierwsza poprawka gwarantuje obywatelom amerykańskim uprawnienie do „szokowania i obrażania [...] nawet najsłabszych zbiorowości społecznych, w tym także mniejszości rasowych”, o tyle pozwala zupełnie inaczej traktować wypowiedzi zastraszające. Obniżanie standardów debaty publicznej czy też zaistnienie wśród odbiorców nieżyczących sobie doznawania takich wrażeń nieprzychylniej reakcji nie stanowi dostatecznej konstytucyjnej podstawy do eliminowania mowy nienawiści z rynku idei. Takiej legitymacji dostarcza natomiast pragnienie ochrony uzasadnionego indywidualnego poczucia bezpieczeństwa³²⁰.

Uzasadnienie O'Connor, definitywnie wykluczając ekspresję zastraszającą poza zakres zastosowania pierwszej poprawki, poruszało zarazem problem stosownego *ratio decidendi* oraz przynajmniej fragmentarycznie definiowało pojęcie „autentycznej groźby”³²¹. Sędzia wskazywała, iż penalizacja „true threats” chroni jednostki przed działaniami mającymi wzbudzać w nich uczucie strachu przez przemocą, zapobiega uciążliwym bądź destrukcyjnym skutkom, na jakie to ów lęk może narazić ofiarę groźby, oraz redukuje prawdopodobieństwo faktycznego wystąpienia przemocy. Wprowadzenie karności autentycznych groźb jest więc usprawiedliwione zarówno immanentnymi wła-

³¹⁸ L. B. Nielsen, *Law, hierarchy, and offensive public speech*, Princeton 2004, s. 24.

³¹⁹ G. R. Stone, *Sex, violence, and the First Amendment*, *The University of Chicago Law Review*, vol. 74, s. 1864.

³²⁰ R. H. Fallon, Jr., *The dynamic Constitution: an introduction to the American constitutional law*, New York 2004, s. 45.

³²¹ Wyrok posiadał zatem znaczący wymiar prekursorski. Por. K. L. Karst, *Threats and meanings: how the facts govern First Amendment doctrine*, *Stanford Law Review*, vol. 58, s. 1340.

ściwościami tej kategorii wypowiedzi, jak też i przesłankami prewencyjnymi („true threat” może być bowiem interpretowana jako zapowiedź lub prefiguracja przyszłej przemocy)³²². Rozważając znaczenie analizowanego terminu, sędzia stwierdziła, że autentyczne groźby to wypowiedzi, „przez które mówca chce zakomunikować swój wyrażony na poważnie zamiar popełnienia niezgodnego z prawem czynu obejmującego użycie przemocy przeciw konkretnej jednostce bądź też grupie osób”. Ekspresja zastraszająca (rzecz jasna w konstytucyjnie doniosłym rozumieniu pojęcia) stanowi natomiast podkategorię „true threats”, przez którą „mówca kieruje groźbę do osoby lub grupy z zamiarem wzbudzenia u ofiar uczucia strachu przed doznaniem szkody fizycznej lub też śmierci”. Terminologiczna zbieżność pomiędzy definicją zastraszania a dokonaniem przez O’Connor opisem zamiarów niektórych sprawców dopuszczających się podpalenia krzyża jest naturalnie nieprzypadkowa. Intencją takich osób jest „wywołanie w ofiarach przenikliwego lęku, iż mogą stać się obiektem ataku”.

Zaproponowana przez sędzię konceptualizacja autentycznych gróźb oraz wypowiedzi zastraszających została przyjęta przez wielu komentatorów (zwłaszcza tych opowiadających się za ekspansywną wykładnią klauzuli wolności słowa) dość krytycznie. Wprawdzie zasadna wydaje się teza Tzvi Mackson-Landsberg, że na gruncie uzasadnienia niedopuszczalne byłoby uznanie danej wypowiedzi za autentyczną groźbę jedynie na podstawie czysto subiektywnego przeświadczenia adresata tej ekspresji o istnieniu bliżej niesprecyzowanego zagrożenia³²³, ale wiele doniosłych kwestii pozostawało jednak nierozstrzygniętych. Jak odnotowuje Demaske, o ile O’Connor uwzględniła w swym wywodzie w kontekście zastraszania kwestię „dynamiki specyficznej sytuacji związanej z przekazem” oraz odwołała się do relatywnie kompleksowej analizy kontekstualnej przy ewaluacji znaczenia określonej wypowiedzi symbolicznej, o tyle orzeczenie bynajmniej nie wykluczyło definitywnie możliwości spoglądania na zagadnienie autentycznych gróźb z perspektywy najsłabszego członka społeczeństwa. Tymczasem jeżeli będziemy traktować odczucia osób najbardziej wrażliwych jako miernik legalności ekspresji, to konstytucyjnie chroniony zakres wolności słowa zostanie radykalnie ograniczony³²⁴. Paul T. Crane zauważa, iż uzasadnienie O’Connor nie przesądza również kwestii, w jakim stopniu przy ocenie zamiaru sprawcy judykatura powinna kierować się teorią obiektywną (zgodnie z którą do wykazania intencji wystarczy, że autor przekazu

³²² Zob. A. P. Stanner, *Toward an improved true threat doctrine for student speakers*, New York University Law Review, vol. 81, s. 392 – 393.

³²³ T. Mackson-Landsberg, *Is a giant inflatable rat an unlawful secondary picket under Section 8 (b) (4) (ii) (B) of the National Labor Relations Act?*, Cardozo Law Review, vol. 28, s. 1559 – 1560.

³²⁴ Ch. Demaske, *op. cit.*, s. 282 – 283.

wypowiedział się świadomie oraz że ekspresja „pozytywnie” przejdzie test racjonalnego odbiorcy, który obiektywnie zakwalifikuje ją jako autentyczną groźbę), a w jakim koncepcją subiektywną (w tym wypadku determinantą jest istnienie po stronie autora komunikatu skonkretyzowanego zamiaru wzbudzenia strachu u adresata ekspresji)³²⁵. Podobne wątpliwości żywi James L. Swanson. W jego przekonaniu, nie sposób bowiem podstawie wyroku stwierdzić, czyja perspektywa odnośnie do oceny zamiaru sprawcy winna być potraktowana przez sądy jako miarodajna. Poleganie na prawdomówności sprawcy czynu wydaje się zabiegiem naiwnym, skoro szczere ujawnienie swoich planów może skutkować poniesieniem przezeń odpowiedzialności karnej. Czy jednak subiektywna optyka świadka ekspresji musi być zawsze rozstrzygająca? Jak należałoby przykładowo postąpić w sytuacji, kiedy sprawca podłoży ogień pod krucyfiks stojący na własnym podwórzu, a płonący symbol zostanie spostrzeżony z zewnątrz przez przypadkowego czarnoskórego przechodnia, który poczuje się zastraszony? Z kolei przyjęcie perspektywy racjonalnego obserwatora także nie rozwiązuje wszystkich problemów (choćby ze względu na niejednoznaczność kryteriów obowiązujących w toku formułowania takich „obiektywnych” ocen). Jak konkluduje Swanson, brak precyzji w kwestiach definicyjnych może spowodować, że „ostrożny podpalacz krzyża, wyrażający w ten sposób wyznawaną przez siebie ideologię, niepragnący nikomu grozić oraz chcący uniknąć skazania”, musi obawiać się, że m.in. obecność przypadkowego świadka jego wypowiedzi symbolicznej przekształci to zachowanie w czyn przestępczy. Dlatego też wyrok O’Connor może wyrzucić „mrozący wpływ” na wolną ekspresję³²⁶. Stosując niemalże zabieg *reductio ad absurdum*, Jeannine Bell stwierdza, że wywody sędzi nie pozwalają nawet orzec, czy zgodne z konstytucją jest spenalizowanie spalenia krucyfiks-u przed domostwem jedyne go czarnoskórego mieszkańca osiedla, jeśli sprawcy czynu będą utrzymywać, że tylko żartowali, nie posiadając żadnych zastraszających intencji³²⁷. Wskazane wyżej argumenty i obserwacje są w dużym stopniu racjonalne. Sądzę jednak, że komentatorzy postawili przed wyrokiem O’Connor zbyt wygórowane i w gruncie rzeczy niepotrzebne wymagania. Jak podkreślaliśmy, zasadnicze znaczenie w rozstrzyganiu spraw dotyczących gróźb karalnych musi bowiem mieć rozważenie kontekstu danej sytuacji komunikacyjnej, a nie rygorystyczne stosowanie choćby najrozsądniejszych, ale apriorycznych, reguł. Nawet najdalej idące sprecyzowanie prawnych pojęć nie uwolni nas od konieczności uwzględnienia partykularnych okoliczności przekazu. Za wyraż-

³²⁵ P. T. Crane, “True threats” and the issue of intent, *Virginia Law Review*, vol. 92, s. 1256 – 1260.

³²⁶ J. L. Swanson, *Unholy fire: cross burning, symbolic speech and the First Amendment in Virginia v. Black*, *Cato Supreme Court Review*, 2002 – 2003, s. 99 – 101.

³²⁷ J. Bell, *Hate thy neighbor: violent racial exclusion and the persistence of segregation?*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 5, s. 65.

nie błędne uznają natomiast stanowisko W. Wata Hopkinsa, które stanowi, w moim przekonaniu, wyraz doktrynalnego ekstremizmu. Zdaniem autora, niezbędne jest odróżnienie autentycznych gróźb (będących zapowiedzią przemocy) od wypowiedzi zastraszających, które mają na celu wzbudzenie u adresata uczucia obawy. Ekspresja należąca do drugiej kategorii powinna być objęta ochroną ustawy zasadniczej również i wówczas, kiedy skierowana jest do konkretnego adresata³²⁸. Moim zdaniem, jeśli nawet takowa wypowiedź nie jest prefiguracją przemocy, to i tak istnieją dostateczne prawne i aksjologiczne przesłanki do jej penalizacji.

Akceptacja poglądu o generalnej zgodności z konstytucją unormowań wprowadzających karalność ekspresji zastraszającej nie oznaczała jednak rozstrzygnięcia wszystkich dylematów dotyczących ustawy stanu Wirginia, która implementowała przecież selektywną proskrypcję jednego tylko sposobu grożenia adresatowi wypowiedzi. O'Connor musiała przeto odnieść się do zagadnienia światopoglądowej i treściowej neutralności państwa oraz ustalić, czy rzeczony akt normatywny nie jest przejawem niedozwolonej dyskryminacji. Przypomnijmy, że problem ten stanowił podstawowe zagadnienie przeanalizowane przez SN przy okazji rozpoznawania sprawy *R.A.V. vs. City of St. Paul*. Zgodnie z rzeczonym precedensem, w ramach danej grupy zakazywalnych (w warunkach zgodności z ustawą zasadniczą) wypowiedzi dyskryminacja o charakterze światopoglądowym pewnej subkategorii ekspresji jest, praktycznie rzecz ujmując, niedopuszczalna (udane przejście przez regulację testu „surowego nadzoru sędziowskiego” jest właściwie nierealne). Z kolei dyskryminacja treściowa, pozostając generalnie zabronioną, jest konstytucyjnie akceptowalna, jeśli unormowanie mieści się w obrębie jednego z wyjątków od zasady neutralności. Dla O'Connor relewantny był przede wszystkim następujący *passus* sędziego Scalii: „Gdy podstawę dla wprowadzenia dyskryminacji treściowej stanowią li tylko przesłanki usprawiedliwiające proskrypcję całej klasy zakazywalnych wypowiedzi”, to w tych okolicznościach nieuzasadnione jest postrzeganie analizowanych norm jako źródła znacznego zagrożenia dla reguły niedyskryminacji ideowej lub światopoglądowej, albowiem „przesłanki, uznane za dostatecznie neutralne, by uzasadniać wykluczenie całej kategorii wypowiedzi spod ochrony Pierwszej Poprawki, są zarazem w wystarczającym stopniu neutralne, aby formować podstawę dystynkcji w ramach kategorii”. O'Connor oparła swoją argumentację właśnie na logice zawartej we wspomnianym wyroku, z jednej strony ponownie akceptując konstytucyjne „meta-przykazanie” o konieczności respektowania przez państwo aksjomatu niedyskryminacji

³²⁸ W. Wat Hopkins, *Cross burning revisited: what the Supreme Court should have done in Virginia v. Black and why it didn't*, Hastings Communication and Entertainment Law Journal, vol. 26, s. 308 – 309.

światopoglądowej³²⁹, a z drugiej odrzucając dogmatyczne i niedopuszczające żadnego wyjątku podejście do zagadnienia dyskryminacji treściowej. Sędzia podkreślała, że ustawa Wirginii nie nakłada w sposób wybiórczy sankcji wyłącznie na wypowiedzi zastraszające odnoszące się do pewnych „pejoratywnie ocenianych tematów”. Z prawnego punktu widzenia nie ma bowiem znaczenia, „czy jednostka podpala krucyfiks z intencją zastraszania ze względu na rasę, płeć lub wyznanie ofiary, czy też z powodu jej afiliacji politycznych, przynależności związkowej bądź homoseksualizmu”. Innymi słowy, niezależnie od ideologii, jaką kieruje się sprawca, oraz od treściowych przesłanek presji, jaką chce on wyrzucić na adresacie, jego zachowanie będzie podlegało karze (w razie wypełnienia ustawowych znamion czynu). O’Connor akcentowała również, że „z perspektywy faktualnej nieprawdziwy jest pogląd, jakoby podpalacze krzyży kierowali swe zastraszające zachowanie tylko w stronę rasowych lub religijnych mniejszości” (co potwierdza *casus* Elliotta i O’Mary). W kontekście wspomnianego tu wyjątku od zasady niedyskryminacji treściowej, sędzia dowodziła, że „Pierwsza Poprawka pozwala Wirginii na delegalizację palenia krucyfiksów dokonanego z zamiarem zastraszania, ponieważ podpalenie krzyża jest szczególnie drastyczną [*particularly virulent* – Ł. M.] formą zastraszania. Zamiast zakazać wszystkich rodzajów zastraszającego przekazu, Wirginia może zdecydować się na penalizację tylko tej subkategorii zastraszających wypowiedzi w świetle długoletniej oraz niebezpiecznej tradycji, zgodnie z którą płonący krucyfiks był sygnałem nadszarpniętej przemocy”. Z tego też powodu, „podobnie, jak wolno stanowi regulować jedynie tę ekspresję obsceniczną, która charakteryzuje się największym poziomem sprośności”, tak samo wolno mu zabronić jedynie palenia krzyży, należącego do „form zastraszania, które z największym prawdopodobieństwem wzbudzają uczucie strachu przez doznaniem fizycznego uszczerbku”. Stanowisko O’Connor legitymizujące selektywną proskrypcję zostało oczywiście przyjęte z satysfakcją (a niekiedy wręcz z entuzjazmem) przez wielu orędowników penalizacji analizowanego typu wypowiedzi symbolicznej. Tytułem przykładu, warto przywołać opinię Scotta Yenora oraz Jona Schaffa, w których ocenie orzeczenie O’Connor stworzyło społecznościom możliwość ograniczania i zwalczania zastraszającej mowy nienawiści (aczkolwiek tylko na podstawie zniuansowanych, wąsko skonstruowanych, niestosujących się wyłącznie do konkretnych grup kulturowych oraz kontekstualnie usprawiedliwionych przepisów)³³⁰. Nie powielając już kolejnych tego rodzaju stwierdzeń, przytoczmy jeszcze interesujący argument Allison Barger. W jej przeświadczeniu, rozwiązanie Wirginii, nie ustanawiając

³²⁹ R. W. Garnett, *Less is more: Justice Rehnquist, the freedom of speech, and democracy*, [w:] *The Rehnquist legacy*, ed. by C. Bradley, New York 2006, s. 34.

³³⁰ S. Yenor, J. Schaff, *Hate crimes: protected prejudice or punishable motive*, [w:] *Moral controversies in American politics*, ed. by R. Tatalovich and B. W. Daynes, Armonk 2005, s. 198.

wcale konstytucyjnie niedopuszczalnej dyskryminacji, ma na celu zagwarantowanie, iż dokonane w zamiarze zastraszania podpalenie krzyża, będące szczególnie demoralizującym aktem molestowania, nie okaże się wolne od odpowiedzialności karnej. Ze względu na potencjalne problemy dotyczące praktyki stosowania prawa korzystne jest jednoznaczne zwerbalizowanie, że normy zakazujące zastraszania obejmują swoim zakresem regulacji także wskazaną wypowiedź symboliczną. Brak takiej precyzacji mógłby bowiem dostarczyć władzom publicznym łatwej wymówki, pozwalającej na rezygnację z egzekwowania ogólnej normy zakazującej formułowania autentycznych gróźb odnośnie do podpalaczy krucyfiksów pod pretekstem, jakoby zachowanie to nie mieściło się w ramach terminu „true threats”³³¹. W tym ujęciu regulacja stanowi po prostu cząstkowe remedium na niejasność pojęcia „groźba”.

Zawarta w uzasadnieniu O'Connor wykładnia znaczenia (a zarazem konstytucyjnego statusu) zasad neutralności światopoglądowej oraz treściowej wywołała jednak równocześnie szereg uwag krytycznych (i to nie tylko wśród radykalnych przeciwników penalizacji mowy nienawiści, a w tym palenia krucyfiksów). Wielu komentatorów traktuje wielopłaszczyznowo dyskryminacyjny charakter unormowania jako rzecz właściwie oczywistą. Jak pisze Rodney A. Smolla, przedmiotowa ustawa narusza wymóg neutralności, albowiem „spośród wszystkich obiektów na świecie, które mogą zostać podpalone, prawo Wirginii reguluje płonący krzyż w sposób szczególny. Na najwyższym poziomie abstrakcji, krucyfiks jest przedmiotem albo symbolem o określonym kształcie pionowej belki przecinanej przez belkę poziomą. Rzeczona geometryczna konfiguracja nie ma sobie nic nadzwyczajnie potężnego lub niebezpiecznego. To nie ogień płonie mocniej, gdy belki są skrzyżowane [...] ale raczej emocje, które płomień po prostu zaognia”. Wirginia wprowadziła przeto karalność angażowania się w symboliczny rytuał z uwagi na jego treść i/lub światopogląd uczestniczących w ceremoniale osób. Trzeba bowiem pamiętać, że płonący krucyfiks jest „symbolem komunikacyjnym, silnie nasączonym religijnymi, historycznymi, społecznymi i politycznymi konotacjami. Spalenie krzyża, tak jak spalenie flagi czy też kukły politycznego przywódcy, celowo odwołuje się do tych religijnych, historycznych, społecznych i politycznych skojarzeń, aby nadać temu przekazowi dodatkową emocjonalną bądź psychologiczną intensywność”. Ponieważ treść owego przekazu jest przez licznych obserwatorów postrzegana jako „wyraz perwersji, bluźnierstwa lub świętokradztwa”, stan Wirginia zdecydował się selektywnie zabronić tej formy zastraszania. Dyskryminacyjny treściowo kontekst przepisów jest również potwierdzony faktem, że unormowanie wprowadza dystynkcję pomiędzy spalaniem krzyża a np. noszeniem stroju czy maski charakterystycznych dla

³³¹ A. Barger, *Changing state laws to prohibit the display of hangman's nooses: tightening the knot around the First Amendment*, William and Mary Bill of Rights Journal, vol. 17, s. 277.

członków Ku-Klux-Klanu. Czyż to drugie zachowanie także nie może być odbierane jako presumptywnie zastraszające? Smolla utrzymuje, że domniemany (bynajmniej nie faktyczny) cel legislacyjny Wirginii (zapobieżenie zastraszaniu jednostki przez spalenie krucyfiks) jest możliwy do osiągnięcia wskutek stosowania unormowań neutralnych treściowo (przynajmniej w przybliżeniu). Przykładem takowego przepisu byłby dlań zakaz podpalania, w celu zastraszania innych osób, dowolnych przedmiotów³³². W ocenie Schauera, przepis posiada dyskryminujący światopoglądowo charakter, gdyż szczególnie zastraszający przekaz wyrażany przez płonący krucyfiks jest bezpośrednią funkcją „rasistowskiej, ale konstytucyjnie chronionej” doktryny, którą ów czyn ucieleśnia. Tym samym przeświadczenie O’Connor o wyjątkowo drastycznym wymiarze tej ekspresji jest oparte na sędzie wartościującym, zgodnie z którym „jedne symbole światopoglądowe powodują skutki, których nie ewokują symbole innych światopoglądów”³³³. Hartley pisze natomiast, że płonący krzyż w praktyce może zawierać tylko jedno ideologiczne przesłanie, promulgujące apoteozę rasizmu oraz postulat zagwarantowania supremacji białej, protestanckiej i natywistycznej ludności. Selektywna proskrypcja jest przeto „funkcjonalnym ekwiwalentem” zwalczania światopoglądu promowanego przez Ku-Klux-Klan; jej akceptacja stanowi zachętę dla rządu, aby nie wahał się, poprzez swoje polityczne i prawne posunięcia, „zajmować stanowiska w debacie publicznej”³³⁴. Z kolei Swanson wysuwa argument z równi pochyłej i wskazuje, że uznanie takiej wybiórczej penalizacji za konstytucyjnie prawomocną otwiera władzy publicznej drogę do selektywnego zabrania obywatelom posługiwania się innymi negatywnie waloryzowanymi symbolami. Czyż bowiem znak swastyki nie jest równie przerażający co płonący krucyfiks³³⁵?

Godny odnotowania jest także krytycyzm Stevena G. Gey’a, który uznaje przyjętą przez O’Connor teorię o wyjątkowej drastyczności zastraszania poprzez spalenie krucyfiks za nadmiernie szeroką. Spełnienie tegoż standardu winno raczej być uwarunkowane wymaganiem, aby „konkretne konsekwencje będące usprawiedliwieniem szczególnego potraktowania określonego typu ekspresji nie były konsekwencjami powstałymi na skutek odruchowej reakcji odbiorców w stosunku do antagonistycznych idei wyraża-

³³² R. A. Smolla, *Cross burning: Virginia v. Black*, [w:] *A year at the Supreme Court*, ed. by N. Devins and D. M. Douglas, Durham 2004, s. 159, 162; *idem*, *Anatomy of an oral argument*, [w:] *Defending the First: commentary on the First Amendment issues and cases*, ed. by J. Russomanno, New York 2005, s. 120 – 121, 133 – 134.

³³³ F. Schauer, *Intentions...*

³³⁴ R. C. Hartley, *op. cit.*, s. 18, 24. Zob. również D. Matheson, *No moderator needed: a liberty tradition right to broadcast advertorials*, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 33, s. 304.

³³⁵ J. L. Swanson, *op. cit.*, s. 102 – 103.

nych przez mówcę”. Brak takowego ograniczenia w rozumieniu terminu drastyczność („virulence”) *de facto* skutkuje absorpcją przez analizowany wyjątek całej zasady neutralności treściowej. Jeżeli bowiem drastyczność definiowana jest poprzez kryterium „generalnego odnoszenia się słuchaczy do przerażających poglądów komunikowanych przez mówcę, to wówczas każdy dysydent rozważający szczególnie kontrowersyjną kwestię podpadnie pod rzeczony wyjątek” od reguły niedyskryminacji. Dokładnie takie niebezpieczeństwo zachodzi w omawianym tutaj przypadku. Wyjątkowa drastyczność groźby transmitowanej spalaniem krzyża nie wynika z jej konkretnych reperkusji, innych niż wywołanie szczególnej reakcji u adresatów ekspresji. Gey podkreśla, że w tym momencie to subiektywne odczucia odbiorców wypowiedzi determinują konstytucyjny status wypowiedzi. Jak pisze dalej, „płonący krucyfiks jest szczególnie silnym symbolem właśnie z uwagi – i wyłącznie z uwagi – na jego polityczne podteksty. Symbol ten jest nierozdzielnie związany z ekstremistycznymi poglądami politycznymi konkretnej grupy-Ku-Klux-Klanu. Nawet jeśli symbol ten, stanowiący kwintesencję Klanu, jest użyty przez osoby niebędące jego członkami oraz nawet jeśli jest wymierzony w osoby niebędące zazwyczaj obiektem Klanowego gniewu – tj. w ludzi nienależących do rasowych i religijnych mniejszości – to i tak wskazana forma przekazu jest stosowana bezpośrednio ze względu na niesiony przez nią podtekst związany z wykluczającą ksenofobią i wrogością wobec osób niedorastających do Klanowego ideału. Rząd wyróżnia ową formę komunikacji oraz nakłada na nią wyjątkowe sankcje karne z tego samego powodu – bo symbol reprezentuje odrażające idee Klanu”. Według Geya, ostatnia przesłanka *ex definitione* wyklucza zgodność selektywnej proskrypcji z ustawą zasadniczą³³⁶.

W moim przekonaniu wspomniane zarzuty krytyków orzeczenia są bezpodstawne. Po pierwsze, nie dostrzegam żadnego konstytucyjnego niebezpieczeństwa dla wolności słowa lub też neutralności państwa w jednoznacznym stwierdzeniu prawodawcy, iż spalanie krzyża w pewnych okolicznościach może mieścić się w hipotezie normy zakazującej formułowania autentycznych gróźb (do tego można w gruncie rzeczy sprowadzić istotę dotychczas analizowanego fragmentu regulacji). Po drugie, spoglądając na zagadnienie z czysto opisowej perspektywy, w pełni racjonalna wydaje się supozycja, że generalnie zastraszanie adresata wypowiedzi poprzez zademonstrowanie mu płonącego krucyfiks wywoła u odbiorcy przekazu większy strach (i tym samym wprowadzi w jego życie poważniejsze zamieszanie) i z większym stopniem prawdopodobieństwa będzie prefigurować przemoc, aniżeli uczyni to np. formułowanie wobec ofiary gróźb werbalnych. Co więcej, takie odczucia nie będą wyrazem subiektywnych czy ideologicznych idiosynkrazji ofiar zastraszania, lecz raczej przejawem poznawczego obiektywizmu.

³³⁶ S. G. Gey, *A few questions about cross burning, intimidation, and free speech*, Notre Dame Law Review, vol. 80, s. 1306 – 1309.

Orzeczenie O'Connor nie zawiera więc bezzasadnej nadinterpretacji wyjątku od reguły niedyskryminacji treściowej.

Zgodnie z uzasadnieniem sędzi, przesądzająca dla losów ustawy okazuje się tedy kwestia przepisu pozwalającego domniemywać zamiar sprawcy na podstawie samego faktu spalenia przezeń krucyfiks. Sens tej klauzuli nie został w sposób wiążący dla SN USA wyjaśniony przez Sąd Najwyższy stanu Wirginia. O'Connor uznała zatem za konkluzywne rozumienie tej normy przyjęte w instrukcji udzielonej przez sędziego ławie przysięgłych przy okazji procesu Blacka. Zgodnie z ową wykładnią, fakt spalenia krzyża *per se* uprawomocnia *presumptio iuris* pozwalające wnioskować o istnieniu po stronie sprawcy czynu intencji zastraszenia odbiorcy przekazu. Aczkolwiek domniemanie to jest możliwe do obalenia, to – w przeświadczeniu sędzi – powoduje całościową niezgodność unormowania Wirginii z ustawą zasadniczą (przy założeniu obowiązywania takiej właśnie interpretacji relewantnego postanowienia). Jak argumentowała O'Connor, analizowane postanowienie przynajmniej częściowo wyklucza ze znamion czynu zabronionego przesłankę, której wystąpienie usprawiedliwia ograniczenie wolności słowa (tj. zamiar grożenia ofierze poprzez podpalenie krzyża). Ta reguła dowodowa upoważnia „ławę przysięgłych do wydania wyroku skazującego w każdej sprawie dotyczącej spalania krzyża, jeżeli podsądni skorzystają podczas procesu ze swojego konstytucyjnego prawa do milczenia. Co więcej, nawet jeżeli podsądny [...] podejmie próbę obrony, to przepis o dowodzie *prima facie* stwarza większe prawdopodobieństwo, iż ława przysięgłych orzeknie o istnieniu zamiaru zastraszania niezależnie od okoliczności faktycznych”³³⁷. Artykuł o domniemaniu kreuje więc poważne zagrożenie tłumienia poglądów przez zamazanie granicy pomiędzy paleniem krzyża konstytuującym zakazywalną w zgodzie z pierwszą poprawką groźbę karalną oraz paleniem krucyfiksów stanowiącym wypowiedź polityczną (czy dokonywanym z powodów artystycznej natury). Ustawa wywiera zatem „mrozący wpływ” na swobodę ekspresji, albowiem umożliwia władzy publicznej skazanie osoby „formułującej tylko zgodne z prawem poglądy polityczne”, wolność głosu, których znajduje się w centrum wartości podlegających ochronie pierwszej poprawki. O'Connor wskazała, że omawiana reguła proceduralna prowadzi do potraktowania odmiennych przypadków palenia krzyży jedną miarą. W konsekwencji unormowanie „nie różnicuje podpalenia krucyfiksów dokonanych w celu wywołania gniewu bądź też resentymentu oraz dokonanych w celu grożenia ofierze lub jej zastraszenia. Nie różnicuje podpalenia krucyfiksów dokonanych w toku publicznej manifestacji od podpalenia krucyfiksów na trawniku należącym do sąsiada. Nie traktuje odmiennie podpalenia krzyża skierowanego w stronę innej jednostki oraz podpalenia krzyża skier-

³³⁷ Zob. też R. A. Smolla, *Anatomy...*, s. 119 – 120.

rowanego w stronę osób posiadających podobne poglądy. Pozwala przysięgłym na jednakowe traktowanie spalenia krucyfiks na cudzym terenie za zgodą jego właściciela oraz spalenia krucyfiks na nieruchomości innej osoby bez uzyskania jej akceptacji”³³⁸. Właśnie wskazana nieobecność prawnie doniosłych dyferencjacji powoduje, że ujmowana całościowo ustawa Wirginii „ignoruje wszelkie kontekstualne czynniki, których rozważenie jest konieczne do stwierdzenia, czy konkretny akt podpalenia krzyża został dokonany z intencją zastraszenia” oraz autoryzuje wybranie przez władzę publiczną „drogi na skróty” w procesie penalizowania tej formy wypowiedzi symbolicznych³³⁹. Jak ponownie podkreślała O’Connor, „być może jest prawdą, że każde podpalenie krzyża, nawet podczas politycznego wiecu, wzbudza poczucie gniewu i nienawiści u przeważającej większości obywateli obserwujących płonący krucyfiks. Jednak wystąpienie tych uczuć [...] nie jest dostateczną przesłanką”, aby generalnie zakazać posługiwania się w publicznej debacie przedmiotowym symbolem. Nawiązując do szerszego kontekstu związanego z dyskusją na temat dopuszczalności „hate speech”, sędzia stwierdziła, że Amerykanie z jednej strony winni potępiać z całą siłą „nienawistne idee rozpowszechniane przez bigotów”, ale z drugiej muszą stawiać twardy opór wszelkim wysiłkom zmierzającym do zwalczania takich poglądów przy użyciu instrumentów prawnych. Konkludując wywód, O’Connor nie wykluczyła, że odmienna interpretacja klauzuli o domniemaniu albo jej usunięcie z aktu prawnego uczyni regulację zgodną z ustawą zasadniczą³⁴⁰. Można zatem skonstatować, że na gruncie uzasadnienia to swoboda wypowiedzi jest stanem naturalnym, a jej ograniczenia posiadają charakter wyjątków; rozkład *onus probandi* musi odzwierciedlać ową prawidłowość nawet w tak kontrowersyjnych czy drastycznych przypadkach, jak podpalenie krzyża. Zastane reguły muszą faworyzować wolność słowa. Aprioryczne wyeliminowanie określonej kategorii ekspresji poza zakres oddziaływania pierwszej poprawki i nałożenie na obywateli obowiązku

³³⁸ Jak trafnie podkreśla Nielsen, orzeczenie potwierdza, że miejsce wypowiedzi posiada istotne znaczenie w determinowaniu jej znaczenia, stopnia obraźliwości czy przysługujących jej konstytucyjnych granic protekcji, [w:] *idem*, *The power of “place”: public space and rights consciousness*, [w:] *The new civil rights research: a constitutive approach*, ed. by B. Fleury-Steiner and *idem*, Aldershot and Burlington 2006, s. 218.

³³⁹ Zgadzam się z Hartley’em, że stosowanie takich skrótów może powodować w praktyce erozję efektywności gwarancji swobody wypowiedzi. Por. *idem*, *op. cit.*, s. 4.

³⁴⁰ Z tego też powodu sprawy Eliotta i O’Mary zostały przekazane do ponownego rozpoznania. Takie stanowisko O’Connor jest trudne do zrozumienia. Uwzględniając całokształt jej rozumowania, wydaje się, że najbardziej logicznym wyjściem byłoby uznanie niekonstytucyjności jedynie przepisu o domniemaniu oraz zaakceptowanie pozostałej części ustawy. Z jednej strony, nie dostrzegam bowiem żadnej możliwości przyjęcia przez SN Wirginii jakiejś alternatywnej interpretacji przepisu o domniemaniu, która pozwoliłaby uniknąć fundamentalnych obiekcji podniesionych przez sędzię w uzasadnieniu; z drugiej strony, legalność unormowania wprowadzającego karalność podpalenia krucyfiks dokonanego w zamiarze zastraszania sama w sobie nie budzi, w przekonaniu O’Connor, konstytucyjnych wątpliwości, a norma proceduralna może być bez trudu oddzielona od reszty ustawy.

udowodnienia, że sformułowanie określonej wypowiedzi nie jest naruszeniem prawa, zagraża triumfem ideologicznej cenzury oraz wypacza wolny rynek idei³⁴¹. Jak trafnie podsumowuje John F. Wirenus, podważenie przez O'Connor zgodności przepisu o domniemaniu zamiaru z zasadą wolności słowa prowadzi do wniosku, że w ocenie sędzi „Pierwsza Poprawka chroni wypowiedzi, których odbiorcy nasączają je własnymi przesądami bądź też inklinacjami oraz podkładają swój system wartości pod ten przyjmowany przez autora danego przekazu”³⁴².

Rozbieżności pomiędzy uzasadnieniami Scalii i O'Connor dotyczyły wyłącznie kwestii artykułu o domniemaniu zamiaru. Taka daleko idąca zgodność poglądów nie przeszkodziła jednak pierwszemu z nich wytknąć przeanalizowanym wyżej wywiodom brak historycznego i konstytucyjnego zakorzenienia w dotychczasowej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego. Jak przekonywał Scalia, zerwanie przez O'Connor z uprzednimi precedensami stanowi dowód, iż sędzia popełniła błąd aktywizmu, polegający na samodzielnym kreowaniu doktryny prawnej pozwalającej interpretować postanowienia pierwszej poprawki w dogodny dla autora wyroku sposób³⁴³. Co interesujące, paradoksalnie obaj juryści zgadzali się w podstawowych zarysach co do znaczenia i konsekwencji dyskusyjnej klauzuli. Zdaniem Scalii, przepis ten ustanawia domniemanie prawne, które statuuje, iż sam fakt podpalenia krzyża jest dostateczną przesłanką umożliwiającą powzięcie ustalenia faktycznego odnośnie do istnienia po stronie popełniającej czyn osoby zamiaru zastraszenia. Wskazana presupozycja jest jednak możliwa do obalenia; podjęcie przez sprawcę czynu obrony (próby wykazania, że dopuścił się on spalania krzyża w odmiennej intencji) zmusza sąd do rozpatrzenia zagadnienia zamiaru w kontekście wszystkich okoliczności faktycznych. Innymi słowy, omawiana reguła proceduralna w żadnym wypadku nie upoważnia do zignorowania dowodów przedstawionych przez podsądnego i do skazania go za naruszenie badanej ustawy wyłącznie na podstawie samego faktu podpalenia krucyfiksów bez uwzględnienia przedstawianej przezeń argumentacji. W ocenie sędziego, takie rozwiązanie jest w pełni ortodoksyjne, kanoniczne oraz mieszczące się w dopuszczalnych konstytucyjnie granicach³⁴⁴. Scalia przyznawał, iż postanowienie o domniemaniu stwarza niebezpieczeństwo, że niektóre jednostki for-

³⁴¹ Zob. np. E. J. Eberle, *Cross burning, hate speech, and free speech in America*, Arizona State Law Journal, vol. 36, s. 977; R. A. Smolla, *Words “which by their very utterance inflict injury”: the evolving treatment of inherently dangerous speech in free speech law and theory*, Pepperdine Law Review, vol. 36, s. 352.

³⁴² J. F. Wirenus, *Actions as words, words as actions: sexual harassment law, the First Amendment and verbal acts*, Whittier Law Review, vol. 28, s. 976.

³⁴³ Por. W. Gangi, *A scholar’s journey on the dark side*, Chapman Law Review, vol. 11, s. 25 – 26.

³⁴⁴ Scalia przytaczał w celach komparatystycznych inny stanowy przepis Wirginii, zgodnie z którym zabronione jest posiadanie narzędzi służących do włamania z zamiarem popełnienia takiego czynu, a sam fakt ich posiadania stanowi dowód *prima facie* istnienia takiego zamiaru. Porównanie to dowodziło, iż sędzią nie przewidywał traktowania w interesującym nas kontekście w sposób szczególny regulacji dotyczących wolności wypowiedzi.

mułujące konstytucyjnie chronione wypowiedzi zostaną z tego tytułu skazane. Jednak takowe wyroki mogą (i powinny) być kwestionowane w toku odwoławczym. Nie istnieje zatem potrzeba radykalnego zakwestionowania całej regulacji na podstawie samej możliwości jej niezgodnego z ustawą zasadniczą zastosowania. W ocenie sędziego, O'Connor oparła swoje uzasadnienie o odmianę doktryny „overbreadth”, zgodnie z którą analizowane unormowanie (z uwagi na regułę o domniemaniu zamiaru) posiada nadmiernie szeroki zakres przedmiotowy, penalizując również i te ekspresyjne zachowania, którym pierwsza poprawka gwarantuje protekcję. Scalia argumentował jednak, że zarzut „overbreadth” może być uznany za dyskwalifikujący regulację jedynie wówczas, kiedy groźba wymierzania sankcji karnych za ekspresję nieprzekraczającą granic wolności słowa jest rzeczywista i znacząca. Tymczasem – dowodził sędzia – grupa osób, które potencjalnie mogłyby zostać skazane na podstawie ustawy w sposób sprzeczny z konstytucją, „obejmuje tylko te jednostki, które: 1) podpalą publicznie krucyfiks, 2) nie żywią zamiaru zastraszenia, 3) mimo to zostają oskarżone i stają przed sądem, 4) rezygnują z czynnej obrony”. Jak z niemalą dozą złośliwości puentował Scalia, „akceptując (moim zdaniem, bardzo hojnie), że taka grupa osób faktycznie istnieje”, jej liczebność nie jest na tyle znacząca, by upoważniać Sąd Najwyższy do aplikacji w omawianym przypadku teorii „overbreadth”. Przeświadczenie, że liczba spraw zidentyfikowanych przez O'Connor, w których hipotetycznie możliwe okazuje się uzyskanie niekonstytucyjnego wyroku skazującego, jest na tyle duża, by usprawiedliwić całościową amputację ustawy Wirginii z porządku prawnego, nie ma podstaw w rzeczywistości. Uwzględniając całokształt problematyki, casusy takie posiadają wyłącznie marginalny charakter. Patrząc z perspektywy *stricte* proceduralnej, Scalia odmówił również potraktowania instrukcji dla ławy przysięgłych jako źródła autorytatywnej wykładni relewantnej normy oraz podkreślił potrzebę doprecyzowania jej znaczenia przez stanowy SN (wskazując tym samym, że niewłaściwe interpretacje omawianego przepisu mogą wytwarzać zagrożenie dla swobody wypowiedzi). Kwestie formalnoprawne nie są zresztą tu przedmiotem naszego zainteresowania. W każdym razie Scalia, nie przywiązując aż tak dużej wagi do proceduralnych rękojmi, opowiedział się przeciw holistycznemu zakazowi praktyki palenia krucyfiksów. Odnosząc się zaś do sprawy domniemania, moim zdaniem sędzia błędnie zbagatelizował merytoryczną specyfikę omawianych przepisów. Odżegnując się oczywiście od jakiegokolwiek absolutyzmu w interpretacjach pierwszej poprawki, jestem przekonany, że konstytucja Stanów Zjednoczonych wymaga, aby *onus probandi* w sprawach wiążących się z ograniczaniem wolności wypowiedzi spoczywał po stronie orędowników takich limitacji.

Jedyny czarnoskóry członek składu orzekającego Clarence Thomas (ze zrozumiałych względów) postrzegał praktykę palenia krzyży znacznie krytyczniej niż czynili to

O'Connor i aprobujący jej główne konkluzje Scalia. Już przy okazji jednego z wcześniejszych procesów sędzia wyraził swoje zasadnicze potępienie w stosunku do Ku-Klux-Klanu i stosowanej przez ruch symboliki³⁴⁵. Natomiast w toku omawianej sprawy, przepełnione emocjami wystąpienie Thomasa, zawierające ostrą krytykę KKK oraz jego emblematycznego znaku i przedstawione podczas rozprawy ustnej, wywołało silny odzew wśród pozostałych sędziów, publiczności oraz opinii społecznej. Jak trafnie odnotowują Devon W. Carbado oraz Mitu Gulati, to rasowa tożsamość sędziego „zmieniła substancję i ton procesu”. Palenie krucyfików zaczęło bowiem być rozpatrywane przez SN w kategoriach rasistowskiego terroru i przemocy, a nie wyłącznie w kontekście obrzydliwego bądź też odrażającego typu ekspresji. Thomas zmodyfikował tym samym normatywne zasady, na których ufundowany był jurydyczny dyskurs w przedmiotowej kwestii³⁴⁶. Wypada zgodzić się ze stanowiskiem, że poglądy sędziego na temat wypowiedzi symbolicznych, którymi posługują się członkowie Klanu, dobitnie pokazują, iż osoby będące adresatami czy ofiarami ekspresji wykorzystującej „znaki supremacji” czują się (i to w sposób usprawiedliwiony) w dużo większym stopniu obrażone i zagrożone takowymi manifestacjami nienawiści aniżeli ich najbardziej empatycznie nastawieni liberalni (w sensie amerykańskim) sprzymierzeńcy³⁴⁷. Odmienność perspektywy przyjmowanej przez Thomasa od afirmowanej przez pozostałą część składu orzekającego unaocznia również, jak dalece subiektywne okazują się być takie pojęcia, jak „groźba” lub „zastraszanie”³⁴⁸. O ile rozmaite optyki w analizowanej tutaj materii najprawdopodobniej nie są możliwe do pogodzenia, o tyle słuszną wydaje się teza Angeli Onwuachi-Willig o znacznym wpływie enuncjacji Thomasa na stanowisko ostatecznie przyjęte przez O'Connor. Jego unikalny (uwzględniając skład personalny Sądu Najwyższego) ogląd okoliczności faktycznych związanych ze sprawą przynajmniej częściowo doprowadził do uznania go za epistemiczny autorytet w kwestii praktyki palenia krucyfików³⁴⁹. Pamiętać jednakowoż trzeba, że ostatecznie Thomas okazał się w swym radykalizmie odosobniony. W pisemnym uzasadnieniu sędzia rozpoczął wywód od konstatacji, iż „w każdej kulturze pewne rzeczy nabywają znaczenie zdecydowanie wykraczające poza to, które mogą zrozumieć outsiderzy”. Dotyczy to zarówno obiektów obdarzanych czią (choćby flaga Stanów Zjednoczonych), jak i symboli zła. W ocenie

³⁴⁵ Capitol Square Review and Advisory Board vs. Pinette, 515 U. S. Reports 753 (1995).

³⁴⁶ D. W. Carbado, M. Gulati, *What exactly is racial diversity?*, California Law Review, vol. 91, s. 1160 – 1161.

³⁴⁷ B. Capers, *Flags*, Howard Law Review, vol. 48, s. 140 – 141.

³⁴⁸ L. B. Nielsen, *Law...*, s. 172.

³⁴⁹ A. Onwuachi-Willig, *Using the master's "tool" to dismantle his house: why Justice Clarence Thomas makes the case for affirmative action*, Arizona Law Review, vol. 47, s. 145 – 147.

Thomasa, płonący krzyż jest „paradygmatycznym przykładem” znaku drugiego rodzaju. Sędzia otwarcie zadeklarował, że, w jego mniemaniu, KKK jest najstarszą istniejącą „organizacją terrorystyczną, która w swych wysiłkach zmierzających do zastraszenia lub nawet do wyeliminowania oponentów stosuje metody najbardziej brutalne z możliwych”. Palenie krzyży to instrument służący wzbudzaniu lęku i prześladowaniu reprezentantów grup nieprzystających do Klanowej ideologii: mniejszości rasowych, katolików, komunistów, Żydów *etc.* W stosunku do „cechujących się większą śmiałością jednostek” KKK nie poprzestawał tylko na sygnalizowaniu swojej dezaprobaty, ale odwoływał się również do drastyczniejszych środków, jak pobicia czy morderstwa. Chronologiczna asocjacja między płonącym krzyżem a przemocą nie jest zwykłą koincydencją czasoprzestrzenną. Powiązanie to jest zakorzenione w amerykańskiej historii i dobrze udokumentowane źródłowo. Thomas zaakcentował także fakt, iż postrzeganie analizowanego symbolu jako „groźby i prekursora jeszcze gorszych zdarzeń” jest powszechnym fenomenem. Sędzia z aprobatą cytował słowa pełnomocnika Wirginii: jeśli biały, konserwatywny, należący do klasy średniej protestant zobaczy przed domem zapalone koło albo kwadrat, to zapewne zatelefonuje po straż pożarną; jeżeli jednak dostrzeże płonący krzyż, to najprawdopodobniej zadzwoni na policję. Sędzia konkludował: „W naszej kulturze podpalenie krzyża właściwie nieodmiennie było synonimem bezprawia i w sposób naturalny wywoływało w jego ofiarach dobrze uzasadniony lęk przed doznaniem przemocy fizycznej”. Doświadczenie mieszkańców stanu Wirginia było identyczne. Uchwalona w 1952 roku ustawa była odpowiedzią na istną plagę incydentów o podłożu rasistowskim, w których analizowany symbol odgrywał centralną rolę. Przytoczone wyżej fakty skłoniły Thomasa do stwierdzenia, że badana aktywność nie zawiera w sobie na tyle doniosłego komponentu ekspresyjnego, aby uprawnione było kwalifikowanie jej jako wypowiedzi symbolicznej. W przekonaniu sędziego, regulacja Wirginii dotyczy zachowania, a nie ekspresji. Celem przepisów jest przeciwstawienie się „zastraszającemu postępowaniu podjętemu przy użyciu specyficznych środków”. Zawarty w unormowaniu zakaz w żaden sposób nie godzi w wolność słowa; odmienne stanowisko jest po prostu ignorowaniem rzeczywistości. Thomas zwrócił również uwagę, iż Wirginia, mówiąc eufemistycznie, nie była bynajmniej w latach 50. w awangardzie procesów desegregacyjnych. Niezbyt wiarygodna jest więc sugestia, jakoby „legislatywa stanowa przyjmująca litanie praw o segregacyjnym charakterze, przecząc sama sobie, zamierzała równocześnie stłumić przekaz opowiadający się za segregacją. Nawet dla rzeczników tej ostatniej, gwałtowne terrorystyczne zachowanie, syjamski brat płonącego krzyża, było niemożliwe do tolerowania. Zakaz palenia krucyfiksów w zamiarze zastraszenia stanowi dowód, iż nawet zwolennicy segregacji zauważali różnicę pomiędzy rasistowską ekspresją a terrorystyczną groźbą”. Nie sposób przeto uwierzyć, że lokalnemu ustawodawcy

„chodziło o cokolwiek innego niż tylko o penalizację zachowań, jakie uznał on za szczególnie szkodliwe”. Thomas podsumowywał: „Tak, jak niedopuszczalne jest spalenie czyjegoś domu, by wyrazić polityczny pogląd, i następnie poszukiwanie ochrony w Pierwszej Poprawce, tak samo ci, którzy nienawidzą, nie mogą terroryzować i zastraszać”, by sformułować ideologiczne stanowisko. Według sędziego, omawiana regulacja w ogóle nie musi być zatem rozpatrywana z punktu widzenia jej zgodności z zasadą wolności słowa.

Niejako z ostrożności procesowej Thomas odniósł się także do kwestii postanowienia o domniemaniu zamiaru. Jego zdaniem, presupozycja ta nie stwarza jakichkolwiek problemów natury konstytucyjnej, albowiem oparta jest na racjonalnym wnioskowaniu ufundowanym na prostej i poprawnej przesłance, zgodnie z którą przy uwzględnieniu dramatycznych skutków, jakie zademonstrowanie płonącego krucyfiks powoduje wśród odbiorców takiego przekazu, „rozsądne jest domniemywanie zamiaru zastraszania na podstawie samego postępowania”. Jak argumentował dalej Thomas, podobne presumpcje są elementem porządku normatywnego w nader licznych przypadkach. Podawał m. in. przykład domniemania (o charakterze *presumptio iuris ac de iure*) o istnieniu zamiaru dystrybucji narkotyków na podstawie ilości posiadanych przez podsądnego substancji. Zbliżone w konsekwencjach presupozycje *de facto* funkcjonują też w obszarze mieszczącym się w sferze oddziaływania pierwszej poprawki. Przykładowo, o ile ustawa zasadnicza zezwala na kryminalizowanie posiadania materiałów pornograficznych z udziałem dzieci, o tyle dystrybucja takich materiałów z udziałem dorosłych jest chroniona konstytucyjnie (jeśli nie spełniają relatywnie restrykcyjnego kryterium obsceniczności). W tej sytuacji np. osoby posiadające filmy z udziałem pełnoletnich aktorów, którzy jednakże *prima facie* sprawiają wrażenie nieletnich, mogą podlegać sankcjom karnym, jeżeli nie udowodnią, że posiadane przez nich materiały są legalne³⁵⁰. Thomas puentował ironicznie (aczkolwiek w tonie zabarwionym sporą dozą goryczy), że większość sędziów SN „roztkliwia się nad losem niewinnego podpalacza krzyży, który postępuje w ten sposób bez zamiaru zastraszania”, ale zapoznaje fakt, iż płonący krucyfiks jest dla adresatów tego komunikatu (a czasami również dla mimowolnej publiczności) ekwiwalentem groźby, wywołującym ekstremalny emocjonalny stres. Oczywiście uzasadnienie sędziego odnosiło się do kontekstu stwarzanego przez ustawę Wirginii. Wydaje się jednak, iż tonacja wystąpienia wskazywała, że Thomas był gotów uznać za zgodne z konstytucją unormowanie zakazujące *per se* publicznego palenia krzyża z uwagi na aksjologiczne i historyczne znaczenie wspomnianego symbolu (ewentualnie dopuszczając możliwość ekskulpacji oskarżonego w pewnych wyjątkowych okolicznościach).

³⁵⁰ Dodajmy, że Thomas, analogicznie jak czynił to Scalia, przywiązywał dużą wagę do faktu, iż kwestionowane przez Blacka domniemanie może być obalone.

Jego pogląd zdaje się zbliżony do stanowiska Richarda Moona. Autor ten twierdzi, iż wprawdzie płonący krzyż może posiadać pewną wartość z punktu widzenia klauzuli wolności słowa (o ile jest emanacją osobistych odczuć lub też wyrazem prymitywnego politycznego światopoglądu), ale jego ekspresyjna doniosłość powinna być bilansowana rozważeniem „zamierzonej i poważnej krzywdy”, jaką zaprezentowanie owego znaku wyrządza innym ludziom. Omawiany symbol, rozpatrywany na szerszym tle wieloletniej rasistowskiej przemocy, ma wymiar zastraszający, gdyż jest jasno i nierozzerwalnie związany z historycznie ugruntowaną praktyką opresji³⁵¹. Jak nietrudno odgadnąć, perspektywa adoptowana przez Thomasa wywołała bardzo zróżnicowane reakcje. Z jednej strony możemy przywołać opinię Gangiego, według którego sędzia należycie zinterpretował znaczenie płonącego krzyża, jego enuncjacje znajdują uzasadnienie w empirii, a regulacja Wirginii w ogóle nie odnosi się do zagadnienia zakresu swobody wypowiedzi³⁵². Z drugiej natomiast strony warto przytoczyć stanowisko Roberta A. Kahna, który utrzymuje, że Thomas w sposób destrukcyjny dla swojej wiarygodności pominął w analizie niewygodne dla siebie fakty, równoważąc „w prawie wszystkich przypadkach” podpalenie krzyża z afirmacją bezprawia i wzbudzaniem uzasadnionego poczucia lęku oraz nie odnosząc się do podawanych przez O'Connor przykładów posługiwania się tą wypowiedzią symboliczną bez komponentu zastraszania³⁵³. Moim zdaniem trafna jest ocena Huhna, iż Thomas tak naprawdę przyznawał w swoim *votum separatum* władzy publicznej prawo do decydowania, które symbole muszą być otaczane czcią, a które mają być uznane za odrażające. Tymczasem – przekonywał Huhn – w społeczeństwie amerykańskim rozstrzygający głos w tej materii winno posiadać indywidualne sumienie, a nie motywowane choćby najszlachetniejszymi intencjami przepisy prawa³⁵⁴.

Wielu komentatorów utrzymuje, że ustawa Wirginii jest w swojej istocie analogiczna do ordynansu St. Paul, wprowadzając wybiórczą (czyli dyskryminującą treściowo czy nawet światopoglądowo) penalizację jednego z rodzajów ekspresji. Ich zdaniem, konsekwentne zastosowanie standardów przyjętych w orzeczeniu w sprawie *R.A.V. vs. City of St. Paul* musiałoby pociągać za sobą całościowe zakwestionowanie konstytucyj-

³⁵¹ R. Moon, *Hate speech regulation in Canada*, Florida State University Law Review, vol. 36, s. 81.

³⁵² W. Gangi, *op. cit.*, s. 24, 26 – 27.

³⁵³ R. A. Kahn, *Did the burning cross speak? Virginia v. Black and the debate between Justices O'Connor and Thomas over the history of cross burning*, Studies in Law, Politics, and Society, vol. 39, s. 82 – 83.

³⁵⁴ W. R. Huhn, *Assessing the constitutionality of laws that are both content-based and content-neutral: the emerging constitutional calculus*, Indiana Law Journal, vol. 79, s. 844. Jeśli powyższa interpretacja jest trafna, to przyjęta przez Thomasa optyka wydaje się pozostawać w rażącej kolizji z treścią pierwszej poprawki.

ności analizowanej w tym miejscu regulacji. Refutacja takiego stanowiska przez większość Sądu Najwyższego (a w ten sposób można przecież odczytywać uzasadnienia O'Connor, Scalii oraz Thomasa) miała więc oznaczać odstępianie przez SN od zasad ustalonych przy rozstrzyganiu wcześniejszego casusu dotyczącego palenia krucyfikszów. Reprezentatywny dla zwolenników tej optyki wydaje się pogląd Charlesa, którego zdaniem omawiane tutaj orzeczenie aprobeuje tezę odrzuconą przez Scalię w *R.A.V. vs City of St. Paul*, jakoby płonący krucyfix był typem wypowiedzi, który wywołuje poważniejsze szkody aniżeli inne formy wyrażania poglądów (*ergo* „zasługuje” na odrębne potraktowanie). Sprzeczność ta powoduje, że podobne unormowania są odmiennie ocenione z punktu widzenia ich zgodności z klauzulą wolności słowa³⁵⁵. Umiarkowany wariant powyższego poglądu głosi natomiast, że SN w orzeczeniu w sprawie *Virginia vs. Black* w sposób bardziej liberalny aniżeli poprzednio interpretował ogólną regułę niedyskryminacji treściowej, przyjmując rozszerzającą wykładnię dopuszczalnych od niej wyjątków³⁵⁶. Argumentacja zawarta w uzasadnieniu sędziego Soutera ufundowana była właśnie na założeniu, że ewaluacja konstytucyjności ustawy Wirginii musi być dokonywana poprzez pryzmat kryteriów ustanowionych w precedensie *R.A.V. vs. City of St. Paul*, które zasadniczo wykluczają legalność selektywnej proskrypcji palenia krzyży³⁵⁷. W jego ocenie, unormowanie „wybrało określony treściowo symbol z obszaru całej zakazywalnej ekspresji ukierunkowanej na zastraszanie”. Problematyczność rzezonego rozwiązania jest dla Soutera funkcją semantycznej wieloznaczności penalizowanej aktywności. Sędzia aprobeował wnioski O'Connor co do kontekstualnego znaczenia płonącego krucyfixu. Treść niesionego przezeń przekazu może zawierać zastraszającą groźbę, iż „podpalacz krzyża wyrządzi ofierze – najprawdopodobniej fizyczną – krzywdę”. Owa wypowiedź symboliczna jest identyfikowalna historycznie z „podpaleniami, pobiciami i linczami”. Jednak nawet jeśli podstawowym celem ekspresyjnego zachowania jest wzbudzenie przerażenia, to nie należy zapominać, iż płonący krzyż może wyrażać ideologiczny komunikat o supremacji białych protestantów. Co więcej, ten doktrynalny przekaz „nie tylko towarzyszy wielu przypadkom zastraszającego posłużenia się symbolem”, ale może również pozostawać samodzielnym elementem treściowym, kiedy to płonący krzyż stanowi wyłącznie wyraz „ideologii supremacyjnej i solidarności jej orędowników [...] Płonący krzyż może być jednocześnie przejawem

³⁵⁵ G-U.E. Charles, *op. cit.*, s. 576 – 577. Zob. też J. Neu, *Sticks and stones: the philosophy of insults*, Oxford 2008, s. 141; S. Gardbaum, *The myth and the reality of American constitutional exceptionalism*, Michigan Law Review, vol. 107, s. 402. Por. również M. J. Gerhardt, *The power of precedent*, New York 2008, s. 39.

³⁵⁶ Zob. np. M. C. Weber, *Disability harassment*, New York 2007, s. 129.

³⁵⁷ M. Dry, *Civil peace and the quest for truth: the First Amendment freedoms in political philosophy and American constitutionalism*, Lanham 2004, s. 191.

ideologii i groźbą, tylko emanacją ideologii albo też jedynie groźbą”. Podstawowy problem dotyczył zatem motywów, jakie przyświecały ustawodawcy przy podjęciu decyzji o szczególnej proskrypcji palenia krzyży dokonywanego w zamiarze zastraszenia: czy chodzi mu o ochronę obywateli przed wyjątkowo niebezpieczną postacią groźby karalnej, czy też raczej o potępienie rasistowskiej, supremacyjnej ideologii? O ile w pierwszym przypadku dyskryminacja treściowa byłaby dopuszczalna, o tyle w drugim unormowanie kolidowałoby ze standardami zdefiniowanymi w wyroku w sprawie *R.A.V. vs. City of St. Paul*. Jak pamiętamy, zdaniem O’Connor selektywna karalność palenia krucyfiksów w zamiarze zastraszenia jest uzasadniona z uwagi na szczególnie drastyczny charakter takiej groźby. Souter wyrażał w tej materii duże wątpliwości. W jego opinii, żadna z egzemplifikacji (szczególna karalność gróźb skierowanych pod adresem Prezydenta USA bądź też penalizacja rozpowszechniania tylko najbardziej sprośnych materiałów obscenicznych) przedstawionych przez Scaleg, mających zademonstrować funkcjonowanie tego wyjątku od zasady neutralności państwa, nie jest w pełni porównywalna z analizowanym stanem faktycznym. W powyższych sytuacjach dyferencjacja w traktowaniu nie jest bowiem pochodną negatywnego stosunku do meritum przekazu i nie wiąże się z rezygnacją z generalnej proskrypcji określonej kategorii wypowiedzi na rzecz selektywnego zakazu ekspresji o konkretnym ideowym przesłaniu³⁵⁸. Jak zatem pisał Souter, wspomniany wyjątek od reguły niedyskryminacji treściowej nie powinien dotyczyć wypowiedzi kojarzonych ze ściśle określonym światopoglądem. Niebezpieczeństwo płynące z przyjęcia alternatywnej optyki polega na stworzeniu władzy możliwości introdukcji niedopuszczalnie dyskryminujących praw przy zachowaniu pozorów neutralności ideowej. Jak wskazywał sędzia, symbol płonącego krzyża mógł zostać przez Wirginię „wyselekcjonowany ze względu na swoją wyjątkową groźącą moc, ale również mógł zostać wyróżniony z powodu dezaprobaty względem ideologii supremacji białych, choćby dlatego, iż legislatywa sądziła, że doktryna ta jest niebezpieczna, albo dlatego,

³⁵⁸ Jak pisał Souter: „The first example of permissible distinction is for a prohibition of obscenity unusually offensive in its prurience [...] distinguishing obscene publications on this basis does not suggest discrimination on the basis of the message conveyed. The opposite is true, however, when a general prohibition of intimidation is rejected in favor of a distinct proscription of intimidation by cross burning [...] Nor does this case present any analogy to the statute prohibiting threats against the President, the second of *R. A. V.*’s examples of the virulence exception [...] The content discrimination in that statute relates to the addressee of the threat and reflects the special risks and costs associated with threatening the President. Again, however, threats against the President are not generally identified by reference to the content of any message that may accompany the threat, let alone any viewpoint, and there is no obvious correlation in fact between victim and message. Millions of statements are made about the President every day on every subject and from every standpoint; threats of violence are not an integral feature of any one subject or viewpoint as distinct from others. Differential treatment of threats against the President, then, selects nothing but special risks, not special messages”.

że uznała jej publiczną, dramatyczną celebrację za społecznie zawstydzającą [...] Dyskryminujący treściowo zakaz palenia krzyży [...] może być subtelną próbą eliminacji nie tylko intensywnego zastraszania powodowanego przez palenie krucyfiksu w okolicznościach czyniących zeń groźbę, ale również konkretnego przesłania o supremacji białych, które jest komunikowane nawet przez niezastraszające palenie krzyży”. W przesłuchaniu sędziego, zaproponowana przez O’Connor pragmatyczna reinterpretacja analizowanego wyjątku hipotetycznie mogłaby pozwolić władzy publicznej na dyskryminację natury światopoglądowej³⁵⁹. Zachowując daleko idący sceptycyzm wobec sugestii większości, Souter nie dostrzegł jednakowoż konieczności, aby przy okazji rozpatrywania omawianego casusu pryncypialnie ją odrzucić. W jego opinii jest bowiem jasne, że regulacja Wirginii ma na celu zwalczanie Ku-Klux-Klanu, a nie zapobieganie szczególnie drastycznym groźbom. Jak twierdził sędzia, przesądzającej wskazówki interpretacyjnej dostarcza w tym zakresie norma o domniemaniu zamiaru, której najpoważniejszym praktycznym skutkiem jest wywołanie wśród przysięgłych tendencji do „podciągania niezastraszającej ideologicznej ekspresji pod przepis zabraniający ekspresji zastraszającej”³⁶⁰. Wprowadzenie tej presumpcji pokazuje, iż motywem przyświecającym legislaturze Wirginii nie jest neutralne światopoglądowo pragnienie objęcia jed-

³⁵⁹ Jak zauważał Souter, podobnej modyfikacji mógłby zresztą również podlegać inny zadekretowany przez SN w wyroku w sprawie *R.A.V. vs. City of St. Paul* wyjątek od zasady neutralności treściowej, zgodnie z którym dopuszczalne jest wprowadzanie selektywnych rozwiązań, jeżeli nie istnieje żadna realistyczna możliwość, aby taka wybiórczość przyczyniała się do tłumienia przez państwo pewnych poglądów. Teoretycznie można bowiem postawić tezę, iż nawet jeśli selektywny przepis dotyka przede wszystkim zwolenników jednej ideologii, to niekoniecznie oznacza to niedozwoloną dyskryminację, jeżeli motywem przyświecającym władzy nie jest chęć supresji jakiegoś światopoglądu. Taka liberalna wykładnia niosłaby jednak ze sobą, według Soutera, identyczne niebezpieczeństwo, co nierygorystyczna interpretacja wyjątku szczególnej drastyczności.

³⁶⁰ Souter wyjaśniał: „As I see the likely significance of the evidence provision, its primary effect is to skew jury deliberations toward conviction in cases where the evidence of intent to intimidate is relatively weak and arguably consistent with a solely ideological reason for burning. To understand how the provision may work, recall that the symbolic act of burning a cross, without more, is consistent with both intent to intimidate and intent to make an ideological statement free of any aim to threaten. [...] One can tell the intimidating instance from the wholly ideological one only by reference to some further circumstance. In the real world, of course, and in real-world prosecutions, there will always be further circumstances, and the factfinder will always learn something more than the isolated fact of cross burning. Sometimes those circumstances will show an intent to intimidate, but sometimes they will be at least equivocal, as in cases where a white supremacist group burns a cross at an initiation ceremony or political rally visible to the public. In such a case, if the factfinder is aware of the prima facie evidence provision, as the jury was in respondent Black’s case [...] the provision will have the practical effect of tilting the jury’s thinking in favor of the prosecution. What is significant is not that the provision permits a factfinder’s conclusion that the defendant acted with proscribable and punishable intent without any further indication, because some such indication will almost always be presented. What is significant is that the provision will encourage a factfinder to err on the side of a finding of intent to intimidate when the evidence of circumstances fails to point with any clarity either to the criminal intent or to the permissible one. The effect of such a distortion is difficult to remedy, since any guilty verdict will survive sufficiency review unless the defendant can show that [...] viewing the evidence in the light most favorable to the prosecution, [no] rational trier of fact could have found the essential elements of the crime beyond a reasonable doubt”.

nostek ochroną przed groźbami karalnymi, ale stłumienie potępianego przekazu ideowego, symbolizowanego przez płonący krucyfiks³⁶¹. Dyskryminacyjny aspekt regulacji oznacza, iż jej zgodność z konstytucją jest uzależniona od przejścia testu „strict scrutiny”, co oczywiście z wyluszczonych już kilkakrotnie przyczyn (ogólna proskrypcja wypowiedzi zastraszających pozwala osiągnąć wszystkie legitymowane cele unormowania) nie zachodzi. Kryteria przyjęte w wyroku w sprawie *R.A.V. vs. City of St. Paul* nakazują zatem podważyć unormowanie³⁶².

Na zakończenie warto także zauważyć, iż przeanalizowany wyrok Sądu Najwyższego wywołał niemałe zamieszanie wśród komentatorów (część z nich popełniła zresztą ewidentne błędy interpretacyjne³⁶³). Szczególnie uderzający jest fakt istnienia poważnych rozbieżności odnośnie do aksjologicznego przesłania orzeczenia. Według części oceniających, SN odrzucił tutaj bowiem skrajnie liberalny paradygmat w zakresie wolności słowa. Przykładowo zdaniem Anthony’ego J. P. Cortese, większość sędziów zaakceptowała stanowisko, zgodnie z którym płonący krzyż jest na tyle niebezpiecznym symbolem wzbudzania strachu na tle rasowym, że racje stojące za penalizacją takiej ekspresji przyćmiewają zagrożenia wynikające z naruszenia tym działaniem zasady wolności słowa. Tym samym postulat ochrony mniejszości przeważał nad zasadą nieskrępowanej swobody wypowiedzi (z uwagi na specyfikę rozważanego rodzaju symbolicznego zachowania)³⁶⁴. Według Kate E. Andrias, Sąd Najwyższy *implicit*e przyznał w wyroku, że praktyka palenia krucyfiksów wykluczała czarnoskórych obywateli z publicznej debaty, kneblując ich i utrudniając im partycypację w procesie politycznym. Z tego powodu ograniczała chroniony przez pierwszą poprawkę interes grup mniejszo-

³⁶¹ Por. W. R. Huhn, *Scienter...*, s. 138.

³⁶² Jak już wcześniej zaznaczono, moim zdaniem nie istnieje sprzeczność pomiędzy obydwooma orzeczeniami. Za wewnętrznie koherentny uważam pogląd, iż: 1) spalenie krzyża dokonane w warunkach czyniących zeń „fighting word” nie jest szczególnie drastycznym przykładem ekspresji należącej do tej kategorii (w związku z tym jego selektywna penalizacja jest przejawem niedopuszczalnej dyskryminacji treściowej i światopoglądowej); 2) spalenie krzyża w zamiarze zastraszania jest szczególnie drastycznym przypadkiem groźby (i w związku z tym może podlegać selektywnej penalizacji). Odmienne stanowisko wyraża m.in. E. J. Eberle, *op. cit.*, s. 978 – 979 (teza o funkcjonalnym podobieństwie ordynansu St. Paul i ustawy Wirginii: obydwa akty normatywne dotyczą komunikacji pozostającej w obrębie niechronionej kategorii wypowiedzi i skierowanej przede wszystkim do szczególnie narażonych na prześladowanie zbiorowości społecznych).

³⁶³ Np. według Cala Jillsona wyrok wyłączył palenie krucyfiksów z obszaru ekspresji chronionej pierwszą poprawką (*idem*, *American government: political change and institutional development*, New York 2007, s. 353). Joshua S. Press stwierdza natomiast, iż orzeczenie autorytatywnie i drastycznie redukuje znaczenie terminu „fighting words”, albowiem *de facto* porusza jedynie zagadnienie wypowiedzi zastraszających (*idem*, *Teachers, leave those kids alone? On free speech and shouting fiery epithets in a crowded dormitory*, *Northwestern University Law Review*, vol. 102, s. 1011 – 1012).

³⁶⁴ A. J. P. Cortese, *Opposing hate speech*, Westport 2006, s. 10.

ściowych polegający na dysponowaniu prawem do swobodnej artykulacji opinii³⁶⁵. Guy E. Carmi dowodzi natomiast, że przedmiotowy wyrok dostarcza jednego z nielicznych przykładów w historii jurysprudencki amerykańskiej, gdzie potrzeba ochrony indywidualnej godności przeważa nad atomistyczną i indywidualistyczną optyką żądającą niemal absolutnej protekcji wolności słowa³⁶⁶. Z kolei Anthony L. Fargo przekonuje, iż orzeczenie w swoich konsekwencjach wyłącza „hate speech” spod bezwzględnej ochrony ustawy zasadniczej, pozwalając na jej regulowanie celem ochrony konkurencyjnych interesów i rywalizujących wartości. Tym samym ta kategoria wypowiedzi zostaje umieszczona poza jądrem pierwszej poprawki i uzyskuje status zbliżony do ekspresji reklamowej bądź nieprzyzwoitej³⁶⁷. Adekwatnym podsumowaniem podobnych poglądów jest stanowisko Delgado, w którego przekonaniu wyrok „tchnął nowe życie” w ruch zwolenników kryminalizacji mowy nienawiści, który wyraźnie osłabił pod wpływem kontrreakcji oponentów takiego rozwiązania oraz rozstrzygnięcia SN w sprawie *R.A.V. vs. City of St. Paul*³⁶⁸. Jednak w literaturze przedmiotu spotkać można radykalnie przeciwną opinię. Według Douglasa W. Vicka, wyrok stanowi następną manifestacją przeświadczenia obecnego w jurysprudencki SN, że „fakt, iż kwestionowana ideologia jest ideologią nienawiści, nie ma znaczenia z punktu widzenia limitów wyznaczanych przez pierwszą poprawkę”. Istotny jest tutaj jedynie kontekst zastraszania. Precedens jasno demonstruje, że nadzieje, jakoby SN stopniowo skłaniał się ku bardziej receptywnej interpretacji konstytucji *à propos* możliwości penalizacji „hate speech”, są całkowicie płonne³⁶⁹. David Weisbrodt i Connie de la Vega argumentują, że orzeczenie jest emanacją teorii o prymacie maksymalnie szeroko rozumianej wolności słowa nad potrzebami rasowej harmonii oraz regułą niedyskryminacji (a te wartości znajdują przecież aksjologiczne zakorzenienie w amerykańskiej konstytucji)³⁷⁰. Z kolei dla Jeffrey Abramsona wyrok wyraża dominację idei tolerancji dla nietolerancyjnych poglądów nad ideą szacunku wobec innych (a przecież obie te zasady stanowią istotne składniki ideału demo-

³⁶⁵ K. E. Andrias, *A robust public debate: realizing free speech in workplace representation election*, Yale Law Journal, vol. 112, s. 2433.

³⁶⁶ G. E. Carmi, *Dignity – the enemy from within: a theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification*, Journal of Constitutional Law, vol. 9, s. 991.

³⁶⁷ A. L. Fargo, *Social science research in judges' First Amendment decisions*, [w:] *Communication and law: multidisciplinary approaches to research*, eds. A. Reynolds, B. Barnett, Mahwah 2006, s. 32 – 33.

³⁶⁸ R. Delgado, *What if Brown v. Board of Education was a hate-speech case?*, Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties, April 2005, s. 272.

³⁶⁹ D. W. Vick, *Regulating hatred*, [w:] *Human rights in the digital age*, ed. by M. Klang, A. Murray, London 2005, s. 49.

³⁷⁰ D. Weisbrodt, C. de la Vega, *International human rights law: an introduction*, Philadelphia 2007, s. 105.

kratycznej sprawiedliwości)³⁷¹. Krótko mówiąc, w świetle takowych ujęć analizowany precedens potwierdził dotychczasowe stanowisko SN, zgodnie z którym „hate speech”, której klasycznym przykładem jest palenie krucyfiksów, nie wywołuje na tyle znaczących szkód (jeżeli nie jest uzupełniona komponentem zastraszania), by wprowadzić jej całkowitą prohibicję³⁷². W moim przekonaniu ta interpretacja zdecydowanie bardziej odpowiada rzeczywistości aniżeli wykładnia alternatywna. Odrzucam zatem tezę, jakoby analizowany wyrok sygnalizował czy zapowiadał doktrynalną modyfikację linii orzeczniczej Sądu Najwyższego w odniesieniu do kwestii penalizacji mowy nienawiści.

F. Wisconsin vs. Mitchell³⁷³ – wzmianka

Na zakończenie tego fragmentu pracy należy jeszcze wspomnieć o jednym orzeczeniu, którego treść ma pewien wpływ (aczkolwiek marginalny) na kwestię konstytucyjnego statusu palenia krzyży. Wspomniany wyrok odnosił się do regulacji stanu Wisconsin, wprowadzającej zaostrzone sankcje karne w sytuacji, kiedy sprawca intencjonalnie wybrał ofiarę przestępstwa ze względu na jej rasę, wyznanie, kolor skóry, niepełnosprawność, narodowość, pochodzenie etniczne lub orientację seksualną. Przepis statuował tedy zasadę surowszej odpowiedzialności sprawcy za przestępstwa motywowane nienawiścią czy uprzedzeniami względem określonych grup ludności³⁷⁴. Sąd Najwyższy jednogłośnie stwierdził (piórem Williama H. Rehnquista), iż zdefiniowanie w powyższy sposób kwalifikowanej postaci czynu zabronionego nie podważa postanowień pierwszej poprawki. Unormowanie to dotyczy bowiem zachowania, a „fizyczna napaść nie może być pod żadnym pozorem traktowana jako ekspresyjne postępowanie”, objęte klauzulą wolności słowa. Zdaniem sędziego, sądy tradycyjnie dysponowały (i nadal powinny dysponować) prawem do uwzględniania motywów przyświecających sprawcy danego czynu przy podejmowaniu decyzji o wymiarze kary³⁷⁵. Zasadniczy konstytucyjny problem wiązał się jednak z faktem, iż w przeważającej większości przypadków (jeśli nie we wszystkich) źródłem informacji na temat pobudek czynu będą wypowiedzi sprawcy (równoległe albo uprzednie w stosunku do przestępstwa). Biorąc pod uwagę kontekst naszych rozważań, oznaczać to może, iż zmanifestowanie rasistow-

³⁷¹ J. Abramson, *Teaching civil liberties as a branch of political theory: tolerance versus respect*, [w:] *Law in the liberal arts*, ed. by A. Sarat, Ithaca 2005, s. 145.

³⁷² Por. D. F. Wachtell, *No harm, no foul: reconceptualizing free speech via tort law*, *New York University Law Review*, vol. 83, s. 968.

³⁷³ 508 U. S. Reports 476 (1993).

³⁷⁴ Unormowanie podwyższało wówczas maksymalny wymiar kary (np. w przypadku kwalifikowanego pobicia – bez skutku śmiertelnego – z dwóch do siedmiu lat pozbawienia wolności).

³⁷⁵ Por. np. T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 122.

skich poglądów poprzez spalenie krucyfiksów prowadziło będzie do zaostrzenia odpowiedzialności karnej. Z tego powodu podsądny w analizowanym procesie argumentował, że regulacja Wisconsin tłumii swobodną ekspresję, ponieważ zwolennicy takiej ideologii mogą żywić obawę przed ujawnieniem swojego dla niej poparcia (lękając się, że w przyszłości, jeżeli popełnią przestępstwo, zaowocuje to wymierzeniem im surowszej sankcji). Odpowiedź SN w tej materii jest bardzo interesująca. Z jednej strony Rehnquist potwierdził, że (uzewnętrznione) abstrakcyjne przekonania oskarżonego nie mogą konstytuować samoistnej przesłanki wpływającej na wysokość sankcji, a dyrektywy wymiaru kary przyjmujące takową optykę naruszają pierwszą poprawkę³⁷⁶. Z drugiej jednak strony sędzia dowodził, że klauzula wolności słowa wcale nie wyklucza czynienia użytku z ekspresji oskarżonego w charakterze środka dowodowego pozwalającego zdemontować jego zamiar lub też motywację, a „wizja obywatela skrywającego swoje bigoteryjne poglądy w obawie”, że fakt ich posiadania zostanie przeciw niemu w przyszłości procesowo wykorzystany, jest „nadmiernie spekulatywna”³⁷⁷. W mojej ocenie, powyższe rozstrzygnięcie budzi jednak daleko idące wątpliwości³⁷⁸.

Konkludując ten wątek naszych rozważań, warto jeszcze poczynić trzy obserwacje. Po pierwsze, aksjologiczna ocena przeanalizowanych wyroków z konieczności uzależniona jest od subiektywnych ocen komentatora. Niewątpliwie zagadnienie potencjalnej penalizacji „hate speech” (której typowym i wielce wyrazistym przykładem jest obyczaj palenia krucyfiksów) pozostaje kontrowersyjne. Poważne argumenty w tej materii posiadają obydwie strony debaty. Sąd Najwyższy USA, po pewnych początkowych waha-

³⁷⁶ Stanowisko to obowiązywało w orzecznictwie SN od sprawy Dawson vs. Delaware, 503 U. S. Reports 159 (1992). Wyrok ten ponownie potwierdzał pogląd Sądu o konstytucyjnym zakazie penalizacji „hate speech”.

³⁷⁷ Por. J. Butler, *Excitable speech: a politics of the performative*, New York 1997, s. 60 – 61; J. Bell, *Policing hatred: law enforcement, civil rights, and hate crime*, New York 2004, s. 18 – 27; F. M. Lawrence, *Punishing hate: bias crimes under American law*, Cambridge 2002, s. 29 i n.

³⁷⁸ Pomińmy oczywiste trudności związane ze stosowaniem takich przepisów. Pomińmy również zasadność apriorycznego i autorytatywnego dekretoowania przez państwo, że przestępstwa motywowane nienawiścią wobec określonych grup społecznych zasługują na surowszą karę aniżeli przestępstwa motywowane wrogością wobec konkretnych jednostek. Wyobraźmy sobie jednak dwa identyczne czyny zabronione (np. pobicia) dokonane z identycznych rasistowskich pobudek. Pierwszy sprawca jest jawnym i zagorzałym orędownikiem ideologii Ku-Klux-Klanu, który wielokrotnie uczestniczył w ceremoniach spalania krzyża. Drugi sprawca, czy to z powodu osobistych cech charakterologicznych, czy to z uwagi na relatywnie niedawne doznanie „epifanii” w sprawach rasowych, nie uzewnętrzniał dotąd swoich odczuć w powyższych kwestiach. Czy różnice w grożącej tym osobom wysokości kary nie są funkcją ich ekspresyjnej aktywności? Przecież gdyby pierwszy sprawca nie wyrażał otwarcie aprobaty dla rasizmu (np. poprzez palenie krucyfiksów), to sąd mógłby potraktować go łagodniej...

niach, opowiedział się zdecydowanie za ideą wolności słowa pojmowanej w klasycznie liberalny sposób. Autor książki nie ukrywa, iż takie stanowisko jest mu osobiście bliskie. W mojej ocenie, cytując słynne *dictum* sędziego SN Louisa Dembitza Brandeisa, w wolnym społeczeństwie lekarstwem na złe słowo powinno być „więcej słów”, a nie wprowadzanie represji³⁷⁹. Po drugie, trudno podważyć orzecznictwo SN w przedmiotowych kwestiach *de lege lata*. Jeśli zawarty w konstytucji zakaz ograniczania wolności słowa ma cokolwiek oznaczać, to musi pociągać za sobą przydzielenie obywatelom generalnego prawa do formułowania wypowiedzi niepopularnych, obraźliwych, szokujących, kontrowersyjnych i niemoralnych (a za taką ekspresję (symboliczną) możemy uznać spalanie krucyfiks). Pierwsza poprawka, oparta na tradycyjnych pryncypiach liberalizmu, z pewnością wyklucza całościową penalizację mowy nienawiści (aczkolwiek oczywiście nie eliminuje np. możliwości wprowadzenia karalności autentycznych gróźb³⁸⁰). Po trzecie, wyroki w sprawach *R.A.V. vs. City of St. Paul* i *Virginia vs. Black* stanowią przejaw głębokiej ingerencji władzy sądowniczej w sferę ustawodawstwa. Co więcej, ewolucja jurysprudenencji Sądu Najwyższego w omawianej tu dziedzinie pokazuje, iż nadzór judykatury nad legislatywą ulega stopniowemu zaostrzeniu. Wystarczy wszak porównać stosunkowo niewinną ulotkę rozpowszechnianą przez Beauharnaisa czy użyte przez Chaplinsky’ego obelgi z podpaleniem krzyża oraz zestawić losy aktów normatywnych, które dotyczyły wspomnianych wypowiedzi, po ich rozpatrzeniu przez SN. Zatem – w sensie politycznym – decyzje w sprawie symbolu płonącego krucyfiks stanowiły manifestację sędziowskiego aktywizmu. Czy jednak taki brak wstrzemięźliwości zasługuje na fundamentalne potępienie? Jest sporo racji w tezie, iż tak szeroko zakrojone interwencje sądów w prawodawstwo stoją w sprzeczności z prostą (by nie powiedzieć prymitywną) wizją ustroju demokratycznego. Jednak, jak z niekłamaniem zresztą smutkiem twierdzi Daniel Lazare, Stany Zjednoczone zasadniczo nie są demokracją, ale raczej republiką, w której podważanie prymatu ustawy zasadniczej nad decyzjami przemijających większości jest powszechnie uznawane za świętokradztwo³⁸¹. Jeżeli więc ustawy naruszają kardynalne prawa ustanowione w konstytucji (a wolność słowa należy do takich zaliczyć), to Sąd Najwyższy jest nie tylko uprawniony, ale wręcz prawnie (i moralnie) zobligowany do wyeliminowania podobnych regulacji z porządku normatywnego, a aktywizm w tej materii zasługuje raczej na pochwałę aniżeli krytycyzm.

³⁷⁹ *Votum separatum* [w:] *Whitney vs. California*.

³⁸⁰ Kwestia „fighting words” jest w tym aspekcie bardziej dyskusyjna (przynajmniej na gruncie prawa karnego).

³⁸¹ D. Lazare, *The velvet coup: the Constitution, the Supreme Court, and the decline of American democracy*, London and New York 2001, s. 10.

6. Prywatne finansowanie kampanii wyborczych a wolność słowa – wzmianka

Mniej więcej od lat 60. Sąd Najwyższy w coraz większym stopniu zaczął przyjmować rolę nadzorczą nad procesem wyborczym. Jednym z podstawowych przejawów tego działania było orzekanie w sprawach nader licznych regulacji ustanawiających ograniczenia dotyczące finansowania kampanii wyborczych przez podmioty prywatne (w tym również przez samych kandydatów) pod kątem ich zgodności z pierwszą poprawką³⁸². Proponowane w tym zakresie unormowania (limitujące wydatki, ograniczające wysokość dotacji itp.) w oczywisty sposób mieszczą się w sferze kwestii pozostających w obrębie oddziaływania pierwszej poprawki³⁸³. Istnienie związku między pieniędzmi (a właściwie ich wydatkowaniem) i wolnością słowa nie jest podważane nawet przez wielu orędowników wprowadzenia rygorystycznych przepisów w owej materii³⁸⁴. Część z nich utrzymuje nawet, że poprawna interpretacja pierwszej poprawki wręcz nakazuje przyjęcie takich uregulowań. Przykładowo Tom de Luca pisze, że koncepcja wolności słowa musi obejmować również ideę „równości słowa” w obszarze praktyki, a tenże egalitarny cel może być wcielony w życie tylko poprzez redystrybucyjną aktywność państwa (tj. ograniczanie swobód uprzywilejowanych i subsydiowanie upośledzonych)³⁸⁵. Z kolei Kurt Nutting przekonuje, że zgodnie z konstytucją amerykańscy wyborcy dysponują kolektywnym uprawnieniem do wspólnego uczestnictwa w procesie deliberacji na temat partii i kandydatów na urzędy publiczne. Ów proces deliberacji (wymagający namysłu, racjonalnej argumentacji i wszechstronnej dyskusji) nie może zostać zdominowany „przez zakumulowane bogactwo”, ale musi pozostać otwarty dla osób o skromnym statusie majątkowym. Rzetelne rozważanie spraw publicznych – cel, któremu służy pierwsza poprawka – implikuje więc wprowadzenie ograniczeń w finansowaniu kampanii wyborczych przez podmioty prywatne. W innym wypadku pieniądź zaszkodzi wolnemu słowu³⁸⁶. Dla przeciwników tego typu unormo-

³⁸² D. M. O'Brien, *Constitutional law and politics. Volume I. Struggles for power and governmental accountability*, New York 2000, s. 862, 865 – 866.

³⁸³ Na marginesie dodajmy, iż nieobecność tego wątku we współczesnych polskich debatach (jakże przecież burzliwych) na temat modelu finansowania partii politycznych i kampanii wyborczych stanowi potwierdzenie dojmującej jałowości współczesnego krajowego dyskursu publicznego.

³⁸⁴ Por. np. D. Kairys, *Freedom of speech*, [w:] *The politics of law: a progressive critique*, ed. by *idem*, New York 1988, s. 209.

³⁸⁵ T. de Luca, *Free speech, political equality, and campaign finance reform: a paradox for democracy?*, *New Political Science*, vol. 29, s. 145 – 166.

³⁸⁶ K. Nutting, *Voting, democratic political action, and the public good*, [w:] *Not for sale: in defense of public goods*, ed. by A. Anton, M. Fisk, N. Holmstrom, Boulder 2000, s. 302, 320.

wań omawiany tu związek jest oczywiście rzeczą bezsporną. Ich zasadniczą linię argumentacji podzielił Sąd Najwyższy, który wielokrotnie jasno deklarował, że przepisy dotyczące finansowania kampanii muszą być badane pod kątem zgodności z klauzulą wolności słowa³⁸⁷. W precedensowym wyroku z 1976 roku SN stwierdził *expressis verbis*, że takie unormowania nakładają na samych kandydatów, na obywateli czy na różnorakie stowarzyszenia szereg restrykcji utrudniających im wyrażanie swych politycznych poglądów. Wydatki i dotacje na kampanię generalnie dotyczą „najbardziej fundamentalnej aktywności z punktu widzenia pierwszej poprawki”, tj. dyskusowania na temat spraw publicznych i debatowania nad kwalifikacjami aspirantów do określonych stanowisk w państwie. Pieniądze czynią przecież możliwym zaangażowanie się w proces komunikacji. Jak podkreślał (w uzasadnieniu *per curiam*) SN, „najbardziej niepozorna broszura bądź też ulotka pociąga za sobą koszty druku, papieru oraz rozpowszechniania. Przemówienia lub wiece [...] wymagają wynajęcia sali i rozreklamowania wydarzenia. Rosnące uzależnienie elektoratu od telewizji, radia i innych mass-mediów w poszukiwaniu wiadomości czy informacji uczyniło z tych drogich sposobów komunikacji niezbędne narzędzie efektywnej politycznej ekspresji”. W ocenie Sądu Najwyższego, restrykcje w finansowaniu kampanii wyborczych z konieczności redukują „ilość ekspresji poprzez ograniczenie liczby dyskutowanych tematów, głębokości ich rozważenia oraz rozmiaru publiczności”, do której docierają wypowiedzi. Stąd też przy ocenie przedmiotowych unormowań konieczne jest odwołanie się do uważnej analizy sędziowskiej (acz nieosiągającej *de facto* w większości sytuacji poziomu „strict scrutiny”), uwzględniającej kontekst wolności słowa. SN przyjął w tym wyroku zasadę (a następnie dość konsekwentnie ją stosował), że ograniczenia odnośnie do finansowania kampanii wyborczych są ograniczeniami wolności ekspresji; nie uznał zaś, że z perspektywy dawcy swoboda udzielania dotacji to coś więcej aniżeli wyłącznie marginalny aspekt wolności słowa. W ramach książki nie mieści się szczegółowa analiza jurysprudencji SN w rzeczonych sprawach³⁸⁸. Problematyka ta zasługuje jednak na wzmiankę, albowiem osobiście zgadzam się z po-

³⁸⁷ Trzy bodaj najważniejsze wyroki w tym obszarze to Buckley vs. Valeo, 424 U. S. Reports 1 (1976), McConnell, United States Senator vs. Federal Election Commission, 540 U. S. Reports 93 (2003) oraz Citizens United vs. Federal Election Commission, 558 U. S. Reports 50 (2010). Szerzej zob. np. J. Skelly Wright, *Politics and the Constitution: is money speech?*, Yale Law Journal, vol. 85, s. 1001 – 1021 (komentarz radykalnego zwolennika wprowadzenia omawianych ograniczeń do wyroku w sprawie Buckley vs. Valeo) oraz F. Abrams, *Speaking freely: trials of the First Amendment*, New York 2005, s. 258 – 275 (komentarz przeciwnika wprowadzenia szeroko zakrojonych ograniczeń w analizowanej materii do orzeczenia w sprawie McConnell, United States Senator vs. Federal Election Commission).

³⁸⁸ Najogólniej można powiedzieć, że Sąd Najwyższy zajmował stanowisko kompromisowe, częściowo akceptując, a częściowo negując, przepisy limitujące prawa podmiotów prywatnych do finansowania kampanii wyborczych (przy czym dopuszczalny zakres regulacyjnej władzy państwa ulegał sukcesywnemu poszerzeniu).

glądem, iż wydatkowanie pieniędzy na kampanię wyborczą (a także np. dotowanie partii politycznej) stanowi klasyczny przykład wypowiedzi symbolicznej³⁸⁹. W moim przeświadczeniu Sąd Najwyższy, nie klasyfikując tak wprost tegoż zachowania, popełnił poważny błąd. Czyn ten stanowi przecież przynajmniej w porównywalnym stopniu manifestację osobistych przekonań, co milczenie, wywieszenie flagi, założenie czarnej opaski na ramię czy spalenie krucyfiks. Podobnie jak regulacje dotyczące wspomnianych wypowiedzi symbolicznych (zachowań niewerbalnych), tak samo przepisy o ograniczaniu możliwości finansowania kampanii wyborczych z prywatnych środków winny być poddane rygorom standardowego „surowego nadzoru sędziowskiego”. Nie chciałbym tu przesądzać rezultatu zastosowania „strict scrutiny” do takich unormowań (aczkolwiek omawiane wcześniej wyniki takiego zabiegu z dużym prawdopodobieństwem sugerują, że olbrzymia większość ograniczeń została by unieważniona). Nie neguję również istnienia po stronie orędowników limitowania prywatnych wydatków i dotacji na kampanie wyborcze silnych argumentów na rzecz takiego rozwiązania (np. jako instrumentu zapobiegania korupcji). Uważam natomiast, że SN w dalece niewystarczającym stopniu wziął pod uwagę ekspresyjny wymiar wskazanego zachowania, a tym samym zignorował (tzn. nie rozpoznał) ważne jednostkowe roszczenia usprawiedliwiane zasadą wolności słowa³⁹⁰. Zauważmy jednakowoż na koniec, że, komparatystycznie ujmując zagadnienie, już sam fakt rozpatrywania przedmiotowych regulacji z perspektywy pierwszej poprawki znakomicie pokazuje nam, jak szeroko Sąd Najwyższy USA w swoim orzecznictwie ujmuje zakres i znaczenie klauzuli wolności słowa w kontekście zachowań niewerbalnych.

³⁸⁹ B. A. Smith, *Unfree speech: the folly of campaign finance reform*, Princeton 2001, s. 111 – 114.

³⁹⁰ Jeżeli miliarder zapragnie dofinansować kampanię wyborczą jednej z partii politycznych bająską sumą pieniędzy, to być może istnieją uzasadnione moralnie i konstytucyjnie legitymowane racje pozwalające państwu zabronić mu podejmowania tego rodzaju działań. Nie można jednak zapoznawać faktu, że wówczas wolność słowa przysługująca temuż miliardrowi na podstawie pierwszej poprawki zostaje istotnie ograniczona. Wbrew pogładowi wyrażonemu w orzeczeniach SN, wysokość tego poparcia **posiada** doniosłe ekspresyjne znaczenie.

III. OCHRONA EKSPRESJI SYMBOLICZNEJ NA PODSTAWIE TESTU O'BRIENA

1. Ustanowienie standardu

W poprzednim rozdziale przedstawiliśmy orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawach, w których państwo represjonowało posługiwanie się wypowiedziami symbolicznymi z uwagi na ich treść, ideologiczne przesłanie, fakt pozostawania odpowiednikiem ekspresji werbalnej należącej do określonej kategorii itp. Instrumentem ograniczania zagwarantowanej pierwszą poprawką swobody wypowiedzi było bądź to wprowadzenie regulacji wymierzonej wprost i bezpośrednio w jakieś ekspresyjne zachowanie (np. wywieszenie czerwonej flagi czy spalenie krucyfiks), bądź też zastosowanie generalnego unormowania do określonego postępowania z powodu istnienia w tym ostatnim rozpoznawalnego elementu ekspresyjnego (wykorzystanie przepisów zakazujących naruszania porządku publicznego do stłumienia antysegregacyjnego protestu). Wnikliwy czytelnik uprzedniego fragmentu książki mógł dostrzec daleko posuniętą kazuistyczność przedstawionych wyroków SN, poprzez którą rozumiemy nieobecność w nich całościowej, jednolitej i koherentnej teorii wypowiedzi symbolicznych oraz brak ustanowienia konsekwentnego i możliwego do powtarzalnej aplikacji standardu dostarczającego kryteriów konstytucyjności unormowań regulujących ekspresję niewerbalną. Wyjaśnienie tego faktu jest proste. Otóż w powyższych przypadkach stan faktyczny spraw został uznany za ekwiwalentny do sytuacji związanych z ograniczaniem „czystego słowa”. Nie istniała zatem paląca potrzeba wypracowania odrębnej kompleksowej koncepcji dotyczącej specyfiki ekspresji symbolicznej w celu rozstrzygnięcia takich prawnych kontrowersji, skoro charakter regulowanych zachowań i cele legislacyjnej bądź też egzekucyjnej aktywności państwa nie budziły wątpliwości. Należy jednakowoż pamiętać o dwóch kwestiach. Po pierwsze, wypowiedzi symboliczne zawierają w sobie element nieekspresyjny (np. podpalenie krzyża przed czyimś domostwem jest po prostu zaproszeniem ognia w miejscu publicznym, niezależnie od ideowego przesłania przyświecającego sprawcy). Po drugie, jednostka (ewentualnie grupa) może zachować się w określony sposób – potencjalnie konstytuujący wypowiedź symboliczną – bez wystąpienia po jej stronie konstytucyjnie doniosłego zamiaru ekspresyjnego (np. nałożyć na ramię czarną opaskę bez żadnego sprecyzowanego celu powiązanego z wolą zakomunikowania swych poglądów). W casusach mniej klarownych, niż te przeanalizowane do-

tańd w ksiąźce, konieczne jest przeto wprowadzenie stosownego testu pozwalającego: 1) stwierdzić, czy regulowane postępowanie w ogóle mieści się w ramach zakreślonych klauzulą wolności słowa, oraz 2) odróżnić sytuację, w której regulacja zostaje wprowadzona z uwagi na niekomunikacyjny składnik wypowiedzi symbolicznej, od sytuacji, w której zamierzeniem rządu jest zasadniczo niedozwolona na gruncie ustawy zasadniczej supresja określonego przekazu politycznego, ideologicznego, emocjonalnego itd. (być może przyjmując odrębne kryteria oceny zgodności uprzednich unormowań z pierwszą poprawką). W podstawowym zarysie standard taki – podlegający później rozmaitym korektom i uzupełnieniom – został ustanowiony przy okazji sprawy Stany Zjednoczone vs. O'Brien¹.

Zanim przejdziemy do szczegółowej prezentacji owego precedensu, konieczne jest jednak poczynienie kilku uwag o charakterze ogólnym. Absolutnie kluczowe dla zrozumienia istoty tego wyroku jest bowiem poprawne i dogłębne zrozumienie pojęcia akcydentalnych brzemion („incidental burdens”). Otóż (już chociażby w świetle naszych dotychczasowych rozważań) truizmem jest konstatacja, iż swoboda angażowania się w ekspresję symboliczną nie tylko nie jest bezwarunkowa, ale i podlega ograniczeniom statuowanym przez unormowania dotyczące co do zasady zachowań (a nie słów)². Nawiązując do powołanego powyżej przykładu, jeżeli podpalenie krucyfiksów podczas politycznego wiecu – a więc w warunkach chronionych przez pierwszą poprawkę – zaowocowałoby powstaniem poważnego niebezpieczeństwa pożarowego dla okolicznych domów, to ukaranie sprawców tegoż czynu za naruszenie przepisu o zakazie sprowadzania powszechnego zagrożenia nie budziłoby zapewne niczyich wątpliwości. W tym przypadku wypowiedź symboliczna pociągnęłaby za sobą ujemne konsekwencje prawne, ale tylko i wyłącznie wskutek zastosowania normy jedynie incydentalnie odnoszącej się do sfery ekspresyjnej, chronionej ustawą zasadniczą. Podstawowe *ratio legis* przywołanych przepisów nie ma przecież właściwie nic wspólnego z ograniczaniem wolności słowa. Unormowanie to nakłada na ekspresję tylko akcydentalne brzemie, pojawiające się w szczególnych sytuacjach faktycznych. Innymi słowy, omawiany typ regulacji generalnie dotyczy wszystkich zachowań danego rodzaju niezależnie od tego, czy w konkretnym przypadku relewantne postępowanie konstytuuje – względnie stanowi częśćkę – wypowiedź symboliczną (bądź „speech-plus”), czy też jest pozbawione tako-

¹ 391 U. S. Reports 367 (1968). Zauważmy przy tym, że test ten mógłby być z powodzeniem zastosowany także przy rozpatrywaniu niektórych spraw opisanych w rozdziale poprzednim (Stromberg vs. California, West Virginia State Board of Education vs. Barnette).

² O ile antynomia „działanie – słowo” może być zasadnie kwestionowana na gruncie prakseologicznym (w misesowskim znaczeniu pojęcia; por. L. von Mises, *Ludzkie działanie. Traktat o ekonomii*, Warszawa 2007, s. 3 i n.), o tyle z perspektywy prawnej pozostaje narzędziem absolutnie niezbędnym (zob. rozdział I).

wego ekspresyjnego elementu (w stopniu konstytucyjnie znaczącym). Jak można zauważyć, przepisy te dotyczą więc generalnie nieekspresyjnego składnika wypowiedzi symbolicznych. Stąd też w sposób ewidentny różnią się one (w kontekście wolności słowa) od norm prawnych, odnośnie do których analizowaliśmy orzecznictwo Sądu Najwyższego w poprzednim rozdziale. Wskazana tutaj egzemplifikacja takiego incydentalnego zastosowania ogólnej reguły postępowania do wypowiedzi symbolicznej jest najpewniej niekontrowersyjna i jasna. Po pierwsze, tylko akcydentalny charakter brzemion nałożonych na ekspresję wydaje się czymś oczywistym. Po drugie, nie sądzę, by ktokolwiek (a już na pewno nie amerykańska judykatura) byłby skłonny przyznać w takiej sytuacji podpalaczom krzyża swoisty immunitet, zwalniający ich od odpowiedzialności karnej. Jak się jednak przekonamy, dylematy związane z problemem akcydentalnych brzemion nie zawsze mogą być tak jednoznacznie rozwiązane. Tymczasem dla orzecznictwa konstytucyjnego w sprawach wypowiedzi symbolicznych trafne rozpoznanie, czy przepis ogranicza wolność słowa bezpośrednio czy też incydentalnie, posiada fundamentalne znaczenie (również w kontekście determinowania zakresu ochrony udzielanej przez pierwszą poprawkę danemu zachowaniu ekspresyjnemu). To właśnie orzeczenie SN w omawianej tutaj sprawie wprowadziło podstawowe kryteria pozwalające odróżnić brzemiona bezpośrednie od akcydentalnych, co jest pierwszym elementem jego precedensowej roli.

W wyroku w sprawie Stany Zjednoczone vs. O'Brien ustalone zostały także warunki – też o precedensowym charakterze – dotyczące kryteriów konstytucyjności (z perspektywy pierwszej poprawki) regulacji nakładających akcydentalne brzemiona na ekspresyjne zachowanie. Jest to kwestia najzupełniej zasadnicza. Trzeba bowiem pamiętać, iż, jak celnie zauważa Larry A. Alexander, „cały *corpus iuris*, od ogólnego *common law* dotyczącego kontraktów, własności i deliktów po najbardziej szczegółowe regulacje prawa podatkowego, wywiera wpływ na to, co jest mówione, przez kogo, do kogo oraz z jakim rezultatem. Wypowiedzi lub też słuchanie ich są kosztownymi przedsięwzięciami. Wiążą się z użytkowaniem takich zasobów, jak przestrzeń, czcionka drukarska, częstotliwości radiowe, maszyny drukarskie, ochrona policji, jak również z innymi kosztami – hałas, zaśmiecenie, zatłoczenie”³. Innymi słowy, regulacje nakładające tylko akcydentalne brzemiona na ekspresję są właściwie wszechobecne w systemie prawnym i dotyczą nie tylko wypowiedzi symbolicznych, ale również „czystego słowa”. Trudno zatem polemizować z Michaeliem C. Dorfem, który odnotowuje, że z prakseologicznej perspektywy czymś kontrproduktywnym byłoby analizowanie każdego przepisu tego typu pod kątem jego zgodności z pierwszą poprawką. *De facto* prowadziłyby to bowiem

³ L. A. Alexander, *Trouble on track two: incidental regulations of speech and free speech theory*, *Hastings Law Journal*, vol. 44, s. 933 – 934.

do absurdu polegającego na badaniu praktycznie wszystkich unormowań (jeżeli nawet nie *in abstracto*, to przy okazji licznych zastosowań) z perspektywy narzucanej przez klauzulę wolności słowa⁴. Dorf pisze jednak równocześnie, że zarówno deontologiczne, jak i konsekwencjalistyczne ujęcie kwestii swobody wypowiedzi nakazuje krytyczną inwestygację przynajmniej pewnej części regulacji tego rodzaju. Wolność słowa podlegałaby zbyt daleko idącym ograniczeniom, gdyby *a priori* wykluczyć możliwość zakwestionowania zgodności z ustawą zasadniczą norm nakładających „znaczące” akcydentalne brzemiona na sferę ekspresji. Konieczność dokonywania rozróżnień między „znaczącymi” oraz „nieistotnymi” brzemionami będzie oczywiście – jak wskazuje Dorf – powodowała poważne problemy w praktyce. Jednak rozwiązanie takowe stanowi potrzebny i racjonalny kompromis pomiędzy całkowitym zignorowaniem oddziaływania tych regulacji w interesującym nas obszarze a totalnym „otwarcie śluz” i pochłonięciem przez przedmiotową problematykę całości orzecznictwa konstytucyjnego⁵. Naturalnie uznanie danego ciężaru za „znaczący” nie rozwiązuje jeszcze problemu. W następnej kolejności należy ustalić dyrektywy pozwalające zakwalifikować takie brzemie jako zgodne bądź kolidujące z pierwszą poprawką. Zasadne wydaje się tutaj odrzucenie dwóch skrajności (tą drogą podążył także Sąd Najwyższy w omawianym wyroku). Z jednej strony posługiwanie się wyłącznie najniższym standardem konstytucyjności – czyli bardzo liberalnie pojmowanym wymogiem minimalnej substancjalnej i instrumentalnej racjonalności unormowania (pod tym kątem SN ocenia m.in. normy dotyczące spraw gospodarczych)⁶ – mogłoby w konsekwencji pozwolić władzy na drastyczne

⁴ Np. nałożenie relatywnie wysokich podatków dochodowych mogłoby być zaskarżane do sądu pod pretekstem godzenia przez taką regulację w obywatelską wolność wypowiedzi. Uzasadnieniem takiego wniosku byłyby chociażby argumenty, że wysokie stawki podatkowe zmuszają jednostki do dłuższej pracy (zniechęcając je tym samym do angażowania się w debatę publiczną), czynią nieopłacalnym wydawanie niskonakładowych książek, zwiększają koszty wejścia nowych aktorów na rynek idei itp. Aprobata takiej koncepcji oznaczałaby, że sądy, niezależnie od ostatecznych konkluzji, musiałyby rozpatrywać podobne wnioski pod względem merytorycznym, co groziłoby dramatyczną wręcz inflacją relewantnego prawa z wszystkimi tego niebezpieczeństwami.

⁵ M. C. Dorf, *Incidental burdens of fundamental rights*, Harvard Law Review, vol. 109, s. 1180, 1195 – 1199. Badacz podaje w dalszej części artykułu przykłady kryteriów, które potencjalnie mogą być zastosowane – także i kumulatywnie – przy analizie zgodności norm incydentalnie obciążających wolność słowa z pierwszą poprawką. Można brać tu np. pod uwagę ich (nie)neutralność treściową, pozostawianie przez nie alternatywnych i realnie dostępnych kanałów pozwalających na komunikowanie określonego przekazu, zachowywanie wymogu proporcjonalności czy efekt porównania ich zakresu oddziaływania na zachowania nieekspresyjne i ekspresyjne.

⁶ Zob. E. Keynes, *Liberty, property, and privacy: toward a jurisprudence of substantive due process*, University Park 1996, s. 150. Standard ten obowiązuje zazwyczaj w sprawach niezwiązanych z prawami czy wolnościami obywatelskimi, zob. D. F. Schwartz, *Discriminatory intent and disproportionate impact: a postmortem of Regents of the University of California v. Bakke and a look beyond*, California Western Law Review, vol. 15, s. 184, przyp. 20. Pozostając w ramach dystynkcji zaproponowanej przez Dorfa, wspomniane tutaj kryterium,

zawężenie strefy wolności słowa pod pozorem wprowadzania przepisów odnoszących się do zachowań. Z drugiej strony stosowanie standardu „strict scrutiny” nakładałoby zdecydowanie zbyt wygórowane wymagania. Przykładowo, obowiązki wykazania istnienia „fundamentalnego interesu rządowego” czy braku mniej restrykcyjnych dla wolności słowa alternatywnych dróg jego osiągnięcia są bardzo trudne do spełnienia. Ich egzekwowanie w omawianych sprawach wiązałoby się prawdopodobnie albo z ewidentnym rozwodnieniem zasad „surowego nadzoru sędziowskiego”, albo też z koniecznością wyeliminowania z porządku prawnego dużej części unormowań odnoszących się w swej podstawowej treści do zachowań, a nie słów (względnie z odmową ich zastosowania do sfery ekspresyjnej). Jak już uprzednio sygnalizowaliśmy, SN w sprawie Stany Zjednoczone vs. O'Brien opowiedział się za rozwiązaniem kompromisowym i wprowadził – w sposób precedensowy – nowy test „pośredniego nadzoru sędziowskiego”⁷.

Wojna wietnamska stanowi bez wątpienia jedno z kluczowych wydarzeń w dziejach Stanów Zjednoczonych. Jak pisze Andrew Wiest, historycy zazwyczaj oceniają ją jako „jeden z najważniejszych zbrojnych konfliktów dwudziestego wieku. Jednak na pierwsze wejrzenie znaczenie wojny wietnamskiej jest niekiedy trudne do rozpoznania. Konflikt wietnamski był pod wieloma względami niewielki i polegał jedynie na ograniczonych działaniach podjętych przez światowe supermocarstwo na odległych polach walki położonych w Trzecim Świecie. W toku dziewięcioletniego oficjalnego zaangażowania się USA w wojnę wietnamską ponad dwa miliony Wietnamczyków i 58 219 Amerykanów straciło życie. O ile wspomniane liczby na pewno reprezentują wielką tragedię, o tyle błędną w zestawieniu z milionami ofiar dwóch wojen światowych. W końcu więcej Amerykanów ginie corocznie w wypadkach drogowych [...] Wagi konfliktu nie można jednak oceniać wyłącznie przez pryzmat liczby jego ofiar czy geograficzny zasięg. Trzeba uwzględnić również jego oddziaływanie na rzeczywistość. Przy użyciu tego miernika, konflikt wietnamski staje się być może najważniejszym wydarzeniem w dwudziestowiecznej amerykańskiej historii. Wojna miała miejsce w latach sześćdziesiątych i ściśle splótła się z tą burzliwą dekadą. Wybuchowa mieszanka Wietnamu, kontrkultury oraz ruchu na rzecz obrony praw obywatelskich doprowadziła niemal do implozji amerykańskiego porządku politycznego. W 1968 roku, podczas zamieszek oraz politycznych morderstw, wielu obserwatorów sądziło, że Stany Zjednoczone znajdują się w przededniu drugiej rewolucji [...] W następnych latach [...] stało się jasne, że konflikt

stanowiące wyraz deferencji sędziów wobec rozstrzygnięć legislatywy, obowiązywać będzie także przy badaniu konstytucyjności regulacji nakładających na ekspresję wyłącznie „nieistotne” akcydentalne brzemiona.

⁷ Zob. H. Cohen, *Freedom of speech and press: exceptions to the First Amendment*, CRS Report for Congress, s. 5.

był punktem zwrotnym w amerykańskiej polityce”⁸. Jak zauważyliśmy wcześniej, wojna wietnamska była bolesnym doświadczeniem dla pokoleń Amerykanów i silnie przeorała tamtejszą kolektywną psychę. Richard M. Abrams konkluduje, że spory powstałe na tle słuszności polityki USA w Azji Południowo-Wschodniej „spowodowały polaryzację amerykańskiej myśli oraz sceny politycznej [...] porównywalną z podziałami z okresu wojny secesyjnej”. Udział Stanów Zjednoczonych w wojnie wywołał też u licznych obywateli USA dojmujące poczucie rozczarowania zachowaniem ich państwa na arenie międzynarodowej. Żywiona przez nich dotychczas wiara w Amerykę stanowiącą źródło nadziei dla świata oraz wzorzec demokratycznej przyzwoitości została drastycznie zachwiana, jeżeli nie bezpowrotnie utracona⁹. Diagnoza ta jest socjologicznie rzetelna (aczkolwiek smutna dla osób – także dla autora tej książki – niepotępiających politycznej motywacji leżącej u podstaw interwencji USA w Wietnamie).

Zarówno spojrzenie na historię, jak i ogląd współczesnej rzeczywistości czynią truizmem tezę, iż okresy burzliwych turbulencji społeczno-politycznych nie są sprzyjającym momentem dla ochrony praw jednostek. W szczególności dotyczy to sytuacji pozostawiania przez kraj w konflikcie zbrojnym. Potwierdzenia trafności tej supozycji w interesującym nas tu kontekście dostarczają chociażby wyroki Sądu Najwyższego w sprawie dysydentów sprzeciwiających się polityce amerykańskiej podczas pierwszej wojny światowej. Jak twierdzi Milton R. Konvitz, historia Stanów Zjednoczonych jasno pokazuje, że partycypacja USA w konfliktach zbrojnych nader często była wykorzystywana przez decydentów jako wygodny pretekst do ograniczenia podstawowych konstytucyjnych uprawnień obywateli. Zarazem jednak badacz przekonująco argumentuje, że okres wojny wietnamskiej zasadniczo stanowił wyjątek od powyższej ogólnej tendencji, albowiem równoległe z zaangażowaniem USA w Wietnamie w toku publicznego dyskursu pojawiały się niezliczone wręcz krytyki samej wojny, jej zadeklarowanych celów i sposobu prowadzenia, przybierające często formę przemówień, demonstracji, manifestacji czy wreszcie wypowiedzi symbolicznych. Skala otwartego sprzeciwu wobec polityki rządu miała bezprecedensowy charakter, co właściwie wykluczyło możliwość efektywnego represjonowania głoszenia krytycznych opinii (aczkolwiek władze publiczne podejmowały sporadyczne próby zastraszenia, prześladowania bądź ukarania oponentów)¹⁰. Imponujący rozmach działalności „ruchu na rzecz pokoju”, używającego zróżnicowanej taktyki, sukcesywnie powodował zresztą wyraźną zmianę nastawienia mainstre-

⁸ A. Wiest, *The Vietnam War 1956 – 1975*, New York 2003, s. 7 – 8.

⁹ R. M. Abrams, *America transformed: sixty years of revolutionary change 1941 – 2001*, New York 2006, s. 77.

¹⁰ M. R. Konvitz, *The flower and the thorn*, [w:] *The pulse of freedom: American liberties 1920 – 1970s*, ed. by A. Reitman, New York 1975, s. 216 – 217.

amowej opinii publicznej w przedmiotowej kwestii¹¹. Szczególnie skutecznym środkiem perswazyjnym okazywały się zachowania ekspresyjne. Jak konstatuje Margaret A. Blanchard, „od 1965 roku przeciwnicy wojny poszukiwali sposobu na przyciągnięcie uwagi narodu. Rozwiązaniem stały się [...] wypowiedzi symboliczne”¹². Bez wątpienia najbardziej spektakularną formą zmanifestowania sprzeciwu, częściowo również wyrazem nieposłuszeństwa obywatelskiego (w szerokim znaczeniu terminu), było publiczne spalanie karty powołania do wojska (przypomnijmy, iż w tym czasie w prawie amerykańskim obowiązywała zasada poboru do armii). Trudno wyobrazić sobie bardziej udrammatyzowaną i sugestywną – jeśli odrzucić posłuszenie się przemocą – demonstrację antywojennego stanowiska. Metoda owa stała się przedmiotem bodajże najgłośniejszej legalnej kontrowersji związanej z konfliktem wietnamskim, która znalazła swą finalizację przed SN. Postępowanie prawne było tu w pewnym sensie przedłużeniem debaty publicznej, a sala sądowa odpowiednikiem agory. Nawiązując do słynnej i trafnej obserwacji Alexisa de Tocqueville’a o symptomatycznej dla Amerykanów inklinacji do sądowego rozstrzygania wszelkich sporów, Louis Henkin dowodzi, że nie jest zaskakujący fakt, iż rozdzierający społeczeństwo konflikt ideologiczny, polityczny, społeczny i generacyjny musiał częściowo przekształcić się w spór prawny¹³. W tym aspekcie znaczenie sprawy Stany Zjednoczone vs. O'Brien dalece wykraczało poza legalny kontekst. Należy zgodzić się ze Stevenem J. Heymanem, że w omawianym przypadku pierwsza poprawka stała się areną, na której liberałowie i konserwatyści stoczyli swą kolejną kulturową bitwę¹⁴.

Przejdźmy zatem do omówienia stanu faktycznego i prawnego sprawy¹⁵. Początkowo reakcja opinii publicznej i organów administracji wojskowej na tę nową formę protestu była raczej stonowana. Manifestujący otrzymywali po prostu duplikaty zniszczonego dokumentu, a ich zachowanie postrzegano jako wyraz sprzeciwu wobec konkretnego użycia amerykańskich wojsk. Przedmiotowe postępowanie było jednak nielegalne. Zgodnie z ustawą o przeszkoleniu i służbie wojskowej z 1948 roku (*The Uni-*

¹¹ R. C. Kagan, *The peace movement*, [w:] *The United States at war. Volume II. World War Two – Post-Cold War conflicts. Appendices. Indexes*, ed. by J. C. Super, Pasadena – Hackensack 2005, s. 591.

¹² M. A. Blanchard, *Revolutionary sparks: freedom of expression in modern America*, New York – Oxford 1992, s. 303. Wystarczy przypomnieć sprawę *Tinker vs. Des Moines School District*.

¹³ L. Henkin, *Viet-Nam in the Courts of the United States: “political questions”*, *The American Journal of International Law*, vol. 63, s. 284.

¹⁴ S. J. Heyman, *Ideological conflict and the First Amendment*, *Chicago – Kent Law Review*, vol. 585, s. 532 – 533.

¹⁵ Jeśli inaczej nie zaznaczono, poniższy fragment oparty jest na: D. Alfange, Jr., *Free speech and symbolic conduct: the draft-card burning case*, *Supreme Court Review*, 1968, s. 3 – 10.

versal Military Training and Service Act – sekcja 12 (b) (6)) – każda osoba, która świadomie łamała przepisy dotyczące wydawania, przekazywania i posiadania kart powołania, podlegała karze grzywny do 10 tys. dolarów lub karze pozbawienia wolności do 5 lat. Rozporządzenia wykonawcze do owej ustawy, wydane przez administrację wojskową, wymagały natomiast, by każdy potencjalny poborowy „w każdym czasie posiadał przy sobie” swoją kartę. Tym samym osoby publicznie niszczące rzeczony dokument niejako *ipso facto* łamały powyższe przepisy, ostentacyjnie ujawniając ten fakt. Pozornie stan prawny był tedy klarowny – nawet z perspektywy zwolenników penalizacji nie było żadnej racjonalnej potrzeby wprowadzania dodatkowych unormowań odnoszących się wprost do tej wypowiedzi symbolicznej. Do gry włączyli się jednak politycy. Jesienią 1965 roku weszła w życie ustawa federalna H. R. 10306, która znowelizowała akt o przeszkoleniu i służbie wojskowej i uczyniła *expressis verbis* przestępstwem świadome zniszczenie bądź też uszkodzenie karty powołania. Parlamentarna debata nad nowymi zapisami była nader skromna. W sprawozdaniach komisji Izby Reprezentantów i Senatu opracowujących rzeczoną regulację zawarte zostało potępienie penalizowanego zachowania jako otwartego wyzwania rzuconego prawowitemu autorytetowi władz oraz przestroga, że niepowstrzymanie owego postępowania w obliczu tak poważnego zagrożenia dla bezpieczeństwa narodowego, jakim jest konflikt wietnamski, mogłoby osłabić zdolność bojową USA. Sprawozdanie Izby Reprezentantów dodawało także, iż spalenie karty stanowi na tyle lekkomyślny i nieodpowiedzialny czyn, że obowiązkiem Kongresu jest jasne zadeklarowanie swojej dlań dezaprobaty i bezpośrednie uczynienie zeń przestępstwa (*passus ten* uzasadniać miał niewystarczalność dotychczas funkcjonujących regulacji). Dosłownie na palcach jednej ręki można policzyć wystąpienia w debacie plenarnej. Autor projektu noweli L. Mendel Rivers zachwalał swą propozycję jako „zdecydowaną odpowiedź tym, którzy kpią sobie z naszego wysiłku w Południowym Wietnamie”; poseł William G. Bray ostro potępił „bitników”, „rewolucjonistów” i „studenckie sekty” za wyrażanie pogardy wobec USA oraz oskarżał ich o chęć „zniszczenia amerykańskiej wolności”; natomiast senator Strom Thurmond twierdził, iż „społeczność, której synowie, bracia i mężowie poświęcają swoje życie w obronie wolności i rodaków przed komunistyczną agresją”, nie może tolerować palenia kart powołania bądź nawoływania do niestawiania się przed komisjami poborowymi. Aczkolwiek formalnie deklarowanym przez parlamentarzystów celem nowelizacji było zagwarantowanie sprawnego funkcjonowania systemu poboru, ze wspomnianych wyżej wypowiedzi przebijała dostrzegalna niechęć do dysydentów kwestionujących militarne zaangażowanie Stanów Zjednoczonych w Wietnamie i manifestujących swój sprzeciw przy użyciu radykalnych środków perswazji.

31 marca 1966 roku, w obecności licznych świadków (wśród których znajdowali się agenci Federalnego Biura Śledczego), David Paul O'Brien oraz trzej inni demonstranci spalili swoje karty powołania. Czyn ten wywołał wrogie reakcje części obserwatorów. Po zagwarantowaniu O'Brienowi bezpieczeństwa, FBI aresztowało manifestanta, który przyznał się do popełnienia przestępstwa, deklarując, iż jego postępowanie miało charakter świadomy (również w zakresie wiedzy co do stanu obowiązującego prawa) i posłużyło mu jako instrument wyrażenia swoich przekonań politycznych. Wybór tak radykalnej metody ujawnienia poglądów uzasadnił chęcią skutecznego oddziaływania na świadomość społeczną. O'Brien został szybko postawiony w stan oskarżenia na podstawie znowelizowanej ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej (zarzut dotyczył świadomego zniszczenia karty powołania). Zastosowana przezeń linia obrony była prosta¹⁶. O'Brien utrzymywał, że wprowadzone przez Kongres unormowanie posiada zbyt wąski z punktu widzenia pierwszej poprawki zasięg przedmiotowy i jest *de facto* wymierzone jedynie w takie zachowanie, które przekazuje określony antywojenny komunikat polityczny. Jego celem nie jest zatem zabezpieczenie jakiegokolwiek konstytucyjnie usprawiedliwionego interesu społecznego, ale istotne ograniczenie wolności słowa. W zamierzeniach ustawodawcy nowa regulacja miała po prostu zahamować manifestacje sprzeciwu wobec poboru do wojska, formułowane przy użyciu jednego z rodzajów wypowiedzi symbolicznej. Argumentacja taka nie znalazła uznania w sądzie dystryktowym, który skazał O'Briena (na podstawie ustawy o postępowaniu w sprawach niepełnoletnich – *Youth Corrections Act*) na maksymalnie sześć lat „pozostawiania pod opieką” Prokuratora Generalnego. Sąd uznał kwestionowany tu przepis za spełniający kryterium racjonalności sposób realizacji uprawnienia prawodawcy do tworzenia i utrzymania armii; stwierdził też, iż nie czuje się kompetentny, by analizować motywacje, jakie przyświecały legislatorom w chwili wprowadzania kontrowersyjnych norm. Odmienny pogląd zaprezentował natomiast sąd apelacyjny, do którego O'Brien złożył odwołanie. W jego opinii, przy ocenie konstytucyjności nowelizacji należy uwzględnić uprzednio panujący stan prawny. Skoro postępowanie polegające na spaleniu karty powołania *per facta concludentia* naruszało wymóg każdorazowego posiadania przy sobie rzeczowego dokumentu, to nowelizacja ustawy (niezastrzegająca przecież kar za przedmiotowy czyn) z logicznego punktu widzenia musi być skierowana przeciw publicznemu niszczeniu karty. Tymczasem jedynym racjonalnym celem takiego zachowania jest sformułowanie wypowiedzi symbolicznej. Zbędność unormowania z praktycznej perspektywy ujawnia zatem prawdziwą intencję legislatury, którą jest stłumienie swobody ekspresji. Uchylając wyrok skazujący, sąd skierował zarazem sprawę do ponownego rozpatrzenia,

¹⁶ Argumentację tę precyzyjnie rekonstruuje B. J. Katz, *Civil disobedience and the First Amendment*, *UCLA Law Review*, vol. 32, s. 910 – 911.

nie wykluczając tedy tym samym potencjalnego skazania oskarżonego w oparciu o przepis statuujący obowiązek ciągłego posiadania karty przy sobie. Po złożeniu odwołania przez stronę rządową, casus znalazł się wreszcie przed Sądem Najwyższym, który stosunkiem głosów 7 do 1 potraktował nowelizację jako nienaruszającą pierwszej poprawki oraz uchylił orzeczenie zapadłe w postępowaniu apelacyjnym¹⁷. Uzasadnienie sporządził Prezes SN Earl Warren; jego lapidarne uzupełnienie przedstawił zaś sędzia Harlan. Przed przystąpieniem do omówienia wywodów Warrena, musimy wszelako zaznaczyć, że ostateczna wersja orzeczenia była bardzo umiarkowana w zestawieniu z pierwotnymi wariantami, w których sędzia w ogóle odmawiał zachowaniu O'Briena statusu „słowa” w rozumieniu pierwszej poprawki. Warren początkowo proponował bowiem, aby tym terminem objąć wyłącznie te „czyny niezwiązane z użyciem języka bądź też innych immanentnie ekspresyjnych symboli”, które nie „wywierają natychmiastowych szkodliwych skutków, całkowicie odrębnych od rezultatów powodowanych domniemywanym elementem komunikacyjnym” postępowania. Co więcej, w toku rozprawy ustnej prezes SN porównał zachowanie O'Briena do czynu żołnierza, który podczas zmagañ wojennych niszczy przed towarzyszami broni swoją strzelbę i twierdzi, że angażuje się w ten sposób w konstytucyjnie chronioną ekspresję. Można spekulować, iż tak radykalnie niechętna interpretacja gestu O'Briena wynikała bardziej z osobistego wzburzenia sędziego ową formą protestu aniżeli z chłodnej analizy stanu faktycznego i prawnego. Ostatecznie jednak, wobec opozycji ze strony wielu członków składu orzekającego, Warren złądził swe stanowisko¹⁸.

Prezes SN rozpoczął uzasadnienie od zwięzłej rekapitulacji mechaniki funkcjonowania systemu poboru. Stosowne przepisy wymagały, by każdy obywatel płci męskiej po ukończeniu osiemnastego roku życia rejestrował się w lokalnej komisji wojskowej.

¹⁷ *Votum separatum* sporządzone przez sędziego Douglasa nie dotyczyło jednak praktycznie w ogóle kwestii wolności słowa, ale koncentrowało się wokół zagadnienia domniemanej niezgodności z ustawą zasadniczą samej instytucji poboru w sytuacji braku formalnego wypowiedzenia wojny przez Kongres (a tak przedstawiała się sytuacja w czasie konfliktu wietnamskiego). Z drugiej strony William H. Rehnquist, który w nieco późniejszym okresie zasiadał wspólnie z Douglasem w składzie SN, pisze, że w przeświadczeniu tego ostatniego ekspresją było każde zachowanie, które coś komunikowało, a O'Brien został skazany za „ekspresyjny akt publicznego zniszczenia” karty powołania. Zdaniem Douglasa, skoro zachowanie to nie spowodowało żadnej namacalnej szkody, to jego penalizacja stanowi przejaw ingerencji władzy w „sanktuarium indywidualnych przekonań” jednostek i jest tożsama z naruszeniem prawa obywateli do wyrażania tychże przekonań w każdy sposób, który nie koliduje niezwłocznie z prawami pozostałych członków społeczeństwa. Zob. W. H. Rehnquist, *The First Amendment: freedom, philosophy, and the law*, *Gonzaga Law Review*, vol. 12, s. 9 – 10. Nie podważając trafności tez Rehnquista, ponownie podkreślimy, że żaden z powyższych wątków nie znalazł się w *votum separatum*.

¹⁸ W. Cohen, D. J. Danielski, *Constitutional law: civil liberties and individual rights*, Westbury 1994, s. 514 – 515; M. R. Belknap, *The Supreme Court under Earl Warren 1953 – 1969*, Columbia 2005, s. 290 – 291.

Kandydat otrzymywał indywidualny numer identyfikacyjny, a następnie, w terminie pięciu dni, wystawiano mu tzw. certyfikat rejestracji, zawierający m.in. jego personalia, datę urodzenia, miejsce zamieszkania, krótki rysopis i wskazanie daty, w której dopełnił on obowiązku stawiennictwa przed komisją. Potencjalny rekrut był też zobligowany do wypełnienia kwestionariusza; na podstawie zamieszczonych tamże danych administracja wojskowa przydzielała mu określoną kategorię, denotującą jego zdolność do służby, i wystawiała mu tzw. certyfikat klasyfikacji¹⁹. Jak podkreślił sędzia, legislatura od dawna przywiązywała duże znaczenie do zapewnienia rzetelności wydawanej przez komisje wojskowe dokumentacji, a przedmiotowe regulacje nie miały nic wspólnego z kontrowersjami wynikającymi z udziału Stanów Zjednoczonych w konflikcie wietnamskim. Z jednej bowiem strony na obywatelu ciążył od dawna obowiązek poinformowania swej komisji wojskowej o wszelkiej zmianie danych zamieszczonych w kartach powołania; z drugiej prawo przewidywało surowe sankcje za ich podrabianie, przerabianie, nielegalne przekazanie drugiej osobie, posługiwanie się sfałszowanymi wersjami dokumentów (a nawet za sam fakt ich posiadania) *etc.* Warren napomknął także o obowiązku permanentnego dzierżenia swoich certyfikatów przez obywatela. W świetle powyższych regulacji zakwestionowana nowelizacja ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej nie jest zatem żadnym nadzwyczajnym krokiem i mieści się w ramach dotychczasowej polityki ustawodawczej. Między innymi z tego względu Warren sumarycznie odrzucił pogląd, jakoby sformułowany *expressis verbis* zakaz niszczenia karty powołania *per se* kolidował z pierwszą poprawką. Przepis ten, argumentował sędzia, nie odnosi się w sposób bezpośredni do immanentnie ekspresyjnej aktywności, gdyż nie traktuje w sposób odrębny świadomej destrukcji dokumentów dokonywanej w celu wyrażenia opinii i nie wprowadza żadnej kategoryzacji tego rodzaju czynów w zależności od obecności w nich elementu komunikacyjnego. Jak zgryźliwie komentował Warren, analizowana nowela narusza *in abstracto* prawo do wolności słowa w nie większym stopniu aniżeli „unormowania kodeksu drogowego zabraniające niszczenia praw jazdy albo regulacje prawa podatkowego zakazujące niszczenia ksiąg i deklaracji podatkowych”. W konkluzji tedy jedyny pozostający O'Brienowi rekurs prawny to wykazanie, że sprzeczne z konstytucją jest **zastosowanie** kwestionowanej normy do jego zachowania z uwagi na ekspresyjny komponent tego ostatniego. Dalsza część uzasadnienia poświęcona jest właśnie udowodnieniu nietrafności takowej linii obrony.

W pierwszej kolejności należało oczywiście rozpoznać istotę palenia karty powołania w kontekście pierwszej poprawki i umiejscowić je (bądź nie) w obrębie jej zakresu normowania. Warren z ewidentnym sceptycyzmem odniósł się do poglądu, jakoby klau-

¹⁹ Terminem „karta powołania” obejmowano, łącznie lub alternatywnie, certyfikaty rejestracji oraz klasyfikacji.

zula wolności słowa obejmowała wszystkie sposoby komunikowania idei poprzez zachowanie. Sędzia krytycznie ocenił stanowisko, zgodnie z którym sam fakt podjęcia określonego postępowania ze względu na pragnienie wyrażenia sprzeciwu wobec wojny czy systemu poboru do wojska nadaje temu zachowaniu istotny z konstytucyjnej perspektywy walor ekspresyjny. Bez wątplenia w ujęciu Warrena palenie karty było przede wszystkim czynem, a nie wypowiedzią²⁰ (co potwierdzają pierwotne warianty uzasadnienia). W wielokrotnie później cytowanym przez kolejne wyroki Sądu Najwyższego *passusie*, sędzia ultymatywnie skonstatował: „Nie możemy zaakceptować tezy, zgodnie z którą właściwie nieograniczone spektrum zachowań może być zdefiniowane jako „słowo” tylko pod takim warunkiem, że dokonująca określonego czynu osoba zamierza w ten sposób zmanifestować jakiś pogląd”. Po przedstawieniu tej lapidarnej oceny Warren, nie formułując żadnego uzasadnienia, zaczął jednak analizować stan prawny sprawy, tak jakby spalenie karty można było ostatecznie zakwalifikować jako wypowiedź. Takie warunkowe i pozbawione uargumentowanej podbudowy uznanie zasadności tego fragmentu o’Brienowskiej linii obrony doprowadziło część komentatorów orzeczenia do interpretacyjnej konfuzji²¹. Jak można domniemywać, powyższa decyzja Warrena była koncesją, udzieloną bez szczególnego wewnętrznego przekonania, na rzecz tych członków składu orzekającego, dla których pierwsze warianty uzasadnienia szły zbyt daleko. Najprawdopodobniej to właśnie ten fakt spowodował, iż orzeczenie nie wyartykułowało precyzyjnych kryteriów odróżniania zachowań od ekspresji. Bez wątplenia Warren odrzucił subiektywistyczną koncepcję, zgodnie z którą to indywidualny zamiar osoby popełniającej dany czyn (chęć wyrażenia poglądów) nadaje zachowaniu walor wypowiedzi. Osobiste preferencje i odczucia sprawcy nie mogą stanowić wiążącej dyrektywy interpretacyjnej²². Enuncjacje sędziego nie dostarczały jednakże żadnych innych wskazówek dotyczących omawianej kwestii.

Czy takie zaniechanie należy uznać za fundamentalny błąd? Z jednej strony Harry H. Wellington utrzymuje, iż kompleksowa teoria wolności słowa winna zawierać kryteria pozwalające na zidentyfikowanie ekspresji i odróżnienie jej od innego typu ludzkiej aktywności²³. Jak uzupełnia William P. Marshall, rozstrzygnięcie znaczenia terminu

²⁰ K. C. Nelson, “*Offensive speech*” and the First Amendment, Boston University Law Review, vol. 53, s. 834.

²¹ Np. w (błędny) przeświadczeniu Sally A. Specht, Warren uznał zachowanie O’Briena za niedostatecznie ekspresyjne, by konstytuować „słowo” w rozumieniu pierwszej poprawki, [w:] *idem*, *Wavering, unpredictable line between speech and conduct: the fate of expressive conduct after Young v. New York City Transit Authority*, 903 F.2 (d) 146 (2d Cir: 1990), Washington University Journal of Urban and Contemporary Law, vol. 40, s. 178.

²² Por. J. E. Leahy, “*Flamboyant protest*”, the First Amendment and the Boston Tea Party, Brooklyn Law Review, vol. 36, s. 189.

²³ H. H. Wellington, *On freedom of expression*, Yale Law Journal, vol. 88, s. 1105.

„słowo” to podstawowy dylemat badawczy dla interpretatorów pierwszej poprawki. Dopiero rozwiązanie owego problemu może otworzyć drogę do uwiecznionej sukcesem systematyzacji zagadnienia wolności słowa, albowiem nawet jeśli wszystko, co czynimy, jest ekspresyjne, to przecież nie każda nasza aktywność uruchamia mechanizm ochronny gwarantowany pierwszą poprawką²⁴. Z tego punktu widzenia pominięcie przez Warrena wskazanej kwestii zasługuje na ostrą krytykę²⁵. Z drugiej strony trudno nie zgodzić się z Lawrence R. Velvelem, który zauważa, iż postanowienia ustawy zasadniczej zawsze uzyskują znaczenie przez „odniesienie ich do społecznego kontekstu, w jakim są interpretowane. Na przykład, rozumienie przepisu przyznającego Kongresowi kompetencję do regulowania międzystanowego handlu uległo [w latach 30. – Ł. M.] radykalnemu poszerzeniu, a ekspansja ta podyktowana była okolicznościami gospodarczymi” występującymi w epoce New Deal²⁶. Biorąc pod uwagę ten kontekstualny charakter konstytucyjnych zapisów można bronić tezy, że próba sformułowania kompleksowej eksplanacji pojęcia „słowo” za pomocą abstrakcyjnych formuł jest tak czy owak z założenia skazana na niepowodzenie, ponieważ zawsze w życiu społecznym mogą wystąpić nowe okoliczności, które wpływają na modyfikację statusu danego postępowania i dezaktualizują wypracowane uprzednio koncepcje. Jednak w mojej ocenie pominięcie chociażby ogólnych kierunkowych dyrektyw pozwalających zakwalifikować czyn jako wypowiedź symboliczną (z założeniem o ich relatywnej otwartości interpretacyjnej) stanowiło dość istotną ułomność warrenowskiego uzasadnienia. Przy nieobecności takich kryteriów nieuchronnie rodzi się także pytanie, jakie czynniki, według sędziego, ostatecznie przesądziły o potraktowaniu przezeń palenia karty jako wypowiedzi symbolicznej. Miarodajna odpowiedź na to pytanie pozostaje niestety nieznaną.

Niewątpliwie natomiast finalny rezultat refleksji Warrena w tej materii został zaakceptowany przez przeważającą większość konstytucjonalistów. Jeśli bowiem akceptujemy samo istnienie kategorii wypowiedzi symbolicznych (a czynią tak niemal wszyscy komentatorzy), to spalenie karty powołania wydaje się właściwie paradygmatycznym przykładem tych ostatnich. Vincent Blasi wskazuje w tym aspekcie, że we współcze-

²⁴ W. P. Marshall, *Dilution of the First Amendment and the equality of ideas*, Case Western Reserve Law Review, vol. 38, s. 567.

²⁵ Por. J. Waldman, *Symbolic speech and social meaning*, Columbia Law Review, vol. 97, s. 1844 – 1845.

²⁶ L. R. Velvel, *Freedom of speech and the draft card burning case*, University of Kansas Law Review, vol. 16, s. 150 – 151. Ta reinterpretacja wskazanej klauzuli pozwoliła na daleko posunięte zwiększenie stopnia ingerencji rządu federalnego Stanów Zjednoczonych w sferze społeczno-ekonomicznej. Co więcej, po drugiej wojnie światowej przepis ten był wykorzystywany jako użyteczny instrument obrony praw czarnoskórych obywateli USA. Ten ostatni fakt szczególnie dobitnie uwidacznia kontekstualność wielu postanowień konstytucyjnych.

snych realiach skuteczność demokratycznego mechanizmu kontroli rządzących przez rządzonych jest ściśle uzależniona od „nieprzerwanej zdolności populacji generalnie niezainteresowanej sprawami publicznymi, zajętej właściwie tylko zaspokajaniem prywatnych upodobań, do bycia zmobilizowanym do przeciwstawiania się nadużywającym władzy urzędnikom. Odpowiednia stymulacja, konieczna dla aktywizacji politycznego sumienia prywatnie zorientowanej ludności, może niekiedy nastąpić wyłącznie poprzez przekroczenie granic racjonalności i odwołanie się do prymitywnych i podstawowych instynktów”. Ponieważ palenie karty oddziałuje właśnie w ten sposób, aktywność ta zasługuje na uznanie za zachowanie ekspresyjne²⁷. Jak dodaje Dean Alfange, Jr., osoba protestująca przeciw wojnie poprzez podjęcie omawianego zachowania decyduje się na ten krok tylko z uwagi na wartość ekspresyjną tego czynu, a jej celem jest zademonstrowanie poglądów, a nie przeszkodzenie w poborze do armii itp. Tym samym palenie karty wypełnia znamiona ekspresji symbolicznej²⁸. Jak spekuluje William W. van Alstyne, to właśnie fakt, że intencją O’Briena była transmisja skonkretyzowanego politycznego stanowiska, okazał się dla SN wystarczającą przesłanką, aby przyznać mu jakiś poziom korzyści wynikających z pierwszej poprawki, którego nie dostałby „zwykły niszczytel karty”²⁹. Dla części komentatorów warrenowskie pojmowanie ekspresji symbolicznej pozostawało wręcz nazbyt wąskie. Przykładowo Leahy, nawiązując do historii USA oraz bostońskiego „picia herbaty”, przekonuje, że jako ekspresyjne zachowanie powinien być kwalifikowany każdy podjęty w dobrej wierze czyn, którego autor pragnie komunikować określoną ideę. W jego przekonaniu, odrzucenie takiego subiektywistycznego spojrzenia grozi drastycznym zawężeniem pola politycznego protestu wymierzonego przeciwko posunięciom rządzących³⁰. Za reprezentatywną egzemplifikację diametralnie odmiennego poglądu można natomiast uznać stanowisko Patricka Garry’ego, który w nieco innym kontekście dowodzi, że dołączenie jakiegoś elementu ekspresyjnego do zasadniczo niekomunikacyjnego zachowania nie powinno pociągać za sobą udzielenia temuż postępowaniu ochrony konstytucyjnej. Jeżeli bowiem pragniemy debatować nad jakimś zagadnieniem, to możemy i powinniśmy czynić to w sposób bezpośredni, a obecny w danym czynie komponent natury ekspresyjnej musi zawsze być możliwy do odseparowania od reszty czynu oraz zdolny do samoistnej egzystencji (co nie występowało, rzecz jasna, w casusie O’Briena)³¹. W moim przeświadczeniu chyba

²⁷ V. Blasi, *The checking value in First Amendment theory*, American Bar Foundation Research Journal, 1977, s. 640.

²⁸ D. Alfange, Jr., *Free speech...*, s. 15.

²⁹ W. W. van Alstyne, *First Amendment: cases and materials*, Westbury 1995, s. 301.

³⁰ J. E. Leahy, *op. cit.*, s. 210.

³¹ P. Garry, *Rediscovering a lost freedom: the First Amendment right to censor unwanted speech*, New Brunswick 2003, s. 116.

najtrafniej specyfikę spalenia karty powołania ujął John Hart Ely, według którego aktywność ta stanowi zarazem „stuprocentowe zachowanie” oraz „stuprocentową ekspresję”, a obecność drugiego z tych elementów usprawiedliwia przeanalizowanie zgodności zastosowania noweli ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej do postępowania O'Briena z klauzulą wolności słowa³². W każdym razie, zapewne w kolizji z początkową intencją Warrena, badany wyrok odegrał w interesującym nas tutaj aspekcie rolę prekursorską. Od tego bowiem momentu odróżnienie konstytucyjnej pozycji mówców komunikujących się przy użyciu słów od statusu „mówców” komunikujących się przy użyciu alternatywnych środków wyrazu straciło w orzecznictwie SN bardzo wiele ze swej pozornej ostrości oraz niemal *expressis verbis* przestało determinować, czy dany sposób przekazu w ogóle mieści się w ramach zakreślonych pierwszą poprawką³³.

Niechętna i *de facto* wyrażona nie wprost deklaracja o przyznaniu paleniu karty powołania statusu zachowania objętego pewnymi konstytucyjnymi gwarancjami dotyczącymi wolności słowa nie dyskredytowała naturalnie sama w sobie zgodności z ustawą zasadniczą stosowania nowelizacji ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej do postępowania O'Briena. Kolejnym elementem orzeczenia było bowiem doprecyzowanie zakresu relewantnych rękojmi. Zdaniem sędziego, tego typu zachowania nie zasługują na niemal absolutną ochronę przewidywaną (w teorii) przez pierwszą poprawkę dla „pure speech”. Warren stwierdził jednoznacznie, że jeżeli w ramach jednego zachowania funkcjonują wspólnie składniki ekspresyjne i nieekspresyjne³⁴ (a więc jeśli ma ono niejednorodny charakter z perspektywy konstytucyjnej zasady wolności słowa), to „do statecznie ważny interes rządowy związany z uregulowaniem nieekspresyjnego komponentu może usprawiedliwiać nałożenie na gwarantowane pierwszą poprawką swobody incydentalnych restrykcji”. Faktycznie więc poziom ochrony wypowiedzi symbolicznych jest nieporównanie niższy niż ten przysługujący „czystemu słowu”. W przeświadczeniu sędziego, unormowanie ograniczające w praktyce wolność wypowiedzi symbo-

³² J. H. Ely, *Flag desecration: a case study in the roles of categorization and balancing in First Amendment analysis*, Harvard Law Review, vol. 88, s. 1495.

³³ Zob. L. C. Bollinger, G. R. Stone, *Dialogue*, [w:] *Eternally vigilant: free speech in the modern era*, ed. by *idem*, Chicago 2002, s. 22.

³⁴ Opis ten nie do końca trafnie zdaje się oddawać fenomen wypowiedzi symbolicznych i jest adekwatny raczej do „speech plus”. W przypadku ekspresji symbolicznej mamy bowiem nie tyle do czynienia z dwoma, mniej lub bardziej dystynktywnie odrębnymi, komponentami, ale raczej z zasadniczo nieekspresyjnym – z konstytucyjnego punktu widzenia – zachowaniem, które w określonych okolicznościach uzyskuje ekspresyjny potencjał. Jak jednak już podkreślaliśmy, obydwie te formy wypowiedzi są pod wieloma względami zbliżone do siebie, w wyniku czego często stosujemy w odniesieniu do nich identyczne standardy ochrony wyprowadzone z klauzuli wolności słowa. Stąd też warrenowski brak precyzji nie wywarł żadnych negatywnych skutków, a zaproponowany przezeń test konstytucyjności regulacji okazał się możliwy do stosowania w casusach związanych z oboma typami ekspresji. W dalszej części pracy będziemy zresztą posługiwać się właśnie ujęciem zaproponowanym przez prezesa SN.

licznej pozostaje zgodne z ustawą zasadniczą, jeżeli: 1) jego uchwalenie generalnie mieści się w kompetencjach władzy publicznej; 2) jego wprowadzenie pomaga w urzeczywistnieniu istotnego (*substantial*) interesu rządowego; 3) interes ten nie jest związany z tłumieniem wolności słowa; 4) akcydentalny ciężar nałożony na pierwszą poprawkę nie jest większy, aniżeli jest to niezbędne dla realizacji tegoż interesu. Wymienione tutaj warunki to właśnie tzw. standard O'Briena – podstawowe narzędzie judykatury amerykańskiej w sprawach dotyczących ekspresji symbolicznej (i „speech plus”)³⁵.

Dalsza część uzasadnienia poświęcona była rozważeniu kwestii, czy nowelizacja ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej pomyślnie przechodziła wskazany wyżej test. Konkluzja Warrena była emfaticznie pozytywna. Spełnienie przez unormowanie pierwszego z warunków nie budziło – w jego (trafnej) ocenie – właściwie żadnych kontrowersji. Zwerbalizowana wprost w ustawie zasadniczej kompetencja Kongresu do utworzenia i utrzymania sił zbrojnych była zawsze, zdaniem sędziego, interpretowana przez Sąd Najwyższy w sposób szeroki³⁶. Z tego też powodu prawo ustawodawcy do wprowadzenia przymusowej służby wojskowej nie może być zasadnie kwestionowane. Wskazane uprawnienie niejako automatycznie pociąga za sobą możliwość implementacji „systemu rejestracji jednostek zobowiązanych do szkolenia i służby w armii” oraz zobligowania obywateli do „mieszczącej się w granicach rozsądku współpracy w tworzeniu takowego systemu”. Ustanowienie unormowań związanych z dokumentowaniem wojskowego statusu potencjalnych rekrutów, w przekonaniu Warrena, nie nakłada na jednostki wymogów, które przekraczałyby ów zdroworozsądkowy standard. W gruncie rzeczy pierwszy warunek testu O'Briena stanowi więc banalne przypomnienie zasady praworządności państwa w jej najbardziej rudymenarnym wymiarze. Z tego względu rozważania sędziego w rzeczonyj kwestii nie wywołały wśród komentatorów orzeczenia żadnego szerszego oddźwięku.

W dalszej kolejności Warren przeanalizował zgodność regulacji zakazującej świadomego niszczenia bądź też uszkodzenia kart powołania z drugim warunkiem standardu. Tym razem jego stanowisko mogło nasuwać rozmaite wątpliwości. W interesującym nas tutaj kontekście kluczowe znaczenie miało określenie funkcji, jaką karty powołania pełnią w systemie poboru. Gdyby bowiem uznać je za bezwartościowe lub mało użyteczne pod względem praktycznym, to ochrona rzetelności takowej dokumentacji nie mogłaby

³⁵ Test ten może być również stosowany do oceniania regulacji nakładających – faktyczne czy rzekome – akcydentalne brzemiona na „czyste słowo”.

³⁶ Por. np. *Lichter et al. vs. Stany Zjednoczone*, 334 U. S. Reports 742 (1948). Orzeczenie *expressis verbis* statuuje prawo Kongresu do ordynowania poboru powszechnego oraz nakazuje ustawodawcy w czasie wojny maksymalnie szerokie zabezpieczenie wolności obywateli w stopniu niekolidującym jednakowoż z wymogiem „zjednoczenia wysiłków niezbędnych do odniesienia sukcesu” w zmaganiach zbrojnych.

przecież być zakwalifikowana jako istotny interes rządowy (publiczny). Warren skrytykował pogląd O'Briena, jakoby jedynym celem kart powołania była notyfikacja obywateli o ich zarejestrowaniu w komisji wojskowej i o przydzielonej im kategorii. Według O'Briena, twierdził sędzia, po spełnieniu tegoż zadania karta powołania staje się po prostu zbędnym „świstkiem papieru”, który jej właściciel „może wyrzucić do kosza, jeśli tylko dyktuje mu tak wygoda lub osobiste upodobania”. Tymczasem, jak argumentował prezes SN, dokument ten służy wielu innym celom, których osiągnięcie nie jest możliwe, jeśli ulega on zniszczeniu lub uszkodzeniu. Po pierwsze, „certyfikat rejestracji jest dowodem na fakt, że zidentyfikowana w nim osoba dopełniła obowiązku ewidencyjnego. Certyfikat klasyfikacji pokazuje natomiast kategorię przydzieloną określone mu z imienia oraz nazwiska [...] obywatelowi. Dobrowolne okazanie obydwu certyfikatów stanowi zatem łatwą i bezbolesną metodę, aby młody człowiek mógł rozwiązać wątpliwość, czy dopełnił obowiązku służby wojskowej. Odpowiednio, dostępność owych certyfikatów do wglądu uwalnia organy administracji wojskowej od ciężarów, jakimi byłoby obarczone weryfikowanie rejestracji oraz klasyfikacji podejrzanych o dezercję”, gdyby ta prosta metoda została zarzucona. Co więcej, rzetelność dokumentacji ułatwia sprostowanie potencjalnych biurokratycznych pomyłek oraz pozwala na niezwłoczne wcielenie posiadacza karty powołania do wojska. Warren dowodził także, iż informacje zawarte w certyfikatach bardzo usprawniają proces komunikacji między poborowymi a odpowiednimi komisjami wojskowymi (posiadacz karty dysponuje w każdej chwili adresem swej komisji i numerem rejestracyjnym, jego ewentualne pytania są kierowane do odpowiedniej komórki organizacyjnej w zależności od przydzielonego numeru i kategorii itp.). Co więcej, obydwa certyfikaty zawierają przypomnienie, że jakkolwiek zmiana ujętych w nich danych musi być przekazana właściwej komisji wojskowej, a sprawne funkcjonowanie mechanizmu poboru wymaga, aby organy administracji posiadały aktualne informacje m.in. o miejscu zamieszkania potencjalnych rekrutów. Równocześnie sędzia przekonywał też, iż nowa regulacja zakazująca niszczenia lub uszkodzenia kart powołania nie jest zbędna tylko z uwagi na fakt, że w porządku prawnym funkcjonowała już uprzednio norma statuująca wymóg ich każdorazowego posiadania. Po pierwsze, nie ma nic niekonstytucyjnego w sytuacji, w której Kongres wprowadza „alternatywne ustawowe sposoby ukarania jakiegoś czynu, aby zapewnić efektywną ochronę identycznego interesu” publicznego. Po drugie, ustawowe znamiona tych dwóch przestępstw są wyraźnie odmienne. Po trzecie, niszczenie bądź uszkodzenie rzeczony dokumentacji jest szkodliwsze społecznie niż nieposiadanie jej, ponieważ utrudnia wykrycie i ściganie osób fałszujących karty powołania. Po czwarte, nowelizacja penalizuje zniszczenie i uszkodzenie cudzej karty powołania (tj. czyn niepodlegający dotąd sank-

cjon karnym)³⁷. Jak z wymienionych wyżej powodów puentował zatem sędzia, „żywo-
nym interesem narodowym jest istnienie systemu pozwalającego na utworzenie armii,
który działa w sposób maksymalnie efektywny oraz jest zdolny do łatwego i szybkiego
reagowania na nieustannie zmieniające się okoliczności [...] Wielość funkcji wypełnia-
nych przez [...] karty powołania udowadnia ponad wszelką wątpliwość, iż Kongres po-
siada usprawiedliwiony i istotny interes w zapobieganiu ich lekkomyślnemu i nieogra-
niczonemu niszczeniu [...] poprzez ukaranie” osób dopuszczających się takiego
postępuku. Drugi warunek standardu O’Briena zostaje tym samym zachowany.

Dla dużej części komentatorów uzasadnienia powyższy wniosek okazał się całko-
wicie nie do zaakceptowania. Jak odnotowuje Laura S. Underkuffler, literalne odczyta-
nie drugiego warunku testu prowadzi do konkluzji, że trafną drogą postępowania w po-
dobnych sprawach jest przyjęcie domniemania na korzyść uprawnienia jednostki do
formułowania wypowiedzi symbolicznej, które może być obalone tylko wtedy, gdy ry-
walizujący z nim interes publiczny posiada „nie-zwyczajną siłę”³⁸. W opinii licznych
glosatorów, Warren zignorował ową zasadę, samemu sobie niejako zaprzeczając (był
przecież twórcą standardu). Według Geralda Kirvena, „wyjaśnienia Sądu Najwyższego
dotyczące powodów, dla których państwo jest wystarczająco zainteresowane ochroną
kart powołania, by usprawiedliwiało to [...] niewątpliwą ingerencję w wolność słowa, są
pogmatwane”, a ich zawilość w niczym nie zmienia faktu, że O’Brien po prostu znisz-
czył praktycznie bezwartościowy strzępek papieru³⁹. Jak pisze John D. Stevens, pogląd
Warrena, jakoby karta powołania (tj. kawałek papieru mieszczący się w portmonetce,
którego duplikat w razie przypadkowego zagubienia lub zniszczenia mógł być wysta-
wiony w ciągu kilku dni) była kluczowym elementem całego mechanizmu poboru do
wojska, zdaje się raczej mało wiarygodny⁴⁰. Z kolei Joel B. Grossman oraz Richard S.
Wells zarzucają Sądowi Najwyższemu bezrefleksyjne zaaprobowanie stanowiska wła-
dzy o istnieniu administracyjnej konieczności spenalizowania czynu popełnionego przez
O’Briena i zrezygnowanie z podjęcia poważnego namysłu nad kwestią, „jak, dlaczego
i kiedy publiczne spalanie [karty powołania – Ł. M.] kolidowało z rzekomo uzasadnio-

³⁷ O ile ten ostatni argument jest z pewnością trafny, o tyle w żaden sposób nie odnosi się do
casusu O’Briena. Przypomnijmy bowiem, że przedmiotem orzeczenia w tym momencie nie
była już konstytucyjność noweli *in abstracto*, ale jej zastosowanie do obywatela, który pu-
blicznie pali **własną** kartę powołania w proteście wobec poboru i udziałowi USA w wojnie.
Teza Warrena byłaby adekwatna, gdyby zawisła przed SN sprawa dotyczyła obywatela palą-
cego cudzą kartę powołania w celu zmanifestowania swoich antywojennych przekonań.

³⁸ L. S. Underkuffler, *The idea of property: its meaning and power*, Oxford 2003, s. 69.

³⁹ G. Kirven, *American right of dissent – and the responsibility that goes with it*, South Dakota
Law Review, vol. 16, s. 77.

⁴⁰ J. D. Stevens, *Shaping the First Amendment: the development of free expression*, Beverly
Hills 1982, s. 58.

nym interesem rządowym⁴¹. Eric Heinze stwierdza zaś, że chroniony przez nowelizację cel rządowy ma raczej charakter *stricte* administracyjny i polega na utrzymaniu efektywności stosownych biurokratycznych procedur, zapewniających skuteczne funkcjonowanie części aparatu państwowego. SN nie dostrzegł przeto oczywistego rozróżnienia pomiędzy szerszym interesem publicznym a czysto instytucjonalnym interesem władzy. Nie uwzględnił przeto faktu, że „kiedy organy państwa ekspandują do tak ogromnych rozmiarów, jak rząd federalny, a nawet współczesne władze stanowe czy lokalne, to wówczas łatwo nabywają swe partykularne interesy, z których bynajmniej nie wszystkie są w oczywisty sposób powiązane z ogólniejszymi interesami społecznymi”. Warren uznał natomiast, że cele *prima facie* czysto biurokratyczne zasługują na przypisanie im wagi porównywalnej z celami społecznie doniosłymi, a ich realizacja może uzyskać pierwszeństwo nad konstytucyjną regułą swobody wypowiedzi⁴². Rozpatrujący czyn O'Briena z perspektywy konsekwencjalistycznej Douglas Wilson przekonuje zaś, że zachowanie demonstranta (traktowane jako jednorazowe wydarzenie, które nie nabiera charakteru powszechnego) nie wywarło większego wpływu na mechanizm poboru aniżeli hipotetyczne, wynikające z roztargnienia, wypranie karty powołania w pralce. Czy zatem skazanie O'Briena na karę pozbawienia wolności rzeczywiście powinno być postrzegane jako służące istotnemu interesowi rządowemu? Uwzględniając rzeczony fakt, Wilson sugeruje zatem, że racjonalnym kompromisem pomiędzy stanowiskiem orędowników penalizacji przedmiotowego postępowania i poglądami zwolenników jego bezkarności byłoby np. niebudzące poważniejszych wątpliwości konstytucyjnych wprowadzenie sankcji karnych z tytułu współdziałania w celu zorganizowania i dokonania zbiorowej masowej destrukcji kart powołania (skuteczne dokonanie takiego czynu miałyby wszak namacalne negatywne skutki dla systemu poboru)⁴³.

Oczywiście nie wszyscy komentatorzy orzeczenia podzielali podobne zastrzeżenia. Reprezentatywna w tym względzie wydaje się choćby opinia Adama M. Samahy, który sarkastycznie zauważa, że choć ułatwienie komunikacji między komisjami wojskowymi i poborowymi oraz istnienie możliwości szybkiego udowodnienia dopełnienia przez określoną osobę obowiązku rejestracji to cele błędne w zestawieniu z np. „zapobieżeniem upadkowi cywilizacji zachodniej”, to jednak rząd posiada pełne prawo do wprowadzenia instrumentów służących ich urzeczywistnieniu⁴⁴. Warto też wspomnieć o innym

⁴¹ J. B. Grossman, R. S. Wells, *Constitutional law and judicial policy making*, New York 1988, s. 30.

⁴² E. Heinze, *The logic of constitutional rights*, Aldershot 2005, s. 31.

⁴³ D. Wilson, *Draft card burning as symbolic speech*, *Arkansas Law Review*, vol. 23, s. 120.

⁴⁴ A. M. Samaha, *Litigant sensitivity in First Amendment Law*, *Northwestern University Law Review*, vol. 98, s. 1338.

interesującym argumencie usprawiedliwiającym rozstrzygnięcie zaadoptowane przez Warrena. Otóż drugi warunek testu O'Briena można zasadnie interpretować jako niewyrażony w sposób bezpośredni postulat, by sądy, rozpatrując konstytucyjność regulacji nakładających na ekspresję akcydentalne brzemie, przeprowadzały analizę takich unormowań pod kątem proporcjonalności interesu rządowego w relacji do wartości, jaką jest posiadanie przez obywateli szerokiego zakresu wolności słowa. Poprawne rozumowanie judykatury polegałoby zatem na kategoryjnym badaniu rządowych celów oraz na ich ewentualnej kwalifikacji do zbioru „istotnych interesów”, legitymizujących ograniczenie swobody ekspresji⁴⁵. Brak takiej komparatyki w uzasadnieniu Warrena został przychylnie oceniony m.in. przez Geoffreya R. Stone'a. Zdaniem tego wybitnego znawcy problematyki, SN podjął w pełni słuszną decyzję, rezygnując z bilansowania wartości swobody wypowiedzi symbolicznej poprzez pogwałcenie prawa z wagą interesów rządowych chronionych przez złamane przepisy (oraz z wartością, jaką generalnie pozostaje respektowanie porządku prawnego). Przyjęcie alternatywnej strategii zmusiłoby władzę sądowniczą do rozstrzygania takich legalnych wątpliwości na zasadzie *ad hoc* i „utopiłoby judykaturę w niekończących się dywagacjach na temat relatywnych kosztów i zysków” płynących z udzielenia pierwszeństwa jednej z tych dwóch kolidujących wartości⁴⁶. Poszerzyłoby to wyraźnie zakres sędziowskiego uznania i nie tyle uchyliło, co otworzyło na oścież, wrota dla dyskrecjonalności trzeciej władzy w jej najbardziej niebezpiecznym wymiarze. Biorąc pod uwagę argumentację Stone'a oraz wykazując maksymalny stopień deferencji dla osądu legislatury, można ostatecznie, w moim przekonaniu, uznać, iż badana nowelizacja pomyślnie przechodzi drugi warunek standardu O'Briena. Trudno jednakowoż zarazem nie zgodzić się z poglądem Alfange'a, że warrenowska wykładnia przymiotnika „istotny” utożsamiała jego znaczenie z rozumieniem takich słów, jak „realny”, „prawdziwy”, „rzeczywisty”, „faktycznie istniejący” lub też „niewyimaginowany”, a nie z treścią takich określeń, jak chociażby „znaczący”, „doniosły” czy „ważny”⁴⁷. *De facto* zatem, drugi warunek testu nie stawia przed badaną regulacją trudnej do pokonania bariery.

Najpoważniejsze kontrowersje dotyczyły jednak trzeciego warunku standardu O'Briena. Zawarte w nim sformułowanie i jego interpretacja konstytuują w gruncie rzeczy istotę całego testu. Ogólnym uzasadnieniem wprowadzenia modelu „pośredniego nadzoru sędziowskiego” i objęcia wypowiedzi symbolicznych choćby fragmentaryczną

⁴⁵ E. Thomas Sullivan, R. S. Frase, *Proportionality principles in American law: controlling excessive government actions*, Oxford – New York 2008, s. 59.

⁴⁶ G. R. Stone, *Perilous times: free speech in wartime from the Sedition Act of 1798 to the war on terrorism*, New York 2004, s. 475.

⁴⁷ D. Alfange, *op. cit.*, s. 23

ochroną pierwszej poprawki jest wykluczenie sytuacji, w której rząd pod pozorem regulowania czynów zmierza faktycznie do usunięcia z wolnego rynku idei pewnych zachowań komunikacyjnych właśnie z uwagi na ich ekspresyjny potencjał. Jeśli takie jest zamierzenie państwa, to unormowanie musi pozytywnie przejść właściwy zasadniczo dla „czystego słowa” test „strict scrutiny” (zgodnie z ogólnymi kryteriami wynikającymi z pierwszej poprawki)⁴⁸. Absolutnie kluczowym zagadnieniem jest zatem rozpoznanie, realizacji jakich interesów – związanych czy też niezwiązanych z ekspresją – służą kwestionowane przepisy. Jak się wkrótce przekonamy, nie jest to wcale prosty zabieg. W oparciu o nasze dotychczasowe rozważania nietrudno dostrzec, że – w konkretnym przypadku casusu O'Briena – zidentyfikowane przez Warrena interesy rządu w zabezpieczeniu rzetelności dokumentacji rzeczywiście nie miały wiele wspólnego z tłumieniem wolności słowa. Problem leży zatem w kwestii, czy sędzia poprawnie zdiagnozował *ratio legis*. Innymi słowy, chodziło tu o przesądzenie dylematu, czy nowelizacja ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej była instrumentem zabezpieczenia wskazanych interesów czy też raczej zawołowanym sposobem stłumienia konkretnej formy antywojennego protestu. Ponownie podkreślmy bowiem, że rząd nie może – bez wypełnienia warunków standardu „strict scrutiny” – wprowadzać karalności określonego zachowania ze względu na fakt, iż konstytuuje ono (zwykle nieortodoksyjne i niestereotypowe) medium komunikowania poglądów, których władze publiczne nie aprobują i które pragną wyeliminować⁴⁹. Stwierdzenie, jakoby celem badanego unormowania nie była penalizacja antywojennych manifestacji, stanowiło centralny punkt argumentacji przedstawicieli strony rządowej przed Sądem Najwyższym⁵⁰. Konstatacja ta została w pełni zaakceptowana przez Warrena. Prezes SN stanowczo utrzymywał bowiem, że przedmiotowa nowelizacja po prostu zakazuje świadomego niszczenia lub też uszkodzenia karty powołania i „nie czyni nic ponadto. Innymi słowy, zarówno interes rządowy, jak i zakres normowania poprawki z 1965 roku są ograniczone do nieekspresyjnego aspektu popełnionego przez

⁴⁸ Z powyższych powodów za ewidentnie błędną należy uznać sugestię, jakoby objęcie ekspresji symbolicznej wyłącznie pośrednim poziomem ochrony jest uwarunkowane faktem, że takowe wypowiedzi mogą „wywoływać gwałtowne emocje oraz powodować reakcje prowadzące do zaburzeń i przemocy” (T. R. Hensley, K. Hale, C. Snook, *The Rehnquist Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2006, s. 126, 129). Jeśli bowiem legislaturze przyświeca taka – już *prima facie* związana z ekspresyjnym komponentem określonego zachowania – motywacja, to zaproponowane przez nią przepisy nie mogą naruszać reguły „strict scrutiny”, a nie zdecydowanie łagodniejszych wymogów ustanowionych przez Sąd Najwyższy w standardzie O'Briena.

⁴⁹ J. M. Balkin, *Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society*, [w:] *Information ethics, property, and power*, ed. by A. D. Moore, Seattle 2005, s. 351.

⁵⁰ J. H. Ely, *War and responsibility: constitutional lessons of Vietnam and its aftermath*, Princeton 1995, s. 164.

O'Briena czynu. Interes rządowy i zakres zastosowania poprawki z 1965 roku związane są z przeciwdziałaniem zakłócaniu skutecznego i bezproblemowego funkcjonowania systemu poboru do wojska. O'Brien, wskutek rozmyślnego zniszczenia swojego certyfikatu rejestracji, celowo utrudnił urzeczywistnienie tego interesu. Za ten i wyłącznie za ten niekomunikacyjny rezultat swego działania" demonstrant został skazany. W kontekście powyższych słów warto odnotować dwie kwestie. Po pierwsze, Warren założył możliwość separacji współistniejących w ramach jednej wypowiedzi symbolicznej elementów ekspresyjnych i nieekspresyjnych (te ostatnie muszą przy tym stanowić na tyle dystynktywny składnik zachowania, aby mogły stać się przedmiotem sensownej osobnej regulacji)⁵¹. Po drugie, zdaniem sędziego, spowodowana przez nowelizację delegalizacja popularnego, efektywnego oraz posiadającego znaczącą moc perswazyjną sposobu oprotestowania zaangażowania Stanów Zjednoczonych w Wietnamie i mechanizmu poboru powszechnego jest tylko ubocznym efektem regulacji, tj. niezamierzoną, acz przewidywalną, konsekwencją jej wprowadzenia. Inaczej mówiąc, Warren nie przypisał legislatywie skonkretyzowanego zamiaru ograniczenia relewantnej politycznej ekspresji⁵².

Sformułowany przez sędziego wniosek nieuchronnie skłania do postawienia pytania, jakie przesłanki zdecydowały o takim zidentyfikowaniu interesu, któremu służą nowe przepisy. W razie nieustanowienia precyzyjnych kryteriów pozwalających na przyjęcie takowej konkluzji, moglibyśmy bowiem potraktować warrenowską tezę jako całkowicie arbitralną. Uzasadnienie zawierało w tej materii bardzo niewiele pozytywnych dyrektyw, ale statuowało jednak istotną zasadę o charakterze negatywnym. Otóż diagnozowanie interesu, którego zabezpieczenie czy ochrona jest celem analizowanych regulacji, nie może być, w ocenie prezesa SN, ufundowane na wynikach wykładni autentycznej⁵³. W świetle przytoczonych wyżej fragmentów wystąpień parlamentarzystów i sprawozdań komisji kongresowych, Warren, chcąc uznać konstytucyjność nowelizacji, nie miał zresztą innej alternatywy. W jego ocenie, Sąd Najwyższy nie dysponuje kompetencją do uchylania prawa jedynie w oparciu o zarzut istnienia mniemanej nielegalnej motywacji jego uchwalenia. Legitymizacją tego stanowiska były argumenty epistemiczne. Jak konstatawał sędzia, „wnikanie w motywy Kongresu to niebezpieczna sprawa”, albowiem takie postępowanie może prowadzić do nietrafnej interpretacji zamierzeń prawodawcy w oparciu o poglądy „zaledwie garstki członków ciała zbiorowego. To, co

⁵¹ F. J. O'Neill, *Symbolic speech*, Fordham Law Review, vol. 43, s. 595, 603.

⁵² J. H. Garvey, *What are freedoms for?*, Cambridge 1996, s. 213.

⁵³ Czymś niespójnym logicznie byłoby zresztą, gdyby Warren, żarliwy przeciwnik oryginalistycznego paradygmatu w interpretacji konstytucji, kierował się tym rodzajem wykładni przy analizie norm niższego rzędu.

skłania jednego z legislatorów do wygłoszenia przemówienia na temat ustawy, nie jest koniecznym tym samym, co motywuje wielu innych do jej implementacji”. W sprawach najwyższej konstytucyjnej wagi SN nie może uciekać się do „zgadywanek” oraz wnioskować o intencjach ciała kolektywnego na podstawie wątpliwych przesłanek. Jak dowodził Warren, casus przedmiotowej ustawy jest tu szczególnie instruktywny, ponieważ np. w Izbie Reprezentantów za jej przyjęciem opowiedziało się 393 kongresmenów, z których zaledwie dwóch zabrało głos w dyskusji plenarnej. Wnioskowanie o stanie umysłu ogromnej większości parlamentarzystów na podstawie tak skąpego materiału dowodowego byłoby popełnieniem błędu *pars pro toto*. Sędzia na poparcie swej tezy wysunął również argument pragmatyczny i wskazał, że zakwestionowanie zgodności przepisu z ustawą zasadniczą na podstawie analizy enuncjacji ustawodawców byłoby kompletnie nieskuteczne z perspektywy prakseologicznej, albowiem legislatura mogłaby ponownie przyjąć identyczne unormowanie pod warunkiem, iż przy tej okazji nie powtórzyłyby się wystąpienia analogiczne do tych, które usprawiedliwiały uprzedni negatywny osąd SN.

Trudno zaprzeczyć, że poglądy sędziego wydają się brzmieć rozsądnie. Konstytucjoniści wymieniają zresztą kilka innych przesłanek przemawiających przeciw uwzględnianiu (a przynajmniej nadawaniu znaczącej rangi) konkluzji wynikających z wykładni autentycznej w procesie kontroli konstytucyjności prawa⁵⁴. Jak przekonuje Gardner, wyrażona przez Warrena preferencja analityczna, zakładająca koncentrowanie uwagi raczej na konsekwencjach aniżeli na motywach wprowadzenia danego przepisu, „odzwierciedla ogólną niechęć do fundowania doktryny konstytucyjnej na koncepcji genetycznego fałszu [...] rezultat wątpliwych przesłanek nie musi koniecznym być sam w sobie niewłaściwy”⁵⁵. Innymi słowy, przesądzającą rolę dla Warrena w omawianej kwestii odgrywało rozstrzygnięcie dylematu, czy badany przepis służy urzeczywistnieniu jakiegoś istotnego interesu rządowego niezwiązanego z tłumieniem poglądów, niezależnie od tego, czy realizacja tego *ratio* faktycznie stanowiła cel ustawodawcy. Zgadzając się co do zasady z tezą prezesa SN, sądzę jednak równocześnie, że zbyt daleko

⁵⁴ Np. bezcelowość z utilitarystycznego punktu widzenia działania polegającego na uchylaniu „dobrego prawa” (tj. spełniającego co do zasady kryterium konstytucyjności) z powodu jego genetycznych ułomności (por. J. H. Ely, *Legislative and administrative motivation in constitutional law*, Yale Law Journal, vol. 79, s. 1212) bądź też niestosowność kwestionowania „dobrej wiary i uczciwości” legislatury, implikująca brak sędziowskiego szacunku dla rozstrzygnięć równoważnej w systemie monteskiuszowskim władzy (por. M. R. Gardner, *Illicit legislative motivation as a sufficient condition for unconstitutionality under the Establishment Clause – a case for consideration: the Utah firing squad*, Washington University Law Quarterly, 1979, s. 436 – 437).

⁵⁵ M. R. Gardner, *op. cit.*, s. 436.

posunięty rygoryzm w omawianej materii nie jest w pełni zasadny⁵⁶. Po pierwsze, można łatwo przytoczyć szereg poważnych racji usprawiedliwiających potrzebę odwoływania się przez Sąd Najwyższy do specyficznego rodzaju wykładni teleologicznej, jakim jest badanie intencji legislatury⁵⁷. Po drugie, zasugerowana przez Warrena aposterioryczna racjonalizacja unormowań i całkowite abstrahowanie od zamiarów prawodawcy prowokowałyby judykaturę do obracania się w sferze fikcji oraz do ignorowania oczywistych faktów dotyczących genezy określonej regulacji. Po trzecie wreszcie, pryncypializm w tej materii radykalnie zredukowałby ochronę wypowiedzi symbolicznych, albowiem praktycznie zawsze możliwe jest znalezienie jakiegoś racjonalnie uzasadnionego i niezwiązanego z wolnością słowa celu dla unormowania określonych zachowań. Do dwóch ostatnich zagadnień będzie jeszcze okazja powrócić.

Skoro tedy w miarodajnym wszak dla Sądu Najwyższego przeświadczeniu Warrena, przy rozpatrywaniu problemów dotyczących trzeciego warunku standardu O'Briena nie wolno nam posiłkować się wynikami wykładni autentycznej, to jakimi przesłankami powinni kierować się interpretatorzy? O ile sędzia, jak już zauważono, nie dostarczył *expressis verbis* w tym zakresie potrzebnych kryteriów, o tyle lukę tę z nawiązką wypełnili komentatorzy. Poprawne wydaje się tutaj rozumowanie Eleny Kagan, według której orzeczenie Warrena nakazuje uwzględniać w analizie danego przepisu pod kątem jego zgodności z trzecim warunkiem testu jego treść, a nie historię powstawania⁵⁸. A zatem to brzmienie regulacji (a nie deklaracje prawodawców) będzie determinować, czy unormowania służą celom niezwiązanym z ekspresją. Jak twierdzą zgodnie konstytucjonaliści, warrenowska interpretacja trzeciego warunku standardu nakazuje, by przedmiotowe przepisy spełniały kryterium neutralności treściowej i światopoglądowej⁵⁹. Tymczasem – przynajmniej w moim przeświadczeniu – literalne brzmienie tegoż postanowienia

⁵⁶ Wspomniana reguła nie była bynajmniej pryncypialnie stosowana w późniejszym orzecznictwie Sądu Najwyższego. Por. np. uzasadnienie Fortasa w sprawie *Tinker vs. Des Moines School District* oraz J. Donovan, *Unconstitutional motivation analysis and the First Amendment: the further demise of a "wise and ancient doctrine"*, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 33, s. 274.

⁵⁷ Katalog takich uzasadnień przytacza J. Donovan, *op. cit.*, s. 277 – 278 (przyjęcie legislacji z niedopuszczalnych konstytucyjnie motywów może być przekroczeniem prawomocnych granic władzy państwowej, naruszeniem zasady zaufania pomiędzy jednostkami a władzą oraz manifestacją niesprawiedliwego i nierównego traktowania obywateli przez prawo; co więcej, motywy i skutki wprowadzenia regulacji pozostają zazwyczaj współzależne, a wymogi kompleksowej wykładni przepisów nakazują uwzględnienie tej interdependencji).

⁵⁸ E. Kagan, *Private speech, public purpose: the role of governmental motive in First Amendment doctrine*, *University of Chicago Law Review*, vol. 63, s. 441 i n.

⁵⁹ Zob. np. R. A. Rossum, G. A. Tarr, *American constitutional law: cases and interpretation*, New York 1991, s. 58; S. Dente Ross, *Reconstructing First Amendment doctrine: the 1990 [r]evolution of the Central Hudson and O'Brien tests*, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 23, s. 728.

ustanawia zdecydowanie silniejszy wymóg, aby ustawowe znamiona czynu regulowanego – a w analizowanym tutaj przypadku zabronionego – nie obejmowały komunikacyjnego komponentu zachowania. Inaczej mówiąc, nieekspresyjny element wypowiedzi symbolicznej winien być normowany niezależnie od tego, czy występuje samoistnie czy też towarzyszy mu element związany z wyrażaniem poglądów, idei, emocji itp.⁶⁰ Niezależnie od tej kontrowersji (która w obecnie badanym casusie pozbawiona była praktycznego znaczenia), prezes SN łagodził protekcyjny wymiar standardu także poprzez uznanie, że zasada neutralności jest zachowana również w sytuacji, w której składnik nieekspresyjny, spoglądając na problem z empirycznego punktu widzenia, występuje w praktyce życia społecznego wyłącznie (lub niemal wyłącznie) jako część składowa wypowiedzi symbolicznej (w koniunkcji ze składnikiem ekspresyjnym). Wydaje się, że casus nowelizacji ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej odpowiada tym ostatnim okolicznościom. Odwołując się do zwykłego realizmu, trudno wyobrazić sobie, aby świadome niszczenie czy uszkodzanie kart powołania mogło być w jakimkolwiek znaczącym procencie dokonywane w celach niezwiązanych z wyrażeniem określonych poglądów. Mimo to, w ocenie Warrena unormowanie zakazujące popełniania takich czynów spełnia wymogi neutralności. Co więcej, jak celnie zauważa Stone, treściowej i światopoglądowej bezstronności regulacji – przyjmując optykę prezesa Sądu Najwyższego – bynajmniej nie umniejsza fakt, że w swych praktycznych konsekwencjach przepisy nie dotyczą w jednakowym stopniu wszystkich uczestników rynku idei. Przykładowo zakaz palenia karty powołania *de facto* wymierzony jest tylko w oponentów amerykańskiej interwencji w Wietnamie, albowiem któż uciekałby się do tej metody w celu wyrażenia aprobaty dla rządowej polityki? Tym samym badana nowelizacja jest w pewnym sensie dyskryminująca, bo obejmuje swym zakresem zastosowania wyłącznie jedną ze stron publicznej debaty⁶¹. Krótko mówiąc, przyjęta przez SN wykładnia trzeciego z warunków standardu O'Briena była wielce odległa od rygoryzmu. Implikacja, jakoby, mniej lub bardziej wprost zadeklarowanym, interesem rządowym jest ograniczenie swobody słowa, okazuje się dopuszczalna jedynie wtedy, gdy definicja regulo-

⁶⁰ Jak wyjaśnia Richard A. Seid, „w każdym przypadku powinniśmy zadać sobie pytanie, czy cel państwa w domniemanej regulacji zachowań jest poparty racjonalną i legitymowaną motywacją uzasadniającą ustanowienie normy. Innymi słowy, czy państwo miałooby interes w regulacji, gdyby z danego zachowania usunąć wszystkie aspekty komunikacyjne [...] Negatywna odpowiedź na to pytanie praktycznie gwarantuje, że interes państwa jest związany z ekspresją”, [w] *idem, A requiem for O'Brien: on the nature of symbolic speech*, *Cumberland Law Review*, vol. 23, s. 611 – 612.

⁶¹ G. R. Stone, *Content regulation and the First Amendment*, *William and Mary Law Review*, vol. 25, s. 221 – 222. W późniejszych latach SN konsekwentnie podtrzymywał jednak tezę, że dysproporcjonalne obciążanie przez urzeczywistniającą ekspresyjnie neutralne interesy regulację wyłącznie jednej ze stron publicznej debaty nie jest samo w sobie przejawem niedopuszczalnej konstytucyjnie dyskryminacji światopoglądowej

wanego czynu zawiera w sobie odniesienie do kontekstu ekspresyjnego. Przytoczoną przez Warrena egzemplifikacją przepisu łamiącego ową zasadę było, znane nam ze sprawy *Stromberg vs. California*, prawo zakazujące wystawiania czerwonej flagi jako znaku sprzeciwu wobec zorganizowanej formy rządu. Rację ma przeto Suzanna Sherry, której zdaniem trzeci warunek testu O'Briena – w autointerpretacji jego autora – może być utożsamiony ze szczególnie sformułowanym (tj. zrelatywizowanym do specyfiki wypowiedzi symbolicznych) zakazem wprowadzania cenzury ideologicznej⁶².

W moim przekonaniu, uzasadnienie Warrena należy w powyższym aspekcie potraktować zdecydowanie krytycznie. Ustanowiony przezeń standard ochrony wypowiedzi symbolicznych zdaje się bowiem niedostatecznie silny. Realistyczna ocena przepisów wywierających istotny wpływ na sferę ekspresyjną nie powinna ograniczać się do ich suchej analizy, a judykatura nie może operować wyłącznie w sferze abstrakcyjnych rozważań. Konieczne jest uwzględnienie czynników kontekstualnych i realiów życia społecznego⁶³. W przeciwnym razie zaczynamy rozumować w sposób kompletnie oderwany od rzeczywistości, zaprzeczamy dość oczywistym faktom (np. udajemy, że cel prawodawcy był zupełnie inny niż postrzega to opinia publiczna i sami twórcy rzeczonych regulacji), umożliwiamy legislatywie niezwykle łatwe kamuflowanie jej rzeczywistych intencji dzięki odpowiednio przebiegłemu sformułowaniu unormowań oraz nie trafnie identyfikujemy interesy, których urzeczywistnieniu faktycznie służą dane przepisy. Podejście to wydaje się wykraczać poza usprawiedliwioną deferencję względem rozstrzygnięć władzy prawodawczej⁶⁴. By nie pozostać gołosłownym, spróbujemy przeprowadzić tu pewien eksperyment myślowy. Załóżmy tedy, że ustawodawca pragnie wprowadzić karalność palenia krzyży. Ustanawia w tym celu generalny zakaz zapróższania ognia na wolnym powietrzu, który oficjalnie ma służyć bezpieczeństwu ludności (co jest niewątpliwie istotnym interesem rządu). Regulacja zawiera także enumeratywnie wyliczone wyjątki od tej dyspozycji (przyrządzanie posiłków, upamiętnianie zmarłych, zapalanie papierosów itp. – w tych okolicznościach rzeczony zakaz nie obowiązuje),

⁶² S. Sherry, *The First Amendment and the freedom to differ*, [w:] *The Bill of Rights in modern America. Revised and expanded*, ed. by D. J. Bodenhamer, J. W. Ely, Jr., Bloomington 2008, s. 56 – 57.

⁶³ Potrzeba ta staje się jeszcze wyraźniej dostrzegalna, gdy uświadomimy sobie niebezpieczeństwa wynikające z możliwości selektywnego stosowania przez aparat administracyjny pozornie neutralnego prawa odnoszącego się do zachowań wyłącznie do ekspresji symbolicznej. Por. S. Srinivasan, *Incidental restrictions of speech and the First Amendment: motive-based rationalization of the Supreme Court's jurisprudence*, Constitutional Commentary, vol. 12.

⁶⁴ Aczkolwiek równocześnie radykalnie usuwa zagrożenia związane z ewentualnym nadmiernym aktywizmem sędziowskim (ponownie używam tego pojęcia w sensie politycznym) w interesującej nas kwestii. Wahadło wychyla się jednak zbyt daleko w kierunku uznawania decyzji legislatywy, co w znacznej mierze redukuje kompetencje sądownictwa w zakresie ochrony wolności ekspresji symbolicznej.

które pozwalają jej przejść test elementarnej racjonalności. Dodajmy do tego założenie, iż stosowanie przedmiotowych przepisów jest wybiórcze, a organy ścigania koncentrują uwagę tylko na osobach manifestujących swoje rasistowskie przekonania poprzez podpalanie krucyfiksów. Skoro regulacja formalnie odnosi się do zachowań, a ustawowy opis znamion czynu zabronionego nie zawiera elementów ekspresyjnych (nie jest przewidziana np. penalizacja zapróższania ognia dokonanego w celu wyrażenia poglądów), to takie hipotetyczne unormowanie, na gruncie liberalnej interpretacji trzeciego warunku testu O'Briena, okazuje się nie kolidować z postanowieniami pierwszej poprawki. Tym samym omówiona w poprzednim rozdziale ochrona palenia krzyży jako wypowiedzi symbolicznej przestaje realnie istnieć, gdyż prawodawca może właściwie bezproblemowo, działając faktycznie *in fraudem legis*, obchodzić protekcyjne gwarancje zawarte w klauzuli wolności słowa.

Podkreślmy jednak, że powyższa krytyka nie dotyczy samej treści trzeciego warunku omawianego tu standardu, ale interpretacji nadanej mu przez Warrena. Możliwe jest bowiem przyjęcie alternatywnych wykładni, które w większym stopniu uwzględniałyby potrzebę ochrony ekspresyjnych zachowań. Dwie z takich propozycji wydają się szczególnie obiecujące i zasługujące na uwypuklenie (jeżeli oczywiście odrzucimy postulat kierowania się w analizach przede wszystkim historią legislacji). Pierwszą z nich przedstawia Ofer Raban, którego zdaniem uzasadnienie Warrena stawia nas w obliczu konieczności dokonywania fałszywego dychotomicznego wyboru między wplątywaniem się w nieprowadzące nigdy do klarownego rezultatu śledzenie powikłanych i niejednoznacznych motywacji przyświecających legislatorom a podejmowaniem arbitralnych i dyskrecjonalnych rozstrzygnięć *à propos* interesów, które urzeczywistniać ma budząca kontrowersje norma. Jak utrzymuje natomiast Raban, istnieje trzecia droga postępowania pozwalająca uniknąć pułapek immanentnie związanych z sugerowanymi przez prezesa SN opcjami. W pierwszej kolejności należy bowiem ustalić, w oparciu o empirycznie weryfikowalne dane statystyczne, czy dane zachowanie jest podejmowane przez obywateli głównie dla ekspresyjnych celów. Twierdząca odpowiedź w tej materii upoważnia do przyjęcia stanowiska, że regulacja wymierzona jest w komunikacyjny komponent wypowiedzi symbolicznej; odpowiedź przecząca dowodzi zaś, że interes i cel prawodawcy dotyczą zachowania w jego nieekspresyjnym wymiarze. Odnosząc tę zasadę do nowelizacji ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej, Raban stwierdza, że gdyby obywatele masowo niszczyli karty powołania z powodu chęci pozbycia się zbędnego papieru, to unormowanie spełniałoby trzeci warunek standardu O'Briena. Skoro jednak popelniają ten czyn zazwyczaj w proteście przeciwko polityce państwa, to niewątpliwie zakaz palenia karty powołania nieincydentalnie redukuje obszar swobodnej ekspresji, a jego *ratio legis* związane jest z tłumieniem wolności słowa. Przedmiotowa

nowelizacja nie przechodzi więc pozytywnie testu O'Briena; w konsekwencji jej konstytucyjność jest uzależniona od pomyślnego rezultatu „surowego nadzoru sędziowskiego”⁶⁵. Metodologia proponowana przez autora nie rozwiązuje jednak wszystkich potencjalnych problemów z aplikacją trzeciego warunku⁶⁶. Z tego powodu użyteczniejsza okazuje się sugestia Kagan, która wskazuje, że jeżeli wprost zadeklarowanym lub jedynym racjonalnym interesem rządu we wprowadzeniu określonego prawa dotyczącego formalnie zachowań jest stłumienie pewnej formy wyrażania poglądów, to judykaturze wolno domniemywać, iż prawodawcy świadomie, pod wpływem osobistych idiosynkrazji i upodobań, podjęli próbę ograniczenia wolności słowa. Jak jednak rozpoznać taką motywację? Koncepcję Kagan można określić mianem teorii „koniecznej przyczyny”. Zgodnie z jej postulatem, sądy badające konstytucyjność regulacji muszą bowiem rozważyć, czy byłaby ona przyjęta, gdyby nie wywierała wpływu na sferę ekspresyjną. Jeśli odpowiedź na to pytanie jest negatywna, to unormowanie nie może być traktowane jako nakładające wyłącznie akcydentalne brzemiona na swobodę formułowania wypowiedzi symbolicznych i musi przejść test „strict scrutiny”⁶⁷. Dodajmy tutaj, że w obliczu milczenia Sądu Najwyższego w tej kwestii trudno autorytatywnie orzec, czy nowela ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej spełniała wymogi wynikające z tego najbardziej wygórowanego standardu ochrony wolności słowa. Osobiście nie byłbym jednak skłonny do formułowania *a priori* konkluzji odmiennej. W każdym razie rozstrzygające znaczenie miałyby diagnoza, czy niszczenie bądź też uszkodzanie przez jednostki swoich kart powołania na tyle przeszkadzało administracji państwa w sprawnym przeprowadzaniu poboru do armii, by z praktycznego punktu widzenia poważnie utrudniać jej realizację tego interesu.

Na zakończenie obecnego wątku warto nadmienić, że wypowiedzi konstytucjonistów na temat tego fragmentu uzasadnienia odzwierciedlają pełne spektrum możliwych poglądów. Zdecydowanie aprobatywnie waloryzuje go Samaha. Według badacza, skoro złamanie ustawy mogło nastąpić poprzez „potajemne zniszczenie należącej do kogoś innej karty powołania w celach nieekspresyjnych”, a regulacja penalizowała wszystkie przypadki świadomej destrukcji dokumentu, to rząd był zdolny usprawiedliwić zarówno samą nowelizację, jak i jej stosowanie do czynów popełnionych w toku politycznych

⁶⁵ O. Raban, *Content-based, secondary effects, and expressive conduct: what in the world do they mean (and what do they mean to the United States Supreme Court)?*, Seton Hall Law Review, vol. 30, s. 572 – 574.

⁶⁶ Wydaje się np., że nasz hipotetyczny zakaz zapróższania ognia na wolnym powietrzu przeszedłby pozytywnie tę część testu także przy akceptacji rabanowskiej interpretacji znaczenia trzeciego warunku.

⁶⁷ E. Kagan, *op. cit.*, s. 439 – 440, 500. Niebezpieczeństwem wynikającym z przyjęcia owej koncepcji jest oczywiście znaczące poszerzenie zakresu dyskrecjonalności sędziowskiej.

manifestacji, pozostając indyferentnym wobec „komunikacyjnego aspektu takiego postępowania”. Być może w rzeczywistości ta obojętność nie istniała; być może interesy nieekspresyjne „nie posiadały większego znaczenia dla wielu ustawodawców [...] którzy głosowali za przepisem, na podstawie którego skazano O'Briena”; być może „nie-mal wszystkie przypadki niszczenia kart powołania w 1966 roku zachodziły w kontekście antywojennych protestów”. Ewentualna i prawdopodobna trafność owych hipotez nie unieważnia jednak, zdaniem Samahy, neutralnego charakteru przedmiotowej nowelizacji z perspektywy pierwszej poprawki⁶⁸. Bez trudu możemy odnaleźć również w literaturze szereg uwag krytycznych. Ten pejoratywny odbiór wynikał z przekonania, iż warrenowska wykładnia trzeciego warunku standardu O'Briena pozwala przejść test konstytucyjności unormowaniom, które ewidentnie godzą w swobodę wyrażania poglądów. Warunkiem wystarczającym okazuje się po prostu odnalezienie dla nich jakiegokolwiek racjonalnej legitymizacji, choćby nawet była ona oczywiście kontryfaktyczna (a taki zabieg jest praktycznie zawsze możliwy do przeprowadzenia)⁶⁹. Jak twierdzi choćby David Cole, dla przeciętnego i bezstronnego obserwatora było przecież jasne, że prawdziwym powodem wprowadzenia regulacji było odstraszenie i ukaranie dysydentów, którzy w niepopularny społecznie sposób usiłowali podminowywać dominujące ideologiczne i polityczne *status quo*, kwestionując zaangażowanie Stanów Zjednoczonych w Wietnamie⁷⁰. Kent Greenawalt konkluduje w tym kontekście, że Sąd Najwyższy przy rozpatrywaniu casusu O'Briena „odmówił zajrzenia pod powierzchnię zjawisk oraz dostrzeżenia, iż celem Kongresu było stłumienie antywojennych protestów. To, co Sąd Najwyższy uwzględnił lub też nie, jako istotną kwestię dla konstytucyjności prawa, nie przesądza jednakowoż tego, czy postępowanie legislatorów było słuszne w kontekście zasady swobody wypowiedzi [...] Chęć zahamowania protestów antywojennych nie jest usprawiedliwionym celem prawodawczym. Jeśli to ten cel przyświecał Kongresowi (a było tak prawie na pewno, uwzględniając uprzednio obowiązujące prawo i wykładnię autentyczną), to Sąd naruszył polityczne pryncypium, jakie stanowi ochrona wolności słowa”⁷¹. Z perspektywy *stricte* statystycznej najpopularniejszym poglądem wśród kon-

⁶⁸ A. M. Samaha, *op. cit.*, s. 1338.

⁶⁹ Por. P. M. Shane, *Equal protection, free speech, and the selective prosecution of draft non-registrants*, Iowa Law Review, vol. 72, s. 384.

⁷⁰ D. Cole, [w:] *Speech & equality: do we really have to choose?*, ed. by G. LaMarche, New York 1996, s. 14. Zob. też S. M. Feldman, *Free expression and democracy in America: a history*, Chicago 2008, s. 454.

⁷¹ Greenawalt dodaje również, że nawet gdyby interesy rządowe faktycznie posiadały przede wszystkim charakter niezwiązany ze sferą wyrażania poglądów, to tak łatwo identyfikowalna aktywność ekspresyjna, jak czyn O'Briena, powinna zostać zdekriminalizowana poprzez sądową odmowę zastosowania do niej generalnego zakazu niszczenia karty powołania, [w:] *idem, Speech, crime, and the uses of language*, New York 1989, s. 160.

stytucjonalistów w analizowanej materii jest jednakże niechętna i podszyta ambiwalencją akceptacja warrenowskiej interpretacji trzeciego warunku standardu O'Briena, ufundowana na argumencie z „mniejszego zła”. Liczni komentatorzy orzeczenia nie dostrzegają po prostu dla tego ujęcia żadnej rozsądnej alternatywy pozwalającej ustanowić relatywnie precyzyjne oraz pewne kryteria definiowania interesu rządowego. Przykładowo Stone przyznaje, że podejście prezesa SN prowadziło do bardzo daleko posuniętej deferencji wobec decyzji legislatywy, a w konkretnym kontekście sprawy O'Briena wręcz zakłamywało rzeczywistość (cel legislacyjny nie był bowiem ani dwuznaczny, ani niemożliwy do wywnioskowania). Badacz pisze jednak, iż, mimo wzmiankowanych wyżej faktów, podejrzliwe wnikanie w intencje ustawodawcy jest na tyle „nieporęcznym narzędziem” analizy sędziowskiej, że względy roztropności nakazują, aby zrezygnować z takiej inwestygacji nawet w najzupełniej oczywistych sytuacjach⁷². Przed innym zagrożeniem przestrzegają natomiast Burt Neuborne i Charles S. Sims. Z jednej strony, w ich przekonaniu, rzeczywiście postfaktyczne wykoncypowanie obiektywnego, racjonalnego i niegodzącego wprost w wartości chronione przez ustawę zasadniczą uzasadnienia regulacji o dowolnej właściwie treści nie jest nadmiernie trudnym zadaniem, a paradygmat proponowany przez sędziego Warrena drastycznie poszerza zakres uprawomocnionej ingerencji większości w konstytucyjne uprawnienia obywateli. Z drugiej jednak strony koncentracja przez władzę sądowniczą uwagi na zamiarach ustawodawcy również skutkowałaby ostatecznie, ze względu na praktyczną niemożność udowodnienia istnienia po stronie władzy niewłaściwego motywu, ustanowieniem permissywnych (a nawet „nadzwyczajnie permissywnych”) standardów⁷³.

Konkluzja wyprowadzona przez Warrena przy okazji zastosowania do przedmiotowego stanu faktycznego czwartego warunku standardu O'Briena, zakazującego dysproporcjonalnego ograniczania wolności wypowiedzi w relacji do zamierzonego i usprawiedliwionego interesu rządowego, również nie była wolna od kontrowersji. Prezes SN stwierdził bowiem, w sposób bardzo lapidarny i właściwie lekceważący ewentualne wątpliwości, że nie dostrzega „żadnych bardziej precyzyjnych i wąsko skonstruowanych instrumentów gwarantujących nieprzerwaną dostępność certyfikatów związanych z sys-

⁷² G. R. Stone, *Content-neutral restrictions*, University of Chicago Law Review, vol. 54, s. 110 – 111; *idem*, *Perilous times...*, s. 476 – 477. Zob. również L. C. Bollinger, *The tolerant society: freedom of speech and extremist speech in America*, New York 1986, s. 211. Jak dodaje Theodore Eisenberg, zasadne jest oczywiście pragnienie, aby społeczność polityczna wprowadzała regulacje prawne będąc motywowaną wyłącznie dobrymi (tj. konstytucyjnie dopuszczalnymi) przesłankami. Dążenie do takowej procesualnej czystości jest być może po części pożądane; generalnie jednak osiągnięcie tego zamierzenia w pełni pozostaje całkowicie nierealistyczne, [w:] *idem*, *Reflections on a unified theory of motive*, San Diego Law Review, vol. 15, s. 1148.

⁷³ B. Neuborne, Ch. S. Sims, *Judicial review and fundamental rights: a response to Professor Lee*, Arizona Law Review, vol. 26, s. 6.

temem poboru aniżeli wprowadzenie przepisu, który zabrania ich świadomego uszkażdzenia lub niszczenia”. Tym samym, w przekonaniu Warrena, brzemia nałożone na swobodę ekspresji przez nowelizację ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej mieszczą się w ramach zakreślonych przez test O'Briena. Ponownie tedy dokonana przezeń autointerpretacja wymogów standardu prowadziła do korzystnych z punktu widzenia władzy ustawodawczej wniosków. Tymczasem, jak podkreślają liczni komentatorzy wyroku, wykładnia taka nie jest bynajmniej oczywista. Zdaniem Seida, czwarty warunek teoretycznie wymaga od regulacji, dla uznania jej zgodności z konstytucją, istnienia: 1) znacznego stopnia instrumentalnej relewantności (związek między zastosowanymi środkami a zabezpieczanym interesem rządowym); 2) prakseologicznej konieczności jej wprowadzenia (realistycznie ujęte prawdopodobieństwo, iż stłumienie ekspresji przyczyni się w sposób wyraźnie efektywniejszy do urzeczywistnienia celu normy, aniżeli udałoby się to osiągnąć poprzez wprowadzenie mniej restryktywnych dla wolności słowa alternatyw)⁷⁴. W ocenie Charlesa Frieda, użyty w treści czwartego warunku termin „niezbędne” („essential”) na pierwszy rzut oka zdaje się mocnym ograniczeniem swobody prawodawczej i „sugeruje intruzyjną rolę Sądu” w ocenie zgodności z pierwszą poprawką dość szerokiego spektrum przepisów odnoszących się do zachowań⁷⁵. Co więcej, jak trafnie podkreśla Richard H. Fallon, Jr., rygorystyczna [i zbliżona do językowej – Ł. M.] interpretacja omawianej klauzuli pozwoliłaby nam uniknąć uwikłania się w liczne problemy, w których obliczu właściwie nieuchronnie stajemy przy okazji podejmowania prób zidentyfikowania interesu rządowego (trzeci warunek testu). Jeśli bowiem władza osiągnęłaby swoje niezwiązane z komunikacyjnym aspektem wypowiedzi symbolicznej interesy poprzez działanie mniej negatywnie oddziałujące na wolność słowa, a mimo to zdecydowała się na ograniczenie tej fundamentalnej konstytucyjnej wartości, to wybór ten uprawdopodobnia tezę, że jej celem jest wywarcie wpływu na sferę ekspresyjną⁷⁶. Warrenowskie ujęcie wykluczyło jednak taką drogę postępowania. Trudno kwestionować stanowisko Ely'ego, którego zdaniem sporządzone przez prezesa SN uzasadnienie wprowadza tylko zastrzeżenie, że do zachowania przez unormowanie czwartego warunku standardu konieczne jest niewystępowanie żadnych alternatywnych i równie efektywnych metod gwarantowania interesu rządowego (przy czym poziom tej skuteczności można mierzyć poprzez odwołanie się do najprostszej ekonomicznej i użytecznej kalkulacji). Decydując się na tę wykładnię trzeba równocześnie mieć świadomość, że tak naprawdę w zestawieniu z symplifyczną penalizacją jakiegoś zachowa-

⁷⁴ R. A. Seid, *op. cit.*, s. 577.

⁷⁵ Ch. Fried, *Saying what the law is: the Constitution in the Supreme Court*, Cambridge 2005, s. 123.

⁷⁶ R. H. Fallon, Jr., *Implementing the Constitution*, Cambridge 2001, s. 79 – 80.

nia wszystkie odmienne propozycje zabezpieczenia interesu rządu zazwyczaj okażą się mniej kosztowne. *De facto* test O'Briena prowadziłby zatem do podważania wyłącznie takich unormowań, które limitują swobodę wypowiedzi w sposób całkowicie zbędny, albowiem są kompletnie bezużyteczne z najprymitywniejszej perspektywy praktycznej. Jak pisze Ely, aplikacja przez Sąd Najwyższy tak wąskiego kryterium np. do hipotetycznego przepisu zakazującego dystrybucji ulotek w celu zapobieżenia zaśmiecaniu ulic musiałaby w konsekwencji prowadzić do wniosku o zgodności rzeczowej normy z pierwszą poprawką (tymczasem SN wprost odrzucił tę argumentację władz lokalnych już w 1939 roku!⁷⁷). Słuszne wydaje się zatem przypuszczenie badacza, że Warren także i w tej sprawie uzasadnienia dał upust niechęci do nietradycyjnych metod ekspresji⁷⁸.

Analiza orzeczenia pozostałaby niepełna, gdybyśmy nie poświęcili w tym miejscu uwagi kilkudziesięciu uzasadnieniom uzupełniającemu sporządzonemu przez Harlana. Aczkolwiek sędzia akceptował argumentację Warrena zarówno w kontekście generalnego brzmienia testu O'Briena, jak i w aspekcie jego szczegółowej interpretacji, to jednak poczynił jedno doniosłe zastrzeżenie. W jego ocenie, przedmiotowy wyrok nie wyklucza zasadności odwoływania się do ochrony pierwszej poprawki „w tych rzadkich sytuacjach, kiedy «akcydentalna» restrykcja nałożona na ekspresję przez unormowanie pomagające w urzeczywistnieniu istotnego interesu rządowego i spełniająca pozostałe ustanowione przez Sąd kryteria prowadzi w konsekwencji do całkowitego uniemożliwienia «mówcy» dotarcia do znaczącej liczby odbiorców, z którymi nie może się on w inny legalny sposób komunikować”. Oczywiście, ponieważ O'Brien (i inni protestujący w szeroko rozumianej kwestii wojny wietnamskiej) dysponował alternatywnymi oraz nienaruszającymi ustaw federalnych możliwościami przedstawienia swoich poglądów, to nie przysługiwało mu uprawnienie do obrony swego zachowania w oparciu o zasadę swobody wypowiedzi symbolicznych⁷⁹. Mimo posiadania konserwatywnych preferencji politycznych Harlan wydawał się więc w większym stopniu (niż liberał Warren) receptywny w stosunku do roszczeń osób posługujących się nietradycyjnymi środkami wyrazu. Trzeba jednak odnotować dwie sprawy. Po pierwsze, sędzia wyraźnie separował tutaj przekaz oraz medium przekazu. Po drugie, jego uzasadnienie nie zawiera wymogu, by alternatywne metody dotarcia przez mówcę do odbiorców były choćby porównywalnie skuteczne w zestawieniu z ekspresją symboliczną. Brak obowiązku przeprowadzania takowej komparatystyki radykalnie zmniejsza użyteczność zapropono-

⁷⁷ Por. *Schneider vs. New Jersey*, 308 U. S. Reports 147.

⁷⁸ J. H. Ely, *Flag...*, s. 1484 – 1489. Zob też R. A. Seid, *op. cit.*, s. 577; G. R. Stone, *Content-neutral...*, s. 51.

⁷⁹ Por. *The Supreme Court and American government*, ed. by J. Vanderzell, New York 1968, s. 177.

nowanego przez Harlana kryterium⁸⁰. W każdym razie, w odniesieniu do tej sugestii sędziego, w literaturze przedmiotu można napotkać przeciwstawne opinie. Przychylnie ocenia ją Eric Barendt, który argumentuje, iż z konstytucyjnego punktu widzenia „nie ma znaczenia, że bardziej konwencjonalne formy protestu byłyby mniej skuteczne, ponieważ reguła wolności słowa nie kreuje ogólnego prawa do demonstrowania poglądów w najbardziej spektakularny czy też przyciągający uwagę sposób”. Tym samym konserwatywne stanowisko wobec nowych i nieortodoksyjnych metod komunikacji jest uzasadnione, albowiem nie można równoprawnie traktować ekspresji symbolicznej oraz „pure speech” (uwzględnianie kryterium efektywności spowodowałoby właśnie taki rezultat). Przewidywane ujęcie prowadziło do nadmiernego (i błędnego) poszerzania zakresu stosowania pierwszej poprawki w kierunku „libertariańskiego postulat wolności jednostki od jakiegokolwiek ingerencji państwa”. Zasada swobody słowa jest natomiast intelektualnie koherentną całością, konceptualnie wyraźnie odrębną od generalnych wolnościowych propozycji⁸¹. Nieco łagodniej wypowiada się w przedmiotowej materii Irving R. Kaufman, który przekonuje, że chociaż ustawa zasadnicza obejmuje zasadniczo protekcją przekaz, a dopuszcza regulowanie środków przekazu, to jednak unormowania takowe powinny respektować prawo do efektywnego przekonywania (a także np. zasadę równego traktowania mówców). Odrzucając tedy tezę o dowolności normotwórczej *à propos* medium komunikacji, Kaufman nie odpowiada jednak jednoznacznie na pytanie, czy nowela ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej wykracza poza granice określone wyżej wspomnianą regułą (wydaje się, że skłania się raczej do odpowiedzi przeczącej)⁸². Krytycznie enuncjacje Harlana ocenia zaś William E. Lee, którego zdaniem, w sprawach podobnych do casusu O'Briena, jakiegokolwiek rozważanie alternatywnych mediów ekspresji opiera się na „błędnej percepcji, jakoby przekaz mógł

⁸⁰ Na marginesie zauważmy zresztą, że w znacznej mierze ekspresyjna skuteczność czynu O'Briena wynikała z faktu, iż jego zachowanie wyczerpywało znamiona przestępstwa. Jak obrazowo argumentuje Ely, gdyby palenie karty powołania było legalne, to postępowanie manifestanta nie przyciągnęłoby większej uwagi opinii publicznej (i prawodawcy) aniżeli połknięcie przezeń – w proteście przeciwko wojnie wietnamskiej – złotej rybki, [w:] *idem*, *Flag...*, s. 1489 – 1490. Por. także G. R. Stone, *Perilous...*, s. 475; *idem*, *Content regulation...*, s. 191. Ta nader obrazowa parantela nie oddaje do końca rzeczywistości, albowiem, jak pamiętamy, praktyka palenia karty powołania zaczęła się rozprzestrzeniać jeszcze przed ustanowieniem jej bezpośredniego zakazu (można zatem zasadnie mniemać, że z punktu widzenia dysydentów spełniała kryterium skuteczności). Jednak niewątpliwie zachowanie to zaczęło wzbudzać zdecydowanie większy oddźwięk społeczny dopiero po uchwaleniu stosownej nowelizacji ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej. Tym samym legalność praktyki palenia kart powołania w pewnym sensie utrudniałaby niektórym oponentom zaangażowania Stanów Zjednoczonych w Azji Południowo-Wschodniej osiągnięcie założonych przez nich ekspresyjnych celów.

⁸¹ E. Barendt, *Freedom of speech*, Oxford 1985, s. 46.

⁸² I. R. Kaufman, *The medium, the message and the First Amendment*, New York University Law Review, vol. 45, s. 772 – 774.

zostać chirurgicznie oddzielony od środka przekazu. Alternatywne sposoby komunikacji, takie jak słowa, są często pozbawione ekspresyjnej siły zachowań symbolicznych [...] Ponadto teoretyczna dostępność alternatywnych środków przekazu posiada niewielką wartość dla tych, którzy są pozbawieni umiejętności lub też zasobów pozwalających na ich wykorzystanie”⁸³. Z kolei Howard Zinn, nawołując do rozpatrywania postępków O’Briena przez pryzmat kategorii obywatelskiego nieposłuszeństwa (w szerokim znaczeniu pojęcia), podkreśla, iż czyny takowe nadają ekspresji intensywność, której nie posiada „głosowanie, pisanie i mówienie”. Ponieważ nieposłuszeństwo obywatelskie jest instrumentem umożliwiającym dysydemtom podważanie opresyjnej tyranii większości, ekspresja symboliczna tego typu nie powinna być karana⁸⁴. W każdym razie dyrektywa postulowana przez Harlana nie została formalnie elementem testu O’Briena, acz uzasadnienie Warrena w żadnym miejscu wprost jej nie zakwestionowało.

Kompleksowa ewaluacja orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie Stany Zjednoczone vs. O’Brien musi pozostać dwuaspektowa. W pierwszej kolejności należy rozważyć zagadnienie samego standardu O’Briena *in abstracto*. Rozpocznijmy od rozważenia testu w jego autorytatywnej warrenowskiej interpretacji. Najogólniej mówiąc, wydaje się, iż zawarte w standardzie kryteria są relatywnie łatwe do spełnienia, a ustanowiony przezeń poziom ochrony wypowiedzi symbolicznych pozostaje dość skromny. Wprawdzie ciężar udowodnienia konstytucyjności regulacji teoretycznie spoczywa na stronie rządowej⁸⁵, ale, z uwagi na implikowaną przez treść uzasadnienia istotną deferencję wobec jej argumentów, fakt ten pozostaje raczej fikcyjnym zabezpieczeniem. Jako jedynie w niewielkim stopniu przesadzone można kwalifikować stanowisko Niny Kraut, według której test O’Briena wprowadza na tyle nieznaczne ograniczenia swobody legislacyjnej, że usprawiedliwione staje się utożsamianie go ze standardem racjonalności (w dostosowanym do specyfiki wypowiedzi symbolicznych ujęciu)⁸⁶. Jeśli z kolei abstrahować od dokonanej przez Warrena szczegółowej egzegezy kolejnych warunków standardu, to dla przeważającej części konstytucjonalistów test okazuje się dobrym in-

⁸³ W. E. Lee, *The futile search for alternative media in symbolic speech cases*, Constitutional Commentary, vol. 8, s. 451 – 452. Krytyka ta wydaje mi się generalnie trafna, albowiem wybór metody komunikowania określonych poglądów czy emocji jest immanentnym składnikiem wolności słowa (aczkolwiek oczywiście nie może on pozostawać nieskrępowany w tym samym stopniu, co głoszenie samego meritum przekazu).

⁸⁴ H. Zinn, *Law, justice and disobedience*, Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy, vol. 5, s. 899 – 900.

⁸⁵ Por. np. C. R. Smith, *The USA Patriot Act in historical context*, [w:] *Language, symbols, and the media: communication in the aftermath of the World Trade Center attack*, ed. by R. E. Denton, Jr., New Brunswick 2006, s. 79.

⁸⁶ N. Kraut, *Speech: a freedom in search of one rule*, Thomas M. Cooley Law Review, vol. 12, s. 179. Teza ta w znacznym stopniu znajdzie potwierdzenie w dalszych fragmentach książki dotyczących aplikacji standardu.

strumentem sędziowskiej analizy (niezależnie od zaproponowanej przez danego komentatora mniej bądź bardziej rygorystycznej wykładni konkretnych postanowień). Reprezentatywny zdaje się tutaj pogląd Arthura N. Eisenberga, który konstatuje, że standard O'Briena stanowi rozsądny kompromis pomiędzy uznaniem praw jednostki do indywidualnej suwerenności, autonomii, wolności przekonań i swobody ich manifestowania a uzasadnionymi roszczeniami demokratycznej większości i jej niekwestionowaną kompetencją do narzucania obywatelom społecznych zobowiązań⁸⁷. Chociaż analizowany test stawia rządowi – także w kontekście wypowiedzi symbolicznych – mniejsze wymagania, aniżeli czynią to zasady standardu „strict scrutiny” (co jest zresztą nieuniknione ze względu na charakter fenomenu zachowań ekspresyjnych), to jednak nie ignoruje całkowicie opartych na pierwszej poprawce roszczeń obywateli posługujących się wypowiedziami symbolicznymi w celach perswazyjnych i emocjonalnych⁸⁸. Jak konkluduje w tym kontekście Keith Werhan, standard O'Briena konstytuuje metodologiczną emanację ambiwalencji Sądu Najwyższego w przedmiotowej sprawie. Z jednej strony SN niechętny był bezkresnemu poszerzaniu spektrum ekspresyjnych zachowań zabezpieczanych przez klauzulę wolności słowa; z drugiej jednak nie mógł w dobrej wierze uznać, iż zachowanie O'Briena było totalnie pozbawione ekspresyjnych komponentów, oraz całkowicie pominąć – tj. merytorycznie zignorować – argumentu, iż potencjalnie regulacja Kongresu służyć mogła politycznym represjom. Ostatecznie, przyjęte przez SN rozwiązanie odrzucało te dwie radykalne koncepcje, *summa summarum* okazując się „akceptowalnym – i najprawdopodobniej nieuniknionym – sposobem traktowania incydentalnych ograniczeń nakładanych na swobodną ekspresję”. Zdaniem Werhana (potwierdzonym empirycznie), im bardziej czasowo oddalamy się od klimatu towarzyszącego obywatelskim protestom z lat 60., tym standard O'Briena budzi mniejsze kontrowersje⁸⁹.

Oczywiście w amerykańskiej nauce występują także odstępstwa od tych afirmatywnych ocen. Dobrym *exemplum* jest tutaj stanowisko Seida, który postrzega test jako nieporęczne narzędzie, niepotrzebnie komplikujące orzecznictwo powstałe na tle pierwszej poprawki. Jego zdaniem, kompletnie bezcelowe jest wyodrębnianie ekspresji symbolicznej jako osobnej konstytucyjnej kategorii. Przepisy odnoszące się do zachowań

⁸⁷ A. N. Eisenberg, *Accommodation and coherence: in search of a general theory for adjudicating claims of faith, conscience, and culture*, [w:] *Engaging cultural differences: the multicultural challenge in liberal democracies*, ed. by R. Schweder, M. Minow and H. R. Markus, New York 2004, s. 155 – 157.

⁸⁸ Por. K. Greenawalt, *Religion and the Constitution. Vol. I: free exercise and fairness*, Princeton 2006, s. 231.

⁸⁹ K. Werhan, *The O'Briening of free speech methodology*, Arizona State Law Journal, vol. 19, s. 636 – 637.

tego rodzaju powinny podlegać albo identycznym regułom, jak unormowania dotyczące „czystego słowa” (jeżeli interesy rządowe są związane z wpływaniem na wolny rynek idei), albo takim samym standardom, jak normy odnoszące się do czynów (jeśli rządowi nie chodzi o supresję ekspresji bądź jej konsekwencji). Przydatnym instrumentem analitycznym jest przeto jedynie trzeci (i oczywiście pierwszy) warunek standardu O’Brien⁹⁰. Innymi słowy, według Seida, judykatura powinna albo udzielać danemu zachowaniu pełni ochrony wynikającej z pierwszej poprawki, albo całkowicie zrezygnować z uwzględniania tej ostatniej przy ocenie zgodności z ustawą zasadniczą regulacji dotyczącej tegoż zachowania. *Tertium non datur*, a „intermediate scrutiny” nie ma konstytucyjnych podstaw. W mojej ocenie pogląd ten idzie zbyt daleko. Seid nie dostrzega bowiem realnego niebezpieczeństwa dla wolności ekspresji, jakie stwarzałyby – mimowolne i *bona fidei* – wprowadzanie przez ustawodawcę dysproporcjonalnych ograniczeń swobody wypowiedzi w imię „nieistotnych” interesów rządowych. Moim zdaniem, działania takie godziłyby w pierwszą poprawkę. Standard O’Brien – chociażby w skromnym wymiarze – posiada walor prewencyjny, pozwalający zapobiec takowej aktywności państwa (ewentualnie zniwelować jej skutki). Natomiast niewątpliwie test ten jest *par excellence* wytworem władzy sądowniczej, a bezpośrednie poszukiwanie jego warunków w ustawie zasadniczej kończyć się musi niepowodzeniem. Stanowi zatem w pewnym sensie wyraz aktywizmu judykatury. Jeżeli zgodzić się z poglądem, że amerykańskie prawo konstytucyjne zawiera szereg wyroków, które nie są w stanie precyzyjnie legitymizować swojego obowiązywania konkretnymi klauzulami zawartymi w ustawie zasadniczej⁹¹, to orzeczenie w sprawie Stany Zjednoczone vs. O’Brien jest paradygmatycznym przykładem tego proceduru. Sądzę jednak, iż w tym akurat przypadku konkluzje Sądu Najwyższego mieszczą się w granicach wyznaczonych aksjologią konstytucji.

Drugim koniecznym elementem całościowej ewaluacji przedmiotowego orzeczenia jest ustosunkowanie się do jego trafności w kontekście konkretnego czynu O’Brien i konkretnej regulacji, która to zachowanie penalizowała. W pierwszej kolejności warto zestawić wyrok z ogólną linią jurysprudencji Sądu Najwyższego podczas prezesury Earla Warrena. Sporo racji znajduje się w stwierdzeniu, że był to „najbardziej liberalny Sąd w amerykańskiej historii”⁹². Jak relacjonuje Bernard Schwartz, za czasów Warrena sędziowie byli wyraźnie „zaniepokojeni zwiększaniem się władzy państwowej oraz usiło-

⁹⁰ R. A. Seid, *op. cit.*, s. 622 – 627.

⁹¹ Por. J. Rubinfeld, *Revolution by judiciary: the structure of American constitutional law*, Cambridge 2005, s. 8. Badacz podkreśla równocześnie, iż należące do takiej kategorii decyzje judykatury podlegają częstokroć rewolucyjnym doktrynalnym transformacjom, prowadzącym do radykalnej zmiany ich treści.

⁹² J. J. Magee, *Freedom of expression*, Westport 2002, s. 206.

wali chronić jednostkową autonomię nawet w społeczeństwie, w którym człowiek niewiele znaczy w obliczu skoncentrowanej władzy, która stoi naprzeciw niego”. Z tych względów dla prezesa SN powściągliwość judykatury nie była „właściwą postawą w sprawach dotyczących domniemanych naruszeń uprawnień jednostek”. Stosownym podejściem jest tu raczej podejmowanie aktywnej interwencji, by zagwarantować rzeczywiste przestrzeganie postanowień zawartych w Karcie Praw. Warren krytykował zatem „sędziowską abnegację” (*à la* Felix Frankfurter), którą utożsamiał z „abdykacją z konstytucyjnych zobowiązań”. Schwartz konkluduje, że Sąd Warrena nie miał sobie równych w „poszerzaniu sfery obywatelskich wolności, rozszerzaniu uprawnień politycznych, upowszechnianiu prawa do głosowania, wzmacnianiu wolności słowa, zgromadzeń i wyznania, ograniczaniu władzy polityków przesiadujących w «zadymionych pomieszczeniach», definiowaniu granic władzy policyjnej” oraz zwalczaniu miazmatów segregacji rasowej. Wolność słowa i prasy, swobody religijne, prawa mniejszości oraz uprawnienia oskarżonych w procesach karnych – wszystkie te zagadnienia zostały objęte pieczołowitą kuratelą sądów, a ogniskową konstytucjonalizmu stała się ochrona jednostki przed uroszczeniami państwa⁹³. W interesującym nas kontekście trzeba podkreślić, iż w okresie wojny wietnamskiej SN wielokrotnie pokazywał swe przywiązanie do zasady wolności słowa, o czym świadczą choćby wyroki w sprawach *Tinker vs. Des Moines School District* lub też *Brandenburg vs. Ohio*. Co więcej – jak odnotowuje Lawrence Baum – SN często *expressis verbis* stawał w obronie dysydentów, „subtelnie przyczyniając się tym samym do rozwoju ruchu antywojennego”⁹⁴. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy – prezentujący generalnie w czasie prezesury Warrena liberalne stanowisko w kwestii wolności słowa i konfliktu wietnamskiego – odrzucił szerokie i permissywne traktowanie indywidualnych swobód⁹⁵. Z doktrynalnego punktu widzenia omawiany wyrok był przeto wyjątkiem⁹⁶. Nie może zatem dziwić nas fakt, iż spotkał się z niejednokrotnie fundamentalną krytyką liberalnie nastawionych komentatorów. Jeszcze podczas trwania wojny w Wietnamie Norman Dorsen i David Rudovsky wskazywali, że konflikt ten „wymaga od Stanów Zjednoczonych, w okresie zewnętrznego

⁹³ B. Schwartz, *The unpublished opinions of the Warren Court*, New York 2004, s. 15 – 17.

⁹⁴ L. Baum, *The Supreme Court*, Washington 1989, s. 244. Baum przywołuje tutaj przykładowo sprawy *Oestereich vs. Selective Service Board*, 393 U. S. Reports 233 (1968) i *Gutknecht vs. Stany Zjednoczone*, 396 U. S. Reports 295 (1970), w których Sąd Najwyższy zapobiegł posługiwaniu się przez władzę mechanizmem poboru jako narzędziem politycznej represji (tj. wcielaniu do armii osób wyrażających swój protest przeciwko wojnie wietnamskiej np. poprzez odesłanie swoich kart powołania do właściwych komisji wojskowych).

⁹⁵ Zob. np. B. Habenstein, *Changing America and the Supreme Court*, New York 1970, s. 176 – 177.

⁹⁶ L. Epstein, T. G. Walker, *Constitutional law for a changing America: rights, liberties, and justice*, Washington 1992, s. 139; N. Devins, L. Fisher, *The democratic constitution*, New York 2004, s. 180.

go kryzysu i wewnętrznych napięć, konfrontacji z ich historycznymi ideałami oraz reafirmacji ich wsparcia dla podstawowych wartości. Skoro zatem jesteśmy zmuszeni ponieść tę odpowiedzialność, to uczynmy z takiej autoanalizy poważny i dogłębny proces. Czyniąc to, naród powinien przypomnieć sobie, że stopień, w jakim będzie bronił jednostkowych swobód w dobie kryzysu, łatwo może okazać się ostatecznym testem jego politycznej moralności⁹⁷. Jak z ubolewaniem konstatawali jednakże autorzy, znaczący segment opinii publicznej zrównuje działalność dysydencką z niełojalnością wobec kraju i nonkonformizm ze zdradą, a judykatura (czego egzemplifikacją jest orzeczenie w sprawie O'Briena) niedostatecznie stanowczo broni praw protestujących, odmawiając udzielenia potrzebnej legalnej osłony osobom odwołującym się do nieortodoksyjnych (wykraczających poza „tradycyjne granice wolnego słowa”) metod wyrażenia sprzeciwu wobec rządowej polityki⁹⁷. W analogicznym tonie wypowiada się także m.in. Daniel N. Hoffman, którego zdaniem wyrok przyjął „wąskie, sztuczne i niewiarygodne rozumienie pojęcia «ograniczenie wolności słowa»”⁹⁸. Z kolei Ronald Rolnick, jednoznacznie aprobując standard O'Briena, twierdzi zarazem: „Niestety, zastosowanie przez Sąd Najwyższy jego własnego testu grzeszyło nieszczerością i skutkowało utrzymaniem wyroku skazującego bez wyczerpującego zademonstrowania, jak badane unormowanie promowało znaczący niekomunikacyjny interes rządowy [...] W orzeczeniu nie było żadnej dyskusji na temat, dlaczego ustawa antydestrukcyjna była kluczowa dla działania systemu poboru”⁹⁹. Nieco bardziej zniuansowaną ocenę przedstawia natomiast Kirven. Autor jest bowiem daleki od jakiegokolwiek absolutyzmu ideologicznego i przypomina, że nieskrępowana wolność jest po prostu anarchią, koncentrowanie się przez jednostkę wyłącznie na swoich uprawnieniach prowadzi do lekceważenia przez nią własnych powinności, swoboda protestu nie powinna być identyfikowana z prawem do utrudniania egzystencji społeczeństwa, a bycie dysydem nie oznacza dysponowania „licencją na łamanie przepisów”, posiadania roszczeń do wyjątkowego traktowania i cieszenia się szczególnym statusem. Jednak, argumentuje dalej Kirven, by głos mniejszości był odpowiednio słyszalny, dysydem musi (w granicach rozsądku) mieć prawo użycia środków wyrazu przyciągających uwagę opinii społecznej. Rozstrzygając analizowany casus, Sąd Najwyższy odebrał O'Brienowi taką możliwość¹⁰⁰. Bez trudu możemy oczywiście przywołać wiele radykalnie odmiennych wypowiedzi pozytywnie waloryzujących wy-

⁹⁷ N. Dorsen, D. Rudovsky, *Some thoughts on dissent, personal liberty and law*, American Bar Association Journal, vol. 54, s. 752, 758.

⁹⁸ D. N. Hoffman, *Our elusive Constitution: silences, paradoxes, priorities*, Albany 1997, s. 3.

⁹⁹ R. Rolnick, *Suppression of symbolic speech: antispeech versus nonspeech interest*, UCLA Law Review, vol. 22, s. 970 – 971.

¹⁰⁰ G. Kirven, *op. cit.*, s. 88 – 89.

rok, głoszonych głównie przez komentatorów o konserwatywnych inklinacjach. Wspomnieć warto np. o stanowisku Theodore'a L. Crafta, który niedwuznacznie aprobuje konkluzję SN, jakoby nowelizacja ustawy o przeszkoleniu i służbie wojskowej wymierzała sankcje karne za czyn, a nie za ekspresję. Autor dodaje również, iż nawet uznanie danego zachowania symbolicznego za *sui generis* ekwiwalent języka niekoniecznie winno przesądzać o udzieleniu mu protekcji wynikającej z pierwszej poprawki. Koniecznym zabiegiem jest raczej bilansowanie interesów państwowych i jednostkowych, a adekwatnym papierkiem lakmusowym w rozstrzyganiu tego typu problemów powinna być istota tego zachowania i jego konsekwencje społeczne. Według Crafta, Warren słusznie pozostawił ustawodawcy swobodę działania w zakresie stanowienia norm limitujących swobodę postępowania (które są konieczne dla zagwarantowania porządku i bezpieczeństwa publicznego), nawet jeśli akcydentalnie naruszają one czyjaś wolność słowa. Jak podsumowuje badacz, „sama idea władzy politycznej oraz prawa ludu do powołania rządu niesie ze sobą korespondujący obowiązek zdecydowanej negacji niewłaściwych sprzeciwów wobec ich prawowitego autorytetu. Historia nie zna żadnego substytutu dla systemu prawnego tworzonego, by zaspokoić potrzeby społeczeństwa traktowanego jako organiczna całość”¹⁰¹. Nieco inaczej rozkłada natomiast akcenty Christopher Wolfe, który, także chwając orzeczenie za odpowiedzialne docenienie doniosłych wartości społecznych kolidujących niekiedy z tymi chronionymi przez zasadę wolności słowa, podkreślał szczególnie dobitnie, iż wyrok stanowił przejaw rozsądnego odrzucenia przez SN postawy sędziowskiego aktywizmu, polegającego na redukowaniu obszaru kompetencji legislatywy w imię rzekomych konstytucyjnych uprawnień jednostek¹⁰². Miarodajnym podsumowaniem takich pozytywnych ocen mogą być słowa Marka H. Roelofsa, którego zdaniem Sąd Najwyższy ma prawo czuć dumę z omawianego wyroku. Z jednej strony poszerzył on znacząco sferę wolności (zakwalifikował wszak postępek O'Briena jako „słowo”); z drugiej uwzględnił jednak fakt, że swoboda wypowiedzi tylko incydentalnie może być utożsamiona z prawem do posuwania się w kierunku politycznego ekstremum, a w ostatecznej instancji oznacza po prostu możliwość partycypacji w dialogu społecznym¹⁰³.

Jak już zostało uprzednio zasugerowane, autor niniejszej książki jest odległy od jakichkolwiek ideowych sympatii w stosunku do O'Briena oraz bynajmniej nie żywi

¹⁰¹ T. L. Craft, *Symbolic expression: flag desecration – attitudes and the law*, Suffolk University Law Review, vol. 5, s. 442, 451 – 452.

¹⁰² Ch. Wolfe, *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?*, Lanham 1997, s. 132.

¹⁰³ M. H. Roelofs, *The poverty of American politics: a theoretical interpretation*, Philadelphia 1996, s. 109.

przekonania, że niszczenie czy też uszkodzanie karty powołania do wojska w celu wyrażenia politycznej opinii w każdej sytuacji zasługuje na ochronę pierwszej poprawki. Mimo to dezynwoltura, z jaką SN odniósł się do argumentacji O'Briena, powoduje, iż, niezależnie od stosunku do samej sentencji orzeczenia, rozumowanie Sądu Najwyższego nie wzbudza mego entuzjazmu. Zgadzam się bowiem z tezą Alfange'a, że przy rozstrzygnięciu przedmiotowego casusu SN odrzucił roszczenie politycznego dysydenta w sposób wyjątkowo beztroski, nie zważył dogłębnie wszystkich aspektów sprawy, nie podjął nawet próby odpowiedzi na szereg trudnych konstytucyjnie pytań, strywializował skomplikowaną materię oraz przyjął zdradliwie prostą i powierzchowną wykładnię prawa¹⁰⁴.

2. Bezczeszczenie flagi narodowej – szczególny casus zastosowania standardu O'Briena

Nietrudno zauważyć, iż dotychczas przedstawione orzeczenia Sądu Najwyższego USA w kwestii wypowiedzi symbolicznych ogniskowały się wokół spraw nader kontrowersyjnych z politycznego, ideologicznego bądź społecznego punktu widzenia. Prawo do gloryfikowania doktryny komunistycznej, granice obowiązku patriotycznej lojalności w czasie wojny, prawo do publicznego wyrażania emfaticznego sprzeciwu wobec uznawanej za niemoralną polityki państwa (segregacja rasowa i militarne zaangażowanie Stanów Zjednoczonych w Wietnamie), istnienie konstytucyjnego uprawnienia do propagowania rasizmu – normatywna ewaluacja tych zagadnienia nie stanowiła jedynie przedmiotu ezoterycznej i erudycyjnej refleksji praktyków oraz teoretyków prawa, ale znajdowała również oddźwięk w szerszych kręgach społeczeństwa. Jednak żaden z zaprezentowanych wyroków SN nie wywołał emocji porównywalnych z tymi, które były bezpośrednim następstwem dwóch wydanych na przełomie lat 80. i 90. orzeczeń¹⁰⁵ dotyczących zgodności z pierwszą poprawką regulacji mających na celu ochronę flagi Stanów Zjednoczonych przed zbezczeszczeniem. Społeczna debata na temat właściwego traktowania amerykańskiego sztandaru wykraczała zresztą poza kontekst stosownych regulacji prawnych. O ile w aspekcie jurydycznym zagadnienie desakralizacji flagi („flag desecration”) pojawiała się przeważnie w odniesieniu do ekspresji o charakterze politycznym (polegającej najczęściej na spaleniu sztandaru), o tyle w aspekcie debaty publicznej duże kontrowersje budziła także np. kwestia prowokującego wykorzystania

¹⁰⁴ D. Alfange, *op. cit.*, s. 2 – 3. Najprawdopodobniej ułomności te w znacznym stopniu były funkcją dostrzeżonej w literaturze przedmiotu niechęci (i braku umiejętności) Warrena do teoretyzowania. Por. L. A. Powe, Jr., *The Warren Court and American politics*, Cambridge 2000, s. 303.

¹⁰⁵ *Texas vs. Johnson*, 491 U. S. Reports 397 (1989); *Stany Zjednoczone vs. Eichman*, 496 U. S. Reports 310 (1990).

flagi w różnego typu instalacjach artystycznych¹⁰⁶. Fakt, że jedynie część zachowań polegających na niestosownym traktowaniu flagi stanowiła nie tyle przedmiot zainteresowania prawodawcy, co obiekt uwagi organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, nie powinien zresztą budzić szczególnego zdziwienia ze względu chociażby na popularność posługiwania się rzeczonym symbolem w Stanach Zjednoczonych¹⁰⁷. Warto także w tym miejscu wyraźnie odnotować, że omawiane w tej partii książki spory obracały się wokół sprzecznego z uregulowaniami prawnymi wykorzystania flagi Stanów Zjednoczonych w celach ekspresyjnych (w rozumieniu pierwszej poprawki); bezmyślne uszkodzanie bądź też niszczenie sztandaru w żaden sposób nie implikuje konstytucyjnej klauzuli wolności słowa¹⁰⁸.

Poruszenie społeczne i eksplozja namiętności politycznych wywołane przez wspomniane powyżej orzeczenia SN – delegalizujące na podstawie pierwszej poprawki właściwie wszystkie unormowania obejmujące flagę państwową szczególną ochroną przed ekspresyjnym atakiem – nie powinny zresztą wzbudzać większego zdziwienia. Nawet biorąc poprawkę na wyjątkowe przywiązanie Amerykanów do zasady swobody wypowiedzi, dla przeciętnego człowieka fakt uznania symboliki narodowej za uprawniony przedmiot ochrony prawnokarnej jest zapewne całkowicie usprawiedliwiony normatywnie i aksjologicznie. Zajmując odmienne stanowisko, amerykańska jurysprudencja ponownie (i zarazem w niesłychanie dobitny sposób) uwypukliła fundamentalną rolę wolności słowa w polityczno-prawnym porządku USA. Tytułem kontrastu warto przywołać dwa orzeczenia innych sądów konstytucyjnych, funkcjonujących w ramach zróżnicowanych kultur prawnych, które przyjęły radykalnie inną perspektywę. W 1999 roku Sąd Najwyższy Hongkongu stwierdził, że zakaz hańbienia flagi państwa stanowi wyłącznie dopuszczalną delegalizację formy ekspresji (która może wyrażać dowolną światopoglądowo treść), a nie ograniczenie wolności słowa *per se*; osobom pragnącym posłużyć się ową metodą przysługuje dostatecznie szeroka paleta alternatywnych środków wyrazu, pozwalających im komunikować przekaz bez uszczerbku dla jego treści¹⁰⁹. Z kolei węgierski sąd konstytucyjny wprost przyznał władzy prawo do kryminalizacji bezczeszcze-

¹⁰⁶ Por. np. J. Frohnmayer, *Out of tune: listening to the First Amendment*, Golden 1995, s. 39 – 45, gdzie autor relacjonuje polityczne i społeczne kontrowersje (o bardzo szerokim zasięgu) wywołane przez instalację, która stwarzała zwiedzającym możliwość podeptania flagi USA.

¹⁰⁷ Jak trafnie zauważa George Anastaplo, „it is likely to be obvious that most desecrations – as on clothing or in advertising – are simply ignored by the authorities, [w:] *idem, Reflections on freedom of speech and the First Amendment*, Lexington 2007, s. 136.

¹⁰⁸ K. Duggal, S. Sridhar, *Reconciling freedom of expression and flag desecration: a comparative study*, Hanse Law Review, vol. 2, s. 152.

¹⁰⁹ N. Jayawickrama, *The judicial application of human rights law: national, regional and international jurisprudence*, New York 2002, s. 678 – 679.

nia symboliki państwowej, która jest emanacją cennych dla narodu wartości. Zdaniem sądu, wymóg ochrony fundamentalnych dla zbiorowości symboli posiada uzasadniony priorytet nad prawem jednostek do swobodnej autoekspresji¹¹⁰. Należy mocno podkreślić, że pomimo wskazanego nastawienia społecznego, przykładów pochodzących z innych systemów prawnych oraz faktu, że przedmiotowe wyroki SN USA zapadły najmniejszą z możliwych większości (5 do 4), dla licznych komentatorów orzeczenia w sprawach *Texas vs. Johnson* oraz *Stany Zjednoczone vs. Eichman* były ze *stricte* analitycznego punktu widzenia w gruncie rzeczy oczywiste. Jak konstatował choćby Geoffrey R. Stone, jedyną zdumiewającą rzeczą jest fakt, że wyroki nie zapadły jednomyślnie¹¹¹. Alec Stone Sweet i Martin Shapiro trafnie odnotowywali natomiast, że z perspektywy argumentacji prawniczej wspomniane wyroki bynajmniej nie były precedensowe i w żadnym wypadku nie stanowiły jakiegokolwiek punktu zwrotnego w orzecznictwie SN; konstytuowały wyłącznie klaryfikację i umocnienie normatywnych trendów i stwierdzeń zawartych we wcześniejszych rozstrzygnięciach¹¹². Istnieje znaczna doza słuszności w tezie Jeffrey’ a A. Segala i Harolda J. Spaetha, według których politycznie kontrowersyjne sprawy (wzbudzając bardzo silne emocje społeczne) rzadko kiedy naruszają tradycyjne paradygmaty orzecznictwa, a zbulwersowanie szerokich kręgów opinii publicznej treścią konkludujących je wyroków stosunkowo szybko wygasa¹¹³. Niemniej jednak ponownie podkreślimy, iż bezpośrednio po wydaniu interesujących nas tutaj rozstrzygnięć zdecydowana większość amerykańskiego społeczeństwa była niemalże zszokowana (a na pewno wstrząśnięta) ich treścią (a przynajmniej ich finalnymi rezultatami).

Poziom emocji wygenerowanych przez przedmiotowe wyroki był w znacznym stopniu refleksem szczególnego miejsca, jakie w amerykańskiej tradycji i kulturze zajmuje flaga USA. Warto poświęcić kilka uwag owemu zagadnieniu, aby uświadomić czytelnikowi ideologiczne tło analizowanego tu sporu prawnego. Aczkolwiek we współczesnej przesiąkniętej cynizmem rzeczywistości teza, że od chwili swojego przyjęcia „gwiazdzisty sztandar zapracował na oraz otrzymał szacunek wszystkich Amerykanów”¹¹⁴, wywołuje u wielu osób sardoniczny uśmiech, to jednak zawarte w niej założenie jest zakorzenione w społecznych realiach (choć oczywiście bezpodstawne są jego pre-

¹¹⁰ W. Sadurski, *Rights before courts: a study of constitutional courts in postcommunist states of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2005, s. 163.

¹¹¹ Cyt. za N. Hentoff, *Free speech for me – but not for thee: how American Left and Right relentlessly censor each other*, New York 1993, s. 233.

¹¹² M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On law, politics and judicialization*, Oxford 2002, s. 126 – 127.

¹¹³ J. A. Segal, H. J. Spaeth, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Cambridge 2002, s. 150.

¹¹⁴ D. Eggenberger, *Flags of the U.S.A.*, New York 1959, s. 193.

tensje uniwersalizacyjne). Nie sposób polemizować z poglądem, że flaga Stanów Zjednoczonych to najważniejszy symbol dla amerykańskiego społeczeństwa¹¹⁵. Jak dowodzą Marguerite Helmers i Charles A. Hill, bezpośrednie symboliczne oddziaływanie flagi amerykańskiej wywołuje u większości odbiorców takiego przekazu reakcję związaną z patriotyzmem, narodową lojalnością czy potęgą państwa, a „kiedykolwiek pojawia się symbol flagi, amerykańska opinia publiczna kojarzy go z tymi abstrakcyjnymi ideałami – nawet jeżeli jednostki nie reagują nań emocjonalnie. Kolorystyka flagi również ma symboliczne znaczenie: czerwień nawiązuje do męstwa, biel do niewinności, a kolor niebieski do sprawiedliwości”. Z perspektywy przeciętnego obserwatora sztandar jest więc materializacją ducha narodowego, a jego obraz to synekdocha dla obrazu kraju i obywateli¹¹⁶. Zasadne wydaje się stwierdzenie, iż flaga państwowa jest dla mieszkańców USA „symbolem sumarycznym” (oraz kwintesencją „the American way”), syntetyzującym szereg idei czy też emocji dotyczących narodowej siły, wolności, demokracji, kapitalizmu, etyki pracy itp. oraz wywołującym w jednostkach uczucie kolektywnej identyfikacji i poczucie przynależności do zjednoczonej wokół fundamentalnych pryncypiów zbiorowości¹¹⁷. Jak pokazują badania socjologiczne, samo podniesienie sztandaru powoduje u wielu Amerykanów reakcje natury fizjologicznej (mrowienie w kręgosłupie, łzy w oczach, ściśnięcie gardła itd.)¹¹⁸. Polityczne przekonania odnoszące się do flagi mogą wręcz posiadać równą siłę emocjonalną, jak przeżycia religijne, a bezczeszczenie sztandaru – będące ciosem w amerykańską patriotyczną religię obywatelską – bywa traktowane jako swego rodzaju odpowiednik bluźnierstwa¹¹⁹. Fakt ten znajduje odzwierciedlenie na językowej płaszczyźnie debaty w sprawie stosownych orzeczeń Sądu Najwyższego, podczas której zwolennicy optyki penalizacyjnej posługują się sformułowaniem o „desakralizacji flagi”¹²⁰.

Warto tu oczywiście nadmienić, iż zrelacjonowany wyżej stosunek do flagi wzbudza rozliczne reakcje polemiczne, zarzucające jego eksponentom idolatrię (ostatecznie

¹¹⁵ W. Lloyd Warner, *The living and the dead: a study of the symbolic life of Americans*, New Haven 1959, s. 37.

¹¹⁶ M. Helmers, Ch. A. Hill, *Introduction*, [w:] *Defining visual rhetoric*, ed. by Ch. A. Hill and M. Helmers, Mahwah 2004, s. 7.

¹¹⁷ C. Bell, *Ritual: perspectives and dimensions*, New York 1997, s. 156.

¹¹⁸ D. K. Brown, *Social blueprints: conceptual foundations of sociology*, New York 2004, s. 107.

¹¹⁹ Por. L. W. Levy, *Blasphemy: verbal offense against the sacred from Moses to Salman Rushdie*, Chapel Hill 1995, s. 553, 572.

¹²⁰ Oczywiście zwrotu tego nie należy interpretować literalnie. Jak kąśliwie zauważa George P. Fletcher, „można przypuszczać – a przynajmniej wyrażać nadzieję – że, niezależnie od rewerencji i szacunku żywionego przez patriotów wobec flagi, nie traktują jej oni jako świętego [tj. konsekrowanego – L. M.] przedmiotu”, [w:] *idem, Rethinking criminal law*, Oxford 2000, s. 380. Użyty język spełnia tu raczej funkcję czysto emotywną aniżeli deskryptywną.

praktycznie każdy symbol posiada swych ikonoklastów...). Pozostając w sferze *de lege ferenda*, użyteczną ilustracją starcia tych dwóch stanowisk może być przywołanie dwóch esejów, zestawionych w książce poświęconej kwestii granic wolności wypowiedzi i poruszających problem palenia flagi. Autor pierwszego z nich, emerytowany generał armii USA Patrick Brady, rozpoczyna swój wywód od stwierdzenia, że próba rozdzielenia prawa od moralności oraz wolności obywatelskich od patriotyzmu tożsama jest z okaleczaniem Ameryki. Przyznanie jednostkom uprawnienia do bezczeszczenia flagi to ekwiwalent udzielenia *carte blanche* na bezczeszczenie własnej matki. Reguła wolności słowa nie wymaga tolerowania zachowania, które przygniatająca większość Amerykanów uznaje za etycznie złe lub obraźliwe. Podważanie podstawowych wartości narodowych nie jest cnotą; nie jest nią też roztaczanie nad autorami tak niegodnych czynów ochrony prawnej. Flaga stanowi tak cenny przedmiot, że pojmani przez wroga amerykańscy żołnierze próbowali skonstruować ją sobie z „kawałków płótna bądź papieru toaletowego”, by nawet w niewoli móc deklamować przysięgę na wierność. W przeświadczeniu Brady’ego, palenie sztandaru jest przestępstwem motywowanym nienawiścią („hate crime”). Autor dodaje patetycznie, że tym, którzy sądzą, iż niedopuszczalne jest promowanie patriotyzmu poprzez odwołanie się do przymusu prawnego, należy odpowiedzieć, że jest on ostatnim schronieniem wolnych ludzi, a każde unormowanie winno inspirować, uczyć, popierać i gwarantować patriotyzm wśród obywateli. Jak puentuje Brady, „tych, którzy mówią, że flaga reprezentuje prawo do jej podpalania, że nasi żołnierze ginęli na polach bitewnych rozsianych po całym świecie po to, by flagi mogły być palone na rogatkach amerykańskich ulic, należy przestrzec: nie mówcie tego weteranom”. Polemiczny tekst został natomiast napisany przez felietonistę *Washington Post* Michaela Kinsleya, który w równie emocjonalnym tonie przekonuje, że delegalizacja palenia flagi byłaby manifestacją idolatrii, a tryumf zwolenników penalizacji stanowiłby powód do wstydu dla Amerykanów. Jak pisze publicysta, głosy orędowników kryminalizacji to wyraz fetyszyzacji sztandaru państwa, a czczenie flagi jako jednej z amerykańskich ikon jest najbardziej beztreściową z możliwych postaci patriotyzmu. Flaga nie posiada wszak żadnego bezpośredniego związku z wartościami i zasadami, które czynią Stany Zjednoczone wyjątkowym miejscem na ziemi. Nawet jednak gdyby powiązanie istniało, to i tak osoby chcące zakazać bezczeszczenia sztandaru „usiłując zabronić jednego ze sposobów wyrażenia krytycyzmu wobec rządu [...] same dopuszczają się symbolicznego – a w końcu chodzi tu o symbole – znieważenia flagi”. Postulaty te są frontalnym atakiem na „ ducha Pierwszej Poprawki”, stanowiącej rdzeń amerykańskiej konstytucji¹²¹.

¹²¹ P. Brady, *Flag burning should be banned* i M. Kinsley, *Flag burning should not be banned*, [w:] *Should there be limits to free speech?*, ed. by L. Egender, San Diego 2002, s. 70 – 76.

Reasumując dotychczasowe rozważania, zasadna wydaje się teza, że sprawa desakralizacji flagi stanowiła w ostatniej dekadzie minionego wieku – obok problematyki przerywania ciąży, moralności seksualnej, wartości rodzinnych bądź też finansowania przez państwo obrażającej uczucia religijne sztuki – jeden z podstawowych frontów amerykańskiej wojny kulturowej¹²². Należy równocześnie nadmienić, iż kontrowersje prawne powstałe na tle interpretacji klauzuli wolności słowa w kontekście bezczeszczenia sztandaru związane były ściśle z ogólniejszymi sporami polityczno-ideologicznej natury. Z jednej strony można bez trudu skonceptualizować analizowaną dyskusję jako reprezentatywny przejaw klasycznego już doktrynalnego konfliktu pomiędzy liberałami (względnie libertarianami) a konserwatystami. Niewątpliwie traktowanie prawa do zbezczeszczenia flagi jako desygnatu gwarantowanej pierwszą poprawką swobody wypowiedzi wynika z afirmacji liberalnych interpretacji zasady wolności słowa, z uznawania jednostkowej autonomii za fundamentalną wartość oraz z krytycznego stosunku do arbitralnej interwencji państwa (choćby motywowanej najszlachetniejszymi przesłankami) w obszar indywidualnych uprawnień¹²³. Z kolei postulat objęcia sztandaru państwowego ochroną prawa dobrze komponuje się z konserwatywną aprobatą tradycji, autorytetu, hierarchii i moralizmu w polityce¹²⁴. Z drugiej strony przedmiotową debatę można także ująć w kategoriach opozycji między paradygmatem liberalnym a komunitarystycznym. Jak przekonująco dowodzi Robert C. Post, spór na temat penalizacji bezczeszczenia flagi odzwierciedla jeden z podstawowych dylematów współczesnego prawodawcy (nie tylko amerykańskiego), który zmuszony jest do opowiedzenia się bądź to za uwzględnianiem przez dany porządek normatywny wspólnotowo zakorzenionych tożsamości obywatelskich i mniej lub bardziej substancjalnie definiowanych koncepcji i wizji samopojmowania się czy autointerpretacji określonej społeczności, bądź to za „hermeneutycznym projektem responsywnej demokracji”, w której autonomiczne jednostki posiadają prawo do „kreowania własnych urzędzeń społecznych” bez konieczności brania pod uwagę obowiązków wynikających z faktu ich egzystowania w konkretnej wspólnocie. Innymi słowy, wybór pomiędzy niekaralnością a karalnością desakralizacji

¹²² Por. P. DiMaggio, *The myth of culture war: the disparity between private opinion and public politics*, [w:] *The fractious nation? Unity and diversity in contemporary American life*, ed. by J. Rieder, Berkeley 2003, s. 80, 84.

¹²³ Por. R. West, *Progressive constitutionalism*, Durham 1994, s. 105 – 107.

¹²⁴ Jak ironicznie zauważa Rebecca E. Klatch, odwołujący się do tradycjonalizmu i liberalizmu protagoniści debaty w kwestii palenia flagi częstokroć postrzegali swych przeciwników jako, alternatywnie, „palących trawkę lewaków” lub obsesyjnie skoncentrowanych na problematyce prawa i porządku zwolenników autorytaryzmu gotowych bez wahania poświęcać fundamentalne jednostkowe prawa, [w:] *idem*, *The development of individual identity and consciousness among movements of the Left and Right*, [w:] *Social movements: identity, culture, and the state*, ed. by D. S. Meyer, N. Whittier and B. Robnett, New York 2002, s. 196.

sztandaru stanowi refleks ogólniejszego filozoficznoprawnego oraz filozoficznopolitycznego problemu. Rozstrzygnięcie tegoż dylematu wymaga jasnego opowiedzenia się za formalistycznym lub za substancjalnym modelem demokracji i stawia ustawodawcę przed koniecznością odpowiedzi na pytanie, czy doktryny prawne winny być ustanawiane w społecznej próżni (po to, by kreować „przestrzeń dla autonomicznych jednostek niezależnie kształtujących stosunki społeczne”), czy też raczej powinny być pochodną wspólnotowych i społecznie zakorzenionych praktyk, której celem jest podtrzymywanie norm postępowania wspierających i definiujących indywidualną i zbiorową tożsamość Amerykanów w imię aksjologicznie nieneutralnej koncepcji dobra ogółu, z którą identyfikuje się większość obywateli¹²⁵. W realiach amerykańskich trudno oczywiście mówić o nieusuwalnej antynomii i polaryzacji rzeczonych stanowisk. Tradycja liberalna (wyrażona przecież także – a może przede wszystkim – w szeroko interpretowanej klauzuli wolności słowa) jest wszakże ważnym elementem tożsamości obywateli Stanów Zjednoczonych. Ponadto, jak pisze James P. Young, rzecznicy poglądów liberalnych i komunitarystycznych, wychodząc z odmiennych przesłanek filozoficznych i doktrynalnych, niejednokrotnie formułują identyczne konkluzje¹²⁶. O ile jednak budowanie takowej generalnej dychotomii może być bezzasadne, o tyle sprawa bezczeszczenia flagi jest przypadkiem granicznym, a stosunek do tej praktyki w sposób radykalny różnicuje obydwie optyki. W każdym razie przedmiotowy spór prawny bez wątpienia był funkcją sporu ideologicznego. Trudno przy tym nie zgodzić się z Susan Scafidi, która wyraża wątpliwość, czy analiza prawna odwołująca do pierwszej poprawki jest w stanie „zapośredniczać kulturowe wartości wyznawane przed strony debaty, a nawet czy jest zdolna je uchwycić”. W przekonaniu autorki, protagoniści dyskusji pozostający na przeciwstawnych krańcach politycznego spektrum winni konsensualnie stwierdzić, że rozważanie problematyki „normatywnego posługiwania się przedmiotami kulturowymi” z perspektywy konstytucyjnej zasady wolności słowa to niestety używanie tępego narzędzia przy próbie rozsądzenia wielce skomplikowanego pod względem społecznym i doktry-

¹²⁵ R. C. Post, *Between democracy and community: the legal constitution of social form*, [w:] *Democratic community*, ed. by J. W. Chapman and I. Shapiro, New York 1993, s. 177 – 178; *idem*, *Constitutional domains: democracy, community, management*, Cambridge 1995, s. 191 – 192. Szerzej na temat komunitarystycznej krytyki liberalizmu (którego prawną konsekwencją były relewantne orzeczenia Sądu Najwyższego) zob. np. A. Szahaj, *Jednostka czy wspólnota? Spór liberalistów z komunitarystami a „sprawa polska”*, Warszawa 2000, s. 17 – 53; A. Chmielewski, *Społeczeństwo otwarte czy wspólnota? Filozoficzne i moralne podstawy nowoczesnego liberalizmu oraz jego krytyka we współczesnej filozofii społecznej*, Wrocław 2001, s. 220 – 294.

¹²⁶ J. P. Young, *Reconsidering American liberalism: the troubled odyssey of the liberal idea*, Boulder 1996, s. 290 – 291.

nalnym zagadnienia¹²⁷. W mojej ocenie, przebieg prezentowanej niżej polemiki w dużym stopniu potwierdzał tę pesymistyczną tezę.

Orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawach *Texas vs. Johnson* oraz *Stany Zjednoczone vs. Eichman* nie były bynajmniej pierwszymi wyrokami tego ciała dotyczącymi problematyki niewłaściwego traktowania flagi państwowej. Przed przystąpieniem do omówienia finalnych rozstrzygnięć w tej materii, należy zatem przynajmniej pokrótce przywołać uprzednie decyzje SN. Wskazane zagadnienie było przedmiotem deliberacji Sądu Najwyższego już w 1907 roku przy okazji procesu *Halter vs. Nebraska*¹²⁸, w którym centralną kwestią była konstytucyjność unormowania stanowego zakazującego sprzedaży produktów ozdobionych – dla celów reklamowych – wzorem flagi państwowej. SN orzekł o zgodności takiego przepisu z ustawą zasadniczą, albowiem nie dostrzegł jego ewidentnej kolizji z żadnym konkretnym zapisem konstytucji¹²⁹. Jak dowodził autor uzasadnienia John Marshall Harlan (dziadek sędziego znanego nam m.in. ze sprawy *Cohen vs. California*), od najdawniejszych czasów flagi i sztandary reprezentowały historię i siłę czczących je narodów. Nie ma zatem nic dziwnego czy niestosownego w tym, że również naród amerykański – poprzez działania legislatyw stanowych – uznaje flagę za emblemat republiki, symbolizujący jej trwanie i suwerenność. W każdym „prawdziwym Amerykaninie” flaga wzbudza pozytywne uczucie dumy z faktu, iż ma on możliwość żyć w wolnym kraju. W ocenie Harlana, państwo zlekceważyłoby swe zobowiązania, gdyby zignorowało powszechną niechęć oraz brak tolerancji obywateli wobec zachowań nietraktujących sztandaru z należnym mu szacunkiem. Patriotyzm – którego inspirowanie jest uprawnionym konstytucyjnie zadaniem władzy publicznej – jest ściśle związany z respektem dla flagi narodowej, a wykorzystywanie sztandaru do celów reklamowych jest wyrazem despektu wobec jego symboliki i pozostaje w fundamentalnej sprzeczności z intencją jego ustanowienia. Takowe czyny poniżają i degradują flagę, pozbawiając ją tym samym symbolicznego oddziaływania. Zakaz umieszczania wzoru sztandaru na etykiecie butelki piwa to całkowicie racjonalne ograniczenie swobody jednostki w imię dobra wspólnego, które wymaga istnienia symbolu desygnującego „rząd ufundowany na zgodzie rządzonych, wolność regulowaną prawem, ochronę słabszych

¹²⁷ S. Scafidi, *Who owns culture? Appropriation and authenticity in American law*, Chapel Hill 2005, s. 78 – 79.

¹²⁸ 205 U. S. Reports 34.

¹²⁹ Orzeczenie to zapadło oczywiście w zaiste zamierzonych z perspektywy sądownictwa konstytucyjnego czasach (głęboka deferencja judykatury wobec decyzji ustawodawcy, niepewność co do stosowalności pierwszej poprawki do regulacji stanowych itp.); stąd jego współczesna relewantność wydaje się raczej skromna. Niemniej jednak treść uzasadnienia wyroku jest bardzo sugestywna, ponieważ odzwierciedla tradycyjne pojmowanie roli oraz charakteru flagi państwowej, obowiązujące przez wiele następujących dekad w amerykańskiej jursprudencji.

przed silniejszymi i bezpieczeństwo przed arbitralnymi zakusami rządu”. W przekonaniu sędziego, wprowadzenie podobnych regulacji to nie tyle uprawnienie, co raczej obowiązek, ustawodawcy. Jak można bez trudu zaobserwować, w uzasadnieniu Harlana ani pierwsza poprawka, ani zasada wolności słowa, nie stanowiły kontrapunktu dla interesu publicznego polegającego na ochronie flagi.

Casusy dotyczące bezczeszczenia bądź też niewłaściwego traktowania sztandaru ponownie stały przed obliczem SN dopiero pod koniec lat 60. (i periodycznie pojawiały się także w okresach późniejszych). Era militarne go zaangażowania Stanów Zjednoczonych w Azji Południowo-Wschodniej oraz rozkwitu kontrkultury przyniosła szczególne nasilenie się ekspresji symbolicznej polegającej na desakralizacji flagi, co w konsekwencji spowodowało wzmożenie penalizacyjnych reakcji wymiaru sprawiedliwości. W czasie wojny wietnamskiej stanowe prokuratury niejednokrotnie wносиły akty oskarżenia z tytułu np. takich przypadków bezczeszczenia flagi, jak (obok jej podpaleń) noszenie koszuli, kamizelki bądź też peleryny w barwach narodowych, przyozdabianie wzorem sztandaru krocza spodni, garniowanie flagi znakiem \$, a nawet fotografowanie sztandaru w towarzystwie osoby pozbawionej odzienia¹³⁰. Problematyka ta musiała przeto stać się przedmiotem refleksji Sądu Najwyższego. Trzeba tu jednak nadmienić, że większość sędziów starała się uniknąć zajęcia jasnego stanowiska co do *per se* konstytucyjności – w związku z klauzulą wolności słowa – unormowań kryminalizujących takie postępowanie. Przykładowo w kilku sytuacjach SN po prostu odmówił przyjęcia sprawy do merytorycznego rozpoznania¹³¹; z kolei w sprawie Radich vs. New York¹³² Sąd Najwyższy sumarycznie (ze względu na równe rozłożenie głosów) zatwierdził zapadły w niższej instancji wyrok skazujący, nie sporządzając merytorycznego uzasadnienia tej decyzji (nie uczynili tego także sędziowie przeciwni rzeczonemu rozstrzygnięciu). W dwóch następnych przypadkach – o których warto w tym miejscu wspomnieć

¹³⁰ M. Welch, J. L. Bryan, *Flag desecration in American culture: offenses against civil religion and a consecrated symbol of nationalism*, Crime, Law and Social Change, vol. 26, s. 80.

¹³¹ Zob. Cowgill vs. California, 396 U. S. Reports 371 (1970); F. S. Haiman, *Freedom of speech*, Lincolnwood 1991, s. 56; W. I. Gordon, R. Goodman, *A rhetoric of ritual and desecration*, [w:] *Perspectives on freedom of speech: selected essays from the Journals of Speech Communication Association*, ed. by T. L. Tedford, J. J. Makay and D. L. Jamison, Carbondale and Edwardsville 1987, s. 167.

¹³² 401 U. S. Reports 531 (1971). Stephen Radich umieścił w oknie swojej galerii instalację „artystyczną” w postaci krzyża z biskupią mitrą na czubku, obwieszonego religijnymi sztandarami, ze sterczącym ze środkowej belki penisem w stanie erekcji owiniętym w amerykańską flagę. Podosądny został skazany na 500 dolarów grzywny lub 60 dni prac społecznych za złamanie nowojorskiego przepisu zakazującego okazywania wzgardy („casting contempt”) fładze narodowej. Radich wyjaśniał swoje postępowanie pragnieniem wyrażenia protestu przeciwko udziałowi Stanów Zjednoczonych w konflikcie wietnamskim i powoływał się na pierwszą poprawkę.

niewiele szerzej¹³³ – SN uchylił wyroki skazujące, ale w oparciu o odmienne przesłanki, aniżeli implikowane przez klauzulę wolności słowa objęcie wypowiedzi symbolicznych ochroną pierwszej poprawki. Pierwsze z orzeczeń¹³⁴ odnosiło się do Sidneya Streeta, skazanego na podstawie nowojorskiego kodeksu karnego zabraniającego publicznego wyrażania pogardy (słowem lub czynem) wobec flagi USA. Posażony, na wieść o zamordowaniu czarnoskórego obrońcy praw obywatelskich Jamesa Mereditha, wybiegł na róg ulicy, podpalił stanowiący jego własność sztandar i powiedział kilka zdań, wśród których znalazły się m.in. sformułowania „nie potrzebujemy cholernej flagi” oraz „jeśli pozwalają na to, co zrobiono Meredithowi, to flaga jest niepotrzebna”. Pięciu sędziów SN opowiedziało się za uchyleniem wyroku skazującego, albowiem, jak dowodził autor uzasadnienia John Marshall Harlan, na podstawie protokołów z postępowania przed sądami niższej instancji nie można w sposób ultymatywny wykluczyć hipotezy, że Street został (przynajmniej w części) skazany za werbalny składnik swojego zachowania (tj. za wyrzeczone słowa), co oczywiście obrażałoby pierwszą poprawkę. Harlan nie odpowiedział natomiast na pytanie, czy podpalenie flagi przez oskarżonego konstituowało chronioną ekspresję.

Konkluzja taka spotkała się z ostrą ripostą czterech znanych już nam sędziów SN (Warrena, White'a, Blacka i Fortasa), którzy uznali, iż 1) na płaszczyźnie *stricte* faktycznej możliwe jest ustalenie, że Street został bezpośrednio ukarany za podpalenie flagi, oraz, że 2) skazanie za ten czyn nie koliduje z ustawą zasadniczą. Z interesującej nas perspektywy warto zwrócić szczególną uwagę na opinie Blacka i Fortasa. Pierwszy z nich jednoznacznie skonstatował, iż w jego głowie po prostu nie mieści się pogląd, jakoby jakkolwiek zapis w federalnej konstytucji zabraniał władzom stanowym uczynienia z publicznego spalania flagi amerykańskiej przestępstwa (niezależnie od tego, czy zachowaniu temu towarzyszy ekspresja werbalna). Postępek ten nie jest „słowem” w rozumieniu pierwszej poprawki i nie może być kwalifikowany jako wypowiedź symboliczna. Pamiętając o stosunku Blacka do nietypowych form ekspresji, stanowisko to nie jest specjalnie zaskakujące. Inaczej natomiast przedstawia się kwestia z uzasadnieniem Fortasa (np. w kontekście jego wyroku w sprawie *Tinker vs. Des Moines School District*). Sędzia podkreślał, że flaga nie jest zwykłym przedmiotem prywatnej własności. Oczywiście jakaś „osoba może «posiadać» flagę, lecz owo prawo własności podlega wyjątkowym ciężarom oraz obowiązkom”. Zgodnie z kanonicznymi tradycjami amerykańskimi

¹³³ Ograniczymy się jednak tylko do pozabawionej komentarzy prezentacji najzupełniej węzłowych tez zawartych w wyrokach i zdaniach odrębnych. Zdecydowałem się na rezygnację z dokładnego analizowania występującej tam argumentacji, gdyż w pełniejszy sposób zostanie ona zwerbalizowana przy okazji spraw *Texas vs. Johnson* oraz *Stany Zjednoczone vs. Eichman* (tym samym unikniemy niepotrzebnych powtórzeń).

¹³⁴ *Street vs. New York*, 394 U. S. Reports 576 (1969).

kańskiego orzecznictwa, użycie sztandaru może być normowane przez różne uregulowania o charakterze *lex specialis*, wyróżniające flagę spośród pozostałych obiektów materialnych. Nawet jeśli jednak odrzucimy argument odwołujący się do szczególnego statusu sztandaru państwowego, to i tak przepis nowojorski musi być uznany za zgodny z konstytucją. Fortas wskazywał bowiem, że „jeżeli przepis stanowy statuuje, iż przestępstwem jest spalenie własnej koszuli, spodni bądź butów na drodze publicznej, to bezzasadna jest sugestia, że tym samym pogwałceniu ulegają prawa obywatelskie. Gdyby podpalacz utrzymywał, że spalił swą koszulę, spodnie lub buty w proteście przeciw fiskalnej polityce rządu [...] to prawdopodobnie takie powołanie się na Pierwszą Poprawkę nie przeważałoby nad stanowym uprawnieniem do zapobiegania powszechnemu niebezpieczeństwu [...] Wynika to z faktu, że czyn, nawet jeżeli zostaje w sposób oczywisty popełniony w poważnym celu zmanifestowania sprzeciwu, nie jest objęty tak wszechstronną ochroną, jak słowo [...] Może podlegać rozsądnym regulacjom, które uwzględniają w odpowiedniej mierze wagę konkurujących ze sobą interesów [...] Nie wolno usprawiedliwić spalenia domu – nawet własnego – w oparciu o choćby najbardziej szczerą argumentację, że czyn ten stanowił przejaw protestu. Nie można także na tej samej podstawie usprawiedliwiać wybijania szyb w budynku rządowym. Protest nie daje immunitetu z tytułu podejmowania nielegalnych działań”. Odnotować trzeba, iż Fortas całkowicie zbagatelizował fakt, że motywacja kryminalizacji przywołanych przezeń przykładowych zachowań nie ma nic wspólnego z ich domniemaną wartością ekspresyjną, gdy tymczasem aksjologiczne przesłanki delegalizacji bezczeszczenia flagi są z tą ostatnią właściwie nierozzerwalnie splecione.

Druga ze wzmiankowanych spraw¹³⁵ dotyczyła przepisu obowiązującego w stanie Massachusetts o treści zbliżonej do wspomianej powyżej regulacji nowojorskiej (unormowanie penalizowało bowiem publiczne pogardliwe traktowanie sztandaru). Przesłanką pod sądnego polegało na noszeniu spodni z niewielkim symbolem flagi naszytym na siedzeniu. Uzasadnienie wyroku (wydanego w imieniu pięciu sędziów) sporządził sędzia Lewis F. Powell. W jego przekonaniu, regulacja jest niekonstytucyjna ze względu na niedostateczną jasność zawartych w niej pojęć. Powell podkreślał, że zachowanie Goguena nie zasługuje na miano ekspresji politycznej; nie może być również traktowane jako przejaw aktywności artystycznej. Czyn ten jest wyłącznie wyrazem niedojrzałości bądź też głupoty. Jednak termin „pogardliwe traktowanie” jest na tyle nieprecyzyjny, że nie sposób jednoznacznie stwierdzić, czy infantylne postępowanie Goguena wyczerpuje znamiona czynu zabronionego. Jak argumentował Powell, SN musi uwzględnić fakt, iż „bezceremonialne traktowanie flagi w wielu kontekstach stało się rozpowszechnionym

¹³⁵ Smith vs. Goguen, 415 U. S. Reports 566 (1974).

współcześnie fenomenem”. Choć dla wielu osób brak szacunku dla sztandaru, wyrażający się m.in. w wykorzystywaniu jego wizerunku w codziennym stroju, automatycznie stanowi wyraz pogardy dla narodowego symbolu, to jednak judykatura nie może zaaprobować kryminalizacji wszystkich przypadków niesformalizowanego obchodzenia się z flagą, wynikających przecież ze zróżnicowanych pobudek, motywacji czy gustów. Tymczasem unormowanie nie dostarcza żadnych dyrektyw bądź kryteriów pozwalających na doprecyzowanie, które z tych zachowań mieszczą się ramach terminu „pogardliwe traktowanie”; tym samym umożliwia „policjantom, prokuratorom i przysięgłym kierowanie się osobistymi predylekcjami” w ocenie konkretnych okoliczności. Tolerowanie tak szerokiej uznaniowości w procesie stosowania prawa byłoby udzieleniem aprobaty dla abdykacji legislatury z jej konstytucyjnych zobowiązań w obszarze regulacji karnej¹³⁶. Za podważeniem stosownego przepisu opowiedział się także sędzia White, ale uczynił to w oparciu o odmienną argumentację. W jego przeświadczeniu, unormowanie nie jest niejasne (przynajmniej w odniesieniu do Goguena), albowiem dla każdego racjonalnego obserwatora zachowanie podsądnego ewidentnie mieściło się w hipotezie analizowanej normy prawnej. White powołał się natomiast na pierwszą poprawkę (stwierdzając, że czyn Goguena zawierał w sobie „znaczącą intencję i skutek komunikacyjny”). Sędzia klarownie przyznawał, iż ustawodawca ma prawo chronić integralność flagi symbolizującej suwerenność państwa. W jego mniemaniu, pogląd ten znajduje oparcie zarówno w logicznym rozumowaniu, jak i także w oryginalistycznej wykładni ustawy zasadniczej. Flaga jest narodową własnością; obywatele – w ramach demokratycznych procedur – są uprawnieni do podejmowania decyzji w sprawie standardów posługiwania się nią. Dotyczy to każdego zachowania naruszającego fizyczną integralność flagi (np. deptania, uszkodzania, palenia, dodawania do niej słów lub symboli) niezależnie od towarzyszącego sprawcy (bądź nie) zamiaru ekspresyjnego. Odmiennie należy zaś oceniać normę, która penalizuje wyłącznie przypadki pogardliwego traktowania flagi, stanowiące *de facto* ekwiwalent „komunikowania poglądów na temat sztandaru, które są nie do zaakceptowania przez rządzącą większość”. Taki zapis nie jest neutralny treściowo (*ergo* nie przechodzi testu O'Briena). Innymi słowy, według White'a, niedopuszczalna jest delegalizacja jedynie takiego wykorzystywania motywu flagi w ubiorze, które znamionuje pogardę dla sztandaru¹³⁷.

Spośród przedstawionych zdań odrębnych warto wyróżnić uzasadnienie sędziego Rehnquista, według którego przedmiotowa regulacja nie jest ani nieprecyzyjna, ani za-

¹³⁶ Powell dodawał również, iż unormowanie nie formułuje nawet definicji samego słowa „flaga”.

¹³⁷ Konstytucyjny byłby natomiast przepis (z uwagi na dochowanie przezeń wymogu treściowej neutralności), który penalizowałby każde tego typu zachowanie, niezależnie od jego ekspresyjnych skutków i intencji sprawcy.

broniona przez pierwszą poprawkę. Rehnquist przyznawał, że zachowanie Goguena było marginalnie ekspresyjne, ale czynnik ten nie jest wystarczającym powodem, aby przeprowadzać analizę przepisu obowiązującego w stanie Massachusetts pod kątem jego zgodności z klauzulą wolności słowa. Sędzia ironicznie konkludował: „Podpalacz fabryki należącej do firmy, której produktów nie lubi, może spodziewać się, że powoływanie się przezeń na pierwszą poprawkę w obronie przed oskarżeniem nie będzie przez sądy wzięte na poważnie”. Nawet jeśli jednak uznamy, że pierwsza poprawka powinna mieć w tej sprawie zastosowanie, to i tak unormowanie – jako służące uzasadnionemu interesowi publicznemu (tj. potrzebie ochrony flagi jako symbolu narodowej jedności) i neutralne treściowo – pozytywnie przechodzi test O’Briena i może pozostać w obrocie prawnym. Odpowiadając na konstatację White’a, Rehnquist zgodził się z jego wnioskiem, że uregulowanie nie odnosi się do sytuacji, w której sprawca wykorzystuje motyw flagi w swoim stroju bez intencji wyrażenia pogardy dla sztandaru. Replikował jednakże zarazem, że ustawodawca nie ma obowiązku normowania wszelkich hipotetycznych przypadków danego zachowania w ramach jednego aktu prawnego. Legislatura ma zatem kompetencję do stwierdzenia, że wspomniane czyny – choćby z uwagi na rzadkość ich występowania – po prostu nie wymagają wprowadzania regulacji ustawowej.

Wśród wszystkich dotyczących beczeszczenia flagi spraw, stających na wokandzie SN przed ostatecznym przesądzeniem przezeń omawianego zagadnienia, za najważniejszy należy z całą pewnością uznać proces *Spence vs. Washington*¹³⁸. W tym przypadku czyn podsądnego polegał na wywieszeniu z okna budynku odwróconego sztandaru z dołączonym (przy użyciu taśmy klejącej) doń symbolem „pacyfki”, co stanowić miało ekspresję politycznego protestu. Spence został skazany na karę 90 dni pozbawienia wolności (z częściowym zawieszeniem) na podstawie przepisu stanu Waszyngton zakazującego niewłaściwego traktowania flagi poprzez umieszczanie na niej jakichkolwiek obrazów czy symboli. Uzasadnienie *per curiam* składało się z dwóch zasadniczych fragmentów. Pierwszy z nich dotyczył problemu, czy postępowanie Spence’a konstituowało wypowiedź symboliczną, a jego znaczenie wykaczało daleko poza kwestie związane z tą konkretną postacią zachowania ekspresyjnego, jaką jest beczeszczenie sztandaru państwowego. Przypomnijmy, że Sąd Najwyższy (przy okazji rozpatrywania sprawy *Stany Zjednoczone vs. O’Brien*) *expressis verbis* odmówił traktowania nieograniczonej liczby zachowań jako „słowa” w rozumieniu pierwszej poprawki¹³⁹, ale

¹³⁸ 418 U. S. Reports 405 (1974).

¹³⁹ Błędny jest zatem pogląd Jamesa Allona Garlanda, zgodnie z którym Sąd Najwyższy faktycznie pozostawia uczestnikom danej sytuacji komunikacyjnej swobodę desygnowania swoich zachowań jako ekspresyjnych, [w:] *idem, Sex as a form of gender and expression after Lawrence v. Texas*, Columbia Journal of Gender and Law, vol. 15. SN, rzeczywiście konsekwentnie stosując w tym zakresie raczej liberalne kryteria, nie akceptuje jednak rady-

nie sprecyzował przy tym kryteriów, których spełnienie pozwala na kwalifikację czynów jako zachowań ekspresyjnych z punktu widzenia ustawy zasadniczej. Dyrektywy takie pojawiły się dopiero w omawianym tutaj wyroku, który ustanowił „wstępny test” umożliwiający stwierdzenie, czy w konkretnych okolicznościach sprawy pierwsza poprawka w ogóle posiada zastosowanie. Jeżeli przeszkoda ta zostanie pokonana pomyślnie, to wówczas należy przejść do aplikacji standardu O'Briena lub innych mechanizmów wypracowanych przez amerykańską jurysprudencję w odniesieniu do wolności słowa (oraz wypowiedzi symbolicznych)¹⁴⁰. W ocenie Sądu Najwyższego, czyn Spence'a zawierał na tyle doniosły element o charakterze komunikacyjnym, aby mieścić się w zakresie oddziaływania pierwszej poprawki. Zachowanie owo nie było emanacją bezmyślnego nihilizmu¹⁴¹, ale wyrazem bólu spowodowanego zagraniczną i wewnętrzną polityką państwa. Co więcej, w konkretnym kontekście czasoprzestrzennym przekaz Spence'a był mniej więcej oczywisty dla większości obywateli. Jak podsumowywało uzasadnienie, w owym zachowaniu dostrzegalny był „zamiar wyrażenia skonkretyzowanego przekazu, a, uwzględniając ówczesne okoliczności, istniało wysokie prawdopodobieństwo, że przekaz ten będzie zrozumiany przez odbiorców”.

Dwa powyższe warunki konstytuują właśnie wspomniany „test Spence'a”, który „koncentruje się na komunikacyjnej intencji mówcy oraz na kwestii, czy jego przekaz będzie faktycznie percypowany”¹⁴². Oczywiście eksplikacja owego standardu przez SN była wielce lakoniczna. Warto zatem odwołać się do jego interpretacji zaproponowanych przez doktrynę, które wydają się oddawać intencje i późniejszą linię orzecniczą Sądu Najwyższego. Poprzez „zamiar wyrażenia skonkretyzowanego przekazu” należy rozumieć wolę sprawcy czynu, aby przyczynić się „do tego, w jaki sposób ludzie rozumieją określone zagadnienie, przy czym to rozumienie zawiera” zarówno elementy racjonalne, jak i emocjonalne. Innymi słowy, ekspresja symboliczna nie musi odwoływać

kalnie subiektywistycznego paradygmatu i nie rezygnuje z możliwości odmowy uznawania czynu za ekspresyjny w oparciu o funkcjonujące w orzecznictwie bądź doktrynie zasady. Co więcej, *onus probandi* spoczywa w tej kwestii na mówcy, który musi mieć pełną świadomość, iż jego przeciwnik procesowy – zazwyczaj organ władzy publicznej – może zakwestionować interpretację danego czynu jako wypowiedzi symbolicznej, M. Shapiro, A. S. Sweet, *op. cit.*, s. 127.

¹⁴⁰ C. R. Ducat, *Constitutional interpretation. Vol II: rights of the individual*, Boston 2008, s. 874.

¹⁴¹ Proste wnioskowanie *a contrario* pozwala stwierdzić, że zdaniem SN zniszczenie jakiegoś przedmiotu może być objętą konstytucyjną ochroną wypowiedzią symboliczną, jeśli nie wynika z symplicystycznej żądzy destrukcji. Por. L. J. Strahilevitz, *The right to destroy*, Yale Law Journal, vol. 114.

¹⁴² P. Siegel, *Communication law in America*, Lanham 2007, s. 82. Szerzej na temat obydwu warunków standardu Spence'a zob. zwłaszcza Note (b.a.), *Symbolic conduct*, Columbia Law Review, vol. 68, s. 1109 – 1118 (co interesujące, tekst jest formułowany z pozycji *de lege ferenda*).

się tylko do rozumnej strony naszej osobowości, ale może również poruszać wyobraźnię, stymulować uczucia itp. Aczkolwiek nie można wykonypować jednej uniwersalnej formuły obejmującej wszystkie potencjalne przypadki, to zasadniczo, na gruncie analizowanego standardu, z wypowiedzią symboliczną mamy do czynienia wtedy, gdy dane zachowanie jest cenione przez sprawcę ze względu na jego komunikacyjne znaczenie, a nie z uwagi na jego *stricte* fizyczne skutki. Pozytywne zakwalifikowanie danego postępowania może być warunkowane takimi np. kwestiami, jak publiczny charakter czynu, posłużenie się przez sprawcę powszechnie zrozumiałymi symbolami czy wystąpienie koniunkcji pomiędzy podjętą aktywnością a „głębokimi przekonaniem sprawcy”¹⁴³. Odnotować zarazem trzeba, iż rygorystyczna literalna interpretacja drugiego warunku testu Spence’a mogłaby prowadzić do niebezpiecznych konsekwencji polegających na objęciu trudnych do zrozumienia (bądź też po prostu niejednoznacznych) przekazów zredukowanym poziomem konstytucyjnej protekcji w zestawieniu z ekspresją pozbawioną dwuznaczności. Z tego powodu doktryna postuluje, aby do zachowania rzeczono-go wymogu wystarczyło postrzeżenie przez odbiorców określonego zachowania jako komunikacyjnego (nawet jeśli istniałyby kontrowersje *à propos* precyzyjnej interpretacji jego symbolicznego znaczenia). Posługując się analogią nawiązującą do sportu, zachowanie ekspresyjne jest odpowiednikiem podania piłki, które jednak niekoniecznie musi trafić dokładnie w ręce odbiorcy¹⁴⁴. Taka wykładnia wspomnianych postanowień pozwala na objęcie ochroną pierwszej poprawki relatywnie szerokiego spektrum zachowań; równocześnie jednak wyklucza udane powołanie się na klauzulę wolności słowa przez osobę dopuszczającą się aktów najzwyczajszego wandalizmu. Wszelako, jak trafnie konkluduje Williams, kryteriów tych nie powinno się stosować mechanicznie; ostatecznie przesądzające znaczenie muszą mieć w tym zakresie czynniki kontekstualne, których poprawne uwzględnienie spowoduje, że tylko zachowania (których ekspresyjny charakter jest co najmniej potencjalnie konstytuowany przez interakcję sprawcy z innymi osobami) przekazujące idee lub też emocje w sposób społecznie rozpoznawalny oraz mieszczące się w ramach ogólnych praktyk komunikacyjnych podlegały będą ochronie pierwszej poprawki. Innymi słowy, tylko uważna analiza konkretnych czynów może zapobiegać nadmiernemu zawężaniu bądź poszerzaniu zakresu oddziaływania klauzuli wolności słowa¹⁴⁵. Trafny wydaje się pogląd, że standard Spence’a (w powyższej inter-

¹⁴³ S. H. Williams, *Truth, autonomy, and speech: feminist theory and the First Amendment*, New York 2004, s. 202.

¹⁴⁴ R. George Wright, *The future of free speech law*, New York 1990, s. 137; S. H. Williams, *op. cit.*, s. 201 – 202.

¹⁴⁵ S. H. Williams, *op. cit.*, s. 202 – 204.

pretacji) stanowił teoretyzację wcześniejszej linii orzeczniczej SN¹⁴⁶; zarazem rzeczony test – w swym liberalnym wariacie – był także (aczkolwiek niekonsekwentnie) stosowany wprost albo *implicite* w późniejszych sprawach zawisłych przed obliczem Sądu Najwyższego¹⁴⁷.

Drugi fragment uzasadnienia wyroku w sprawie *Spence vs. Washington* dotyczył natomiast kwestii, czy pierwsza poprawka uniemożliwia penalizację przedmiotowej ekspresji. Zdaniem Sądu Najwyższego, skazanie Spence'a naruszało postanowienia ustawy zasadniczej. Konkluzję tę SN usprawiedliwiał szeregiem argumentów. Po pierwsze, w sensie formalnym sztandar był własnością podsądnego. Po drugie, flaga została wystawiona na prywatnym terenie (choć na widok publiczny). Po trzecie, zachowanie Spence'a w żadnej mierze nie zaburzało porządku publicznego oraz nie konstituowało wezwania do stosowania przemocy. Przesłanka, że czyn ten mógł obrażać wrażliwość

¹⁴⁶ Pogląd ten znajduje uzasadnienie na gruncie naszych dotychczasowych wywodów. W celu jego dodatkowego potwierdzenia zob. także *Cox vs. New Hampshire*, 312 U. S. Reports 569 (1941) (teza, że nie można ignorować czerwonego światła na ulicy, by przyciągnąć uwagę odbiorców i wyrazić tym sposobem swoje poglądy) oraz K. L. Trespacz, *Ferrell v. Dallas I.S.D.: hairstyles in schools*, Aldershot 1998, s. 25 – 100.

¹⁴⁷ W tym miejscu godzi się przywołać dwa casusy. Rozpatrując pierwszy z nich (*Dallas vs. Stanglin* 490 U. S. Reports 19 (1989)), Sąd Najwyższy skonstatował, bez cytowania wyroku w sprawie *Spence vs. Washington*, że taniec towarzyski nie jest chroniony przez klauzulę wolności słowa. Jak wyjaśniał Rehnquist, „choć możliwe jest odnalezienie okrucu ekspresji w niemal każdej aktywności podejmowanej przez człowieka – na przykład w spacerowaniu ulicą czy spotkaniu ze znajomymi w galerii handlowej – to jednak występowanie takiego okrucu nie jest wystarczającą przesłanką do objęcia danego zachowania ochroną Pierwszej Poprawki”. W drugiej ze spraw (*Hurley vs. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, 515 U. S. Reports 557 (1995)), Sąd Najwyższy, piórem Davida Hacketta Soutera, uznał, iż uczestnictwo w paradzie, którego celem jest, poprzez odwołanie się do zachowań ekspresyjnych (jako przykład możemy wymienić choćby noszenie różowej wstążki w klapie), celebrowanie swojej gejowskiej, lesbijskiej lub biseksualnej tożsamości przez obywateli amerykańskich pochodzenia irlandzkiego, jest wypowiedzią symboliczną na gruncie orzecznictwa SN. Pozornie paradoksalnie Souter, posługując się w ocenie tego zagadnienia kryteriami zawartymi w teście Spence'a, skrytykował zarazem koncepcję uzależnienia udzielenia danej aktywności ochrony pierwszej poprawki od niesienia przez nią jakiegoś „skonkretyzowanego przekazu”. W jego przeświadczeniu, każda rygorystyczna interpretacja tego kryterium wykluczyłaby poza sferę oddziaływania pierwszej poprawki choćby abstrakcyjne obrazy czy też wypowiedź Jaberwocky'ego z *Alicji w krainie czarów*. Konkluzja ta – aczkolwiek zapewne prawdziwa – jest jednak pozbawiona sensu, gdyż test Spence'a odnosi się tylko do zachowań (domniemanie) ekspresyjnych, a nie do przypadków „czystego słowa”, których egzemplifikacją jest przecież dzieło malarskie czy tekst literacki. . . Wskazana konfuzja dobrze pokazuje stopień skomplikowania omawianych w książce materii, w których niekiedy gubią się także sędziowie SN. Ponieważ parada (oraz udział w niej) są zasadniczo przejawami „speech plus”, a konstytucyjny status tego zachowania dotyczy w większym stopniu wolności zgromadzeń niż wolności słowa, zdecydowałem się nie analizować dokładniej przedmiotowego orzeczenia. Warto jedynie wskazać, że SN uznał w nim za niedopuszczalne wymuszanie przez władze publiczne na organizatorach parady obowiązku dopuszczenia do partycypowania w niej osób czy grup pragnących (za pomocą „pure speech” czy ekspresji symbolicznej) zakomunikować określony przekaz stojący – w mniemaniu samych organizatorów – w sprzeczności z ogólnym przesłaniem całego przemarszu. Szerzej zob. J. Murdoch, D. Price, *Courting justice: gay men and lesbians v. the Supreme Court*, New York 2001, s. 430 – 438.

czy uczucia przechodniów, nie jest konstytucyjnie wystarczająca (zwłaszcza że osoby urażone mogły po prostu odwrócić wzrok). Po czwarte, zachowanie to nie polegało na trwałym uszkodzeniu flagi, ale raczej na publicznym wystawieniu jej w sposób zbliżony do tego, w jaki zawsze była ona tradycyjnie eksponowana. Tym samym postępowanie Spence'a na pewno nie było bezczeszczeniem „symbolu patriotyzmu” bądź atakowaniem „dumy z historii państwa, służby, poświęcenia i męstwa milionów Amerykanów”. Po piąte, czyn ten nie stwarzał także ryzyka, że posłużenie się sztandarem wprowadzi odbiorców w błąd poprzez zasugerowanie, iż rząd aprobuje poglądy Spence'a. Z tych powodów SN uznał, że aplikacja unormowania stanu Massachusetts do analizowanego przypadku koliduje z ustawą zasadniczą. Wydaje się, że tak sformułowana argumentacja, jak i ostateczna sentencja wyroku, bardziej zamazywały, aniżeli rozjaśniały problematyczną kwestię konstytucyjnego statusu desakralizacji flagi państwowej. W każdym razie wnioski większości składu orzekającego spotkały się z ostrą ripostą ze strony Rehnquista (do którego przyłączyli się również sędziowie White i Warren E. Burger). W jego opinii, chociaż postępowanie Spence'a rzeczywiście stanowi formę komunikacji, to pierwsza poprawka nie eliminuje możliwości jego kryminalizacji. Wolność słowa nie jest wartością o charakterze absolutnym, a interes państwa polegający na ochronie sztandaru przed używaniem go do przedstawiania osobistych poglądów jest całkowicie wystarczającym argumentem, aby usprawiedliwić ograniczenie indywidualnych swobód gwarantowanych pierwszą poprawką. Nie można bowiem trywializować i bagatelizować symbolicznej wartości flagi jako takiej, a władze publiczne mają prawo determinować, jakie sposoby jej traktowania naruszają pozycję sztandaru jako przedmiotu reprezentującego narodową jedność (niezależnie od tego, czy dane zachowanie narusza fizyczną integralność flagi, polega na wykorzystaniu jej wizerunku np. do celów komercyjno-reklamowych, czy też uchybia jej roli w jeszcze innej formie). Według Rehnquista, państwo ma kompetencję do chronienia flagi jako symbolu (a nie wyłącznie jako szczególnego kawałka płótna), a ustawa zasadnicza nie daje obywatelom licencji na używanie sztandaru w dowolnym ekspresyjnym celu. Sędzia podkreślił ponadto, iż badana regulacja jest neutralna treściowo, albowiem „nie ma znaczenia, czy flaga jest wykorzystywana dla celów ekspresyjnych czy nieekspresyjnych; czy służy do sformułowania przekazu politycznego czy reklamowego; czy jest traktowana z szacunkiem czy pogardliwie; czy jakiś segment populacji aprobuje czy krytykuje zamierzony przekaz”. Jak puentował Rehnquist, unormowanie jedynie wyjmuje flagę spośród przedmiotów, które mogą być używane jako „tło dla komunikacji”.

Zasadny wydaje się pogląd, że dotychczas przeanalizowane orzeczenia Sądu Najwyższego nie przesądzały konkluzywnie, czy pragnienie zachowania flagi narodowej jako nieskażonego symbolu, stanowiącego manifestację uniwersalistycznie pojmowane-

go amerykańskiego ideału, to uzasadniona konstytucyjnie motywacja ograniczenia swobody wypowiedzi¹⁴⁸. Dopiero na tle przedstawionego wyżej nader skomplikowanego galimatiasu doktrynalnoprawnego można uświadomić sobie (i ewentualnie – w zależności od osobistych przekonań – docenić) przełomowe znaczenie wyroku w procesie Texas vs. Johnson. Rozpocząć wypada od przedstawienia stanu faktycznego i drogi instancyjnej sprawy¹⁴⁹. Podczas konwencji Partii Republikańskiej, która odbyła się w 1984 roku w Dallas, niejaki Gregory Lee Johnson uczestniczył w demonstracji wymierzonej przeciwko polityce prowadzonej przez administrację prezydenta Ronalda Reagana. Manifestanci przemaszzerowali ulicami miasta, skandując stosowne slogany i oprostowując „agresywne” postępowanie Stanów Zjednoczonych w sferze stosunków międzynarodowych, które miało rzekomo prowokować wojnę nuklearną. Demonstracja nie przebiegała bynajmniej w pełni spokojnie (m.in. manifestanci spryskiwali sprayem budynki oraz wyrócili kilka donic z kwiatami). Sam Johnson nie brał udziału w tych ostatnich wydarzeniach, ale przyjął od jednego demonstrantów flagę zerwaną ze stojącego w miejscu publicznym masztu. Kiedy protestujący dotarli przed ratusz, Johnson rozwinął sztandar, zanurzył go w nafcie oraz podłożył ogień. Gdy flaga płonęła, manifestanci skandowali wers mówiący o opluwaniu barw narodowych¹⁵⁰. Choć w toku manifestacji nikt nie został ranny, a protestujący nie posługiwali się groźbami karalnymi, to jednak prokuratura zdecydowała się wnieść przeciwko Johnsonowi akt oskarżenia. Podstawą prawną był przepis teksańskiego kodeksu karnego, który zabraniał desakralizacji otoczonego czcią obiektu (w tym flagi państwowej). Definicja legalna terminu „desakralizacja” obejmowała uszkodzanie bądź niewłaściwe traktowanie jakiegoś przedmiotu w taki sposób, że osoba działająca jest w pełni świadoma, iż jej czyn poważnie obrazi uczucia faktycznych lub potencjalnych obserwatorów¹⁵¹. Johnson został skazany w pierwszej instancji na rok pozbawienia wolności i grzywnę w wysokości 2000 dolarów. Wyrok uchylono dopiero w trzeciej instancji, kiedy to stanowy sąd zajmujący się apelacjami w obszarze prawa karnego uznał, że zachowanie Johnsona, jako wypełniające znamiona wypowiedzi symbolicznej, było objęte zakresem normowania pierwszej poprawki, a aplikacja wspomnianego wyżej przepisu do tego konkretnego czynu łamie ustawę zasadniczą. Sąd stanowczo zakwestionował wszelkie argumenty wysuwane przez prokuraturę, powołując się

¹⁴⁸ Zob. J. K. Lieberman, *Free speech, free press, and the law*, New York 1980, s. 63.

¹⁴⁹ Zob. np. D. T. Eversole, *A voyage through murky waters: assessing flag misuse prohibitions in the wake of Texas v. Johnson*, 109 S. Ct. 2533 (1989), Florida State Law Review, vol. 17, s. 871 – 875.

¹⁵⁰ „America, the red, white, and blue, we spit on you”.

¹⁵¹ Kilku świadków rzeczywiście zeznało, że poczuli się czynem Johnsona poważnie obrażeni.

na potrzebę ochrony symbolicznego znaczenia flagi¹⁵² oraz wymogi porządku publicznego¹⁵³. Po złożeniu odwołania przez Texas, sprawa zawisła przed Sądem Najwyższym USA, który ostatecznie zatwierdził rozstrzygnięcie poprzednio rozpatrującego casus sądu. Jak już wspomniano, wyrok zapadł minimalną różnicą głosów, a jego uzasadnienie sporządził sędzia Brennan. Merytoryczną oraz polityczną wagę rozstrzygnięcia uwypukla fakt, że Brennan podczas ogłaszania decyzji SN odczytał całą treść swego składającego się z dwudziestu dwóch stron orzeczenia (wbrew standardowej praktyce polegającej na przedstawianiu wyłącznie zwięzłej rekapitulacji przyjętego rozumowania)¹⁵⁴.

Należy w tym miejscu zauważyć, że skład personalny większości SN uchylającej skazanie Johnsona był, przynajmniej *prima facie*, nader niespodziewany. Oczywiście pogląd Brennana, weterana liberalno-lewicowej frakcji w Sądzie Najwyższym¹⁵⁵, nie stanowił prawdopodobnie dla nikogo żadnego zaskoczenia. Podobnie można ocenić głosy sędziów Thurgooda Marshalla i Harry’ego Blackmuna¹⁵⁶. Odmiennie należy natomiast rozpatrywać stanowiska Anthony’ego Kennedy’ego i Antonina Scalii. Zachowawcza i otwarcie wroga sędziowskiemu aktywizmowi optyka pierwszego z nich była wówczas powszechnie rozpoznana przez komentatorów. Jego głosowanie w sprawie Texas vs. Johnson niewątpliwie konstytuowało pewien istotny wyłom w dotychczasowej linii orzeczniczej¹⁵⁷. Kennedy, najpewniej przewidując konsternację opinii publicznej

¹⁵² W ocenie sądu, aksjologiczną istotą pierwszej poprawki jest ochrona „prawa do różnienia się”; tym samym rząd nie ma kompetencji do odgórnego wymuszania wśród obywateli uczucia patriotycznej jedności. Nie wolno mu tedy przy użyciu instrumentów przymusu „dyktować, wypowiedzi jakiej treści mogą być kojarzone” z flagą państwową oraz wykluczać określone formy posługiwania się sztandarem poza sferę debaty publicznej. Jeżeli bowiem władza nie posiada uprawnienia do odgórnego ordynowania patriotyzmu, to nie może też – w kontekście zachowań ekspresyjnych – otaczać szczególną pieczę przedmiotu reprezentującego narodową jedność. Co więcej, zdaniem sądu, czyn Johnsona w żadnej mierze nie groził pozbawieniem flagi jej symbolicznej wartości.

¹⁵³ Sąd podkreślał, że: 1) przepisy teksańskie nie penalizują tylko takich przypadków desakralizacji otoczonego czcią przedmiotu, które z dużym prawdopodobieństwem mogą wywołać zamieszki; 2) prokuratura mogła hipotetycznie oskarżyć Johnsona na podstawie przepisu zakazującego naruszania porządku publicznego bez wikłania się w kwestię konstytucyjności palenia flagi; 3) rozpatrując casus na płaszczyźnie faktograficznej, czyn Johnsona ani nie wywołał żadnych rozruchów, ani też nie stwarzał realnego ryzyka ich wystąpienia.

¹⁵⁴ S. A. Frantzich, *Citizen democracy: political activists in a cynical age*, Lanham 2005, s. 60.

¹⁵⁵ Jak kąśliwie komentuje krytycznie nastawiony do wyroku David E. Marrion, sprawa dotyczące palenia flagi pozwoliły Brennanowi odejść na emeryturę w blasku chwały, w stylu tradycyjnego bohatera westernu, *idem*, *The jurisprudence of Justice William J. Brennan, Jr.: the law and politics of “libertarian dignity”*, Lanham 1997, s. 76.

¹⁵⁶ Blackmun, mianowany na stanowisko sędziego SN przez prezydenta Richarda Nixona, był wprawdzie początkowo zwolennikiem perspektywy konserwatywnej (również w odniesieniu do zagadnienia wolności słowa), ale stopniowo przesuwiał się coraz bardziej w kierunku pozycji liberalnych. Por. np. L. Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun: Harry Blackmun’s Supreme Court journey*, New York 2005, s. 71 i n.

¹⁵⁷ Por. L. Cannon, *President Reagan: the role of a lifetime*, New York 2000, s. 728; H. J. Abraham, *Justices and Presidents: a political history of appointments to the Supreme Court*, New York 1992, s. 363 – 364.

swą decyzją, zdecydował się opublikować krótkie uzasadnienie wspierające, które klawifikowało jego argumentację¹⁵⁸. Natomiast werdykt Scalii potwierdził jego reputację jako najbardziej nieprzewidywalnego członka SN. Niewątpliwie sędzia nie odczuwał jakiegokolwiek osobistej sympatii w stosunku do Johnsona *et consortes*; ich poglądy były mu, z politycznego punktu widzenia, zupełnie obce¹⁵⁹. Jednakże swoim głosem Scalia dobitnie pokazał gotowość do bronięcia wypowiedzi, które subiektywnie postrzega jako wręcz odrażające, na podstawie aksjomatycznie pojmowanej zasady neutralności państwa¹⁶⁰. Poszukując przyświecającego mu *ratio decidendi*, można oczywiście stwierdzić, iż sędzia aprobował w orzeczeniu ekspansywną teorię wolności słowa i odrzucał deferencyjną postawę wobec postanowień legislatywy¹⁶¹, co nie pozostawało w koherencji z jego całościową linią orzeczniczą. Wydaje się jednakowoż, że (nieco paradoksalnie) trafniejsze jest wyjaśnienie motywów jego decyzji teoretycznoprawnym upodobaniem do literalnej wykładni ustawy zasadniczej. Uwzględniając jednoznaczność treści zawartych w klauzuli wolności słowa, jej językowa interpretacja wyklucza jednak możliwość penalizacji politycznej ekspresji z uwagi na jej obraźliwość¹⁶². Spójna jest też konceptualizacja przyłączenia się przez Scalię do Brennana jako wyrazu odrzucenia sędziowskiego aktywizmu (jeśli będziemy pojmować wstrzemięźliwą postawę judykatury nie tyle jako wolę rezygnację z interwencji w decyzje prawodawcy w „nieoczywistych” przypadkach, co jako gotowość do odmówienia nadawania sędziowskim preferencjom statusu dyrektyw interpretacyjnych). Jak pisze James Brian Staab, Scalia konsekwentnie krytykuje wizję sędziego jako twórcy polityki i postrzega jego rolę jako *stricte* odtwórczą w odniesieniu do znaczenia tekstu normatywnego. Takie tekstualistycznie zorientowane podejście, opierające się przeważnie na analizie słownej, ma ograniczać dyskre-

¹⁵⁸ Co interesujące, poprzednik Kennedy’ego na stanowisku sędziego SN Lewis F. Powell (mianowany przez Nixona konserwatysta) przyznał, że gdyby zasiadał w składzie orzekającym podczas procesu Johnsona, to także opowiedziałby się za uchyleniem wyroku skazującego, J. C. Jeffries, Jr., *Justice Lewis F. Powell, Jr.*, New York 2001, s. 558. Konstatacja Powella potwierdza fakt, że *stricte* ideologiczne dystynkcje nie korespondowały w pełni z juredycznymi konkluzjami sędziów w kwestii konstytucyjności sankcji za bezczeszczenie sztandaru.

¹⁵⁹ W prywatnych rozmowach Scalia pogardliwie określał manifestantów mianem „niechlujnych brodaczy w sandałach”, J. F. Basiak, Jr., *Inconsistent levels of generality in the characterization of unenumerated fundamental rights*, University of Florida Journal of Law and Public Policy, vol. 16, s. 427. Trudno traktować powyższy opis jako szczególnie pochlebną charakteryzację... Biorąc pod uwagę takie nastawienie Scalii, nie sposób nie uznać jego zdolności do oddzielenia osobistych przekonań od obiektywnej analizy prawnej za wręcz imponującą.

¹⁶⁰ S. E. Gottlieb, *Morality imposed: the Rehnquist Court and liberty in America*, New York 2000, s. 105.

¹⁶¹ H. J. Abraham, *Justices, Presidents, and Senators. A history of the U. S. Supreme Court: appointments from Washington to Bush 2*, Lanham 2008, s. 280 – 281.

¹⁶² Ch. E. Smith, *Justice Antonin Scalia and Supreme Court’s conservative moment*, Westport 1993, s. 78.

cyjność osób stosujących prawo. W takim wypadku finalny wniosek Scalii o objęciu bezczeszczenia flagi ochroną pierwszej poprawki był właściwie nieuchronny, jeśli sędzia nie chciał narazić się na uzasadniony zarzut hipokryzji¹⁶³. W każdym razie trafna (choć może nazbyt patetyczna) wydaje się konkluzja Burta Neuborne'a, że wyrok w sprawie *Texas vs. Johnson* przynajmniej częściowo zjednoczył liberalną i konserwatywną frakcję SN w afirmacji wolności słowa jako transcendentalnej idei dla amerykańskiej jurysprudencji¹⁶⁴.

W dalszej kolejności należy przystąpić do analizy enuncjacji Brennana. Już na początku swego uzasadnienia sędzia *expressis verbis* zadeklarował, że skuteczność powołania się przez podsądnego na pierwszą poprawkę uzależniona będzie od możliwości zakwalifikowania jego czynu jako wypowiedzi symbolicznej na podstawie stosownych precedensów ustanowionych przez Sąd Najwyższy w przedmiotowej materii. Innymi słowy, orzeczenie nie miało odnosić się do kwestii dopuszczalności prawnej „ochrony flagi w ogóle”, ale tylko do zagadnienia, czy i w jakim stopniu polegające na bezczeszczeniu sztandaru działanie ekspresyjne może cieszyć się immunitetem¹⁶⁵. Procedura taka, zakładająca konieczność wstępnego zbadania własności danego zachowania, została uznana za słuszną przez wyraźną większość komentatorów. Warto jednak nadmienić, że w debacie publicznej pojawiły się też głosy odmienne. Reprezentatywny jest dla nich pogląd Jeremy'ego Waldrona, który, w kontekście sporu o konstytucyjny status palenia flagi, oskarżał amerykańską jurysprudencję o wykazywanie graniczącej ze scholastyką obsesji na punkcie rozróżniania „słowa” i „nie-słowa”. Zdaniem autora, takowe podejście jest błędne, albowiem istotą problemu związanego z wolnością wypowiedzi i pierwszą poprawką nie jest precyzyjne ustalenie desygnatów pojęcia „słowo”, ale zidentyfikowanie wartości bądź interesów, które powinna chronić konstytucyjna zasada swobody ekspresji¹⁶⁶. Innymi słowy, Waldron postulował podążenie tropem wskazanym przez Melville'a Nimmera i koncentrację uwagi na właściwościach analizowanego przepisu prawnego, a nie na cechach regulowanego przezeń zachowania. Taka alternatywna

¹⁶³ J. B. Staab, *The political thought of Justice Antonin Scalia: a Hamiltonian on the Supreme Court*, Lanham 2006, s. 187. Można zatem zasadnie domniemywać, iż Scalia nie końca akceptował ściśle filozoficzne fragmenty brennanowskiego uzasadnienia, które w większym stopniu stanowiły refleksy określonych (liberalnych czy nawet libertariańskich) przekonań doktrynalnych aniżeli efekt zakorzenionego w empirii prawniczego rozumowania.

¹⁶⁴ B. Neuborne, *Free expression and the Rehnquist Court*, [w:] *The Rehnquist Court: a retrospective*, ed. by M. H. Belsky, New York 2002, s. 18.

¹⁶⁵ T. L. Tedford, D. A. Herbeck, *Freedom of speech in the United States*, State College 2001, s. 286. Jak podkreślał Brennan, SN nie zajmuje się kwestią zgodności z konstytucją hipotetycznego skazania jakiegoś zmęczonego podróżnika, który ciągnie za sobą flagę po ubłoconej ziemi bez zamiaru ekspresyjnego.

¹⁶⁶ J. Waldron, *Law and disagreement*, Oxford 1999, s. 220.

ścieżka postępowania mogłaby np. opierać się na założeniu, że skoro interesem władz publicznych jest dyskryminujące światopoglądowo oraz motywowane ideologicznie zdławienie wolności ekspresji politycznych dysydentów, to bezczeszczenie flagi o charakterze komunikacyjnym musi mieścić się w hipotezie pierwszej poprawki¹⁶⁷. Wydaje się jednak, że akurat w odniesieniu do analizowanej problematyki rzeczony spór proceduralny posiada wymiar *stricte* akademicki¹⁶⁸. W każdym razie Brennan jednoznacznie konkludował, iż czyn Johnsona był w dostatecznym stopniu nasycony elementami natury komunikacyjnej, by pozostawać w orbicie oddziaływania klauzuli wolności słowa. Sędzia powołał się tutaj na wiele znanych nam precedensów dotyczących wypowiedzi symbolicznych (np. *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, Stany Zjednoczone vs. *O'Brien*, *Brown vs. Louisiana*, *Tinker vs. Des Moines School District*) oraz na wyroki odnoszące się do przypadków „speech plus”¹⁶⁹. Jednakże za podstawowy standard regulujący przedmiotową kwestię Brennan uznał test Spence’a. Sędzia twierdził, iż „spalenie flagi przez Johnsona było fragmentem – a właściwie punktem kulminacyjnym – politycznej demonstracji, która odbyła się w czasie konwencji partii republikańskiej, ponownie nominującej Ronalda Reagana na urząd Prezydenta. Ekspresyjna i jawnie polityczna istota tego zachowania była zarówno zamierzona, jak i w sposób klarowny rozpoznawalna”. Według Brennana, wniosek o komunikacyjnym charakterze czynu Johnsona może być ponadto uzasadniony (obok powyższej analizy kontekstualnej, dowodzącej istnienia po stronie podsądnego oczywistego zamiaru wyrażenia skonkretyzowanego przekazu, który z dużym prawdopodobieństwem mógł być zrozumiały dla odbiorców) poprzez przypomnienie symbolicznego znaczenia sztandaru państwowego (który reprezentuje naród „w takim samym stopniu, co kombinacja liter występująca w słowie «Ameryka»”), przywołanie przedstawionej w toku procesu przez oskarżonego autointerpretacji swego zachowania właśnie w kategoriach politycznego protestu i nadanie odpowiedniego znaczenia faktowi, iż Teksas, przynajmniej dla celów postępowania przed SN, nie zakwestionował kwalifikacji przedmiotowego czynu jako zachowania ekspresyjnego. Te ostatnie argumenty miały jednak tylko charakter posiłkowy.

¹⁶⁷ Por. K. Sullivan, *Freedom of expression in the United States: past and present*, [w:] *The boundaries of freedom of expression & order in American democracy*, ed. by T. R. Hensley, Kent 2001, s. 9.

¹⁶⁸ Niezależnie od wybranej procedury analitycznej orędownik penalizacji bezczeszczenia sztandaru bez trudu znajdzie argumenty na rzecz zgodności teksańskiego unormowania z ustawą zasadniczą. Sytuacja przedstawia się analogicznie w odniesieniu do zwolenników dekryminalizacji takiej aktywności.

¹⁶⁹ *Food Employees vs. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U. S. Reports 308 (1968) oraz *Stany Zjednoczone vs. Grace*, 461 U. S. Reports 171 (1983).

Brennanowska konceptualizacja spalenia flagi jako wypowiedzi symbolicznej generalnie została przyjęta z aprobatą przez zdecydowaną większość komentatorów. Nieprawdziwe jest jednak stanowisko Fredericka Marka Gedicksa, jakoby nikt jak dotąd nie wysunął argumentu propenalizacyjnego opartego na uznaniu fizycznego bezczeszczenia flagi za zachowanie, a nie za chroniony pierwszą poprawką sposób wyrażania filozoficzno-politycznych preferencji¹⁷⁰. Dyskusyjny (w świetle analizowanego niżej *votum separatum* Rehnquista) jest nawet bardziej stonowany pogląd Roberta J. Wagmana, zgodnie z którym, podczas rozpoznawania przez Sąd Najwyższy spraw związanych z desakralizacją flagi, żaden z sędziów nie kwestionował tezy, że palenie sztandaru jest „słowem” w rozumieniu ustawy zasadniczej¹⁷¹. Powyższe supozycje dobrze ilustrują fakt, że konkluzja o ekspresyjnym charakterze spalania flagi jest w doktrynie amerykańskiego konstytucjonalizmu niemal powszechnie traktowana jako truizm. Zgodnie z takową optyką czyn Johnsona stanowił oczywisty przykład wypowiedzi politycznej¹⁷²; jedyna potencjalnie uzasadniona na gruncie orzecznictwa SN wątpliwość dotyczyła zagadnienia, czy ten rodzaj ekspresji jest chroniony na mocy klauzuli wolności słowa (która nie ma przecieć – w ujęciu Sądu Najwyższego – absolutnego charakteru). Kilka tego rodzaju opinii zdaje się w tym miejscu zasługiwać na przytoczenie. Zdaniem Kenta Greenawalta, jeśli podejmujemy decyzję o uznaniu innych zachowań aniżeli posługiwanie się językiem za desygnat słowa w aspekcie pierwszej poprawki, to kwalifikacja taka konsekwentnie musi również obejmować postępek Johnsona. Uczestniczył on bowiem w politycznej manifestacji, a spalenie flagi konstytuowało „emocjonalny symbol odrzucenia amerykańskiej polityki i nacjonalizmu. W tym kontekście generalny sens przekazu sformułowanego przez Johnsona był zrozumiały dla obserwatorów”. Jak podkreśla Greenawalt, „spalenie przezeń czczonego symbolu antagonizowało odbiorców, ale równocześnie komunikowało określoną treść”¹⁷³. W przekonaniu Marka V. Tushneta, dla każdego było jasne, iż „podpalenie flagi podczas politycznej demonstracji stanowiło w sposób oczywisty formę ekspresyjnego zachowania: Johnson chciał, by to zachowanie coś oznaczało, a wszyscy, którzy je widzieli albo dowiedzieli się o nim później, zdawali sobie sprawę, że ono coś oznaczało i co oznaczało”¹⁷⁴. Peter Meijes Tiersma argumentuje, że o ekspresyjnej naturze czynu Johnsona świadczy *summa summarum* konwencjonalny

¹⁷⁰ F. M. Gedicks, *The rhetoric of Church and State: a critical analysis of Religion Clause jurisprudence*, Durham 1995, s. 41.

¹⁷¹ R. J. Wagman, *The First Amendment book*, New York 1991, s. 97.

¹⁷² J. K. Rowan, *Conflict of rights: moral theory and social policy implications*, Boulder 1999, s. 9.

¹⁷³ K. Greenawalt, *Fighting words: individuals, communities and liberties of speech*, Princeton 1995, s. 30 – 31.

¹⁷⁴ M. V. Tushnet, *The flag-burning episode: an essay on the Constitution*, University of Colorado Law Review, vol. 61, s. 41 – 42.

charakter samego zachowania polegającego na spaleniu przedmiotu, co jest wszak powszechnie zrozumiałym świadectwem dezaprobaty wobec jakiegoś obiektu lub reprezentowanych przezeń wartości czy właściwości. Tiersma akcentuje także niefunkcjonalność (tj. bezcelowość) czynu Johnsona z perspektywy czysto pragmatycznej (podsądny nie zniszczył przecież uszkodzonej czy brudnej flagi), jego publiczny wymiar oraz dokonanie go w kontekście jednoznacznie politycznej demonstracji¹⁷⁵. Jak puentuje Mark Sableman, podpalenie flagi to wypowiedź transmitująca klarowny przekaz nienawiści do Stanów Zjednoczonych, wywołująca silną i szybką reakcję u odbiorców właśnie ze względu na specyfikę tego sposobu wyrażania poglądów. Komentator porównuje ten czyn z sytuacją, w której „światowy przywódca składa wieniec na cmentarzu w Omaha Beach. Nie musi wówczas nic mówić; komunikowanie przezeń głębokiego szacunku dla zabitych podczas wojny żołnierzy jest rozumiane *implicite*, a u wielu może nawet wywołać łzy w oczach. Jeżeli ktoś podpaliłby fotografię Saddama Husseina w czasie konfliktu w Zatoce Perskiej, to głęboki i gniewny przekaz nienawiści w stosunku do Saddama byłby podobnie dostrzeżony, chociaż kontekst czynu i reakcje odbiorców byłyby całkiem inne”¹⁷⁶. Co więcej, należy także zgodzić się z Wojciechem Sadurskim, że bezczeszczenie flagi państwa jest wypowiedzią symboliczną, której treść nie może być precyzyjnie ujęta w kategoriach werbalnych. Stwierdzenie, iż „przez podpalenie sztandaru Johnson wyraził swoją głęboką nienawiść do amerykańskiego systemu władzy, polityki zagranicznej Stanów Zjednoczonych itp.” jest jedynie „opisem czy parafrazą jego przekazu, a nie sformulowaniem tego samego przekazu w alternatywny sposób”. Takowe próby przetłumaczenia działań symbolicznych na formę werbalną dobitnie unaoczniają nam, jak wiele elementów znaczeniowych ginie „między słowami”¹⁷⁷. Sadurski trafnie pokazuje, że palenie flagi państwowej nie tylko stanowi zachowanie ekspresyjne, ale jest też wypowiedzią o szczególnym ładunku symbolicznym, nieprzekładalną precyzyjnie na „czyste słowo”. Warto oczywiście odnotować tutaj, że potencjał treściowy bezczeszczenia flagi ulega spotęgowaniu w sytuacji, w której czyn taki jest nielegalny¹⁷⁸. Jak wskazuje George P. Fletcher (uprzednio orędownik stanowiska pena-

¹⁷⁵ P. M. Tiersma, *Nonverbal communication and the freedom of “speech”*, Wisconsin Law Review, 1993, s. 1569 – 1571.

¹⁷⁶ M. Sableman, *More speech, not less: communications law in the information age*, Carbondale and Edwardsville 1997, s. 35.

¹⁷⁷ W. Sadurski, *Freedom of speech and its limits*, Dordrecht 1999, s. 51.

¹⁷⁸ Przypomnijmy, że ten swoisty paradoks odnotował już John Hart Ely, który, przy okazji analizowania wyroku w sprawie Stany Zjednoczone vs. O'Brien, pisał, że legalizacja zniszczenia karty powołania powodowałaby, że czyn ten byłby równie efektywną formą protestu przeciw wojnie wietnamskiej jak połknięcie złotej rybki. Casus bezczeszczenia flagi wydaje się jednak nieco odmienny, albowiem zachowanie takie, występujące w kontekście politycznej manifestacji, jest silnie ekspresyjne niezależnie od stanu prawnego regulującego (lub nie) takie czyny.

lizacyjnego), „punitywne sankcje zwiększa komunikacyjne ukłucie wywoływane podpaleniem sztandaru. Prosty akt destrukcji kawałka płótna staje się poważnym wydarzeniem, któremu przygląda się policja i media, a następujący później proces podpalacza flagi stwarza mu platformę do werbalizowania politycznych poglądów transmitowanych tym nielegalnym czynem”. Jeśli zaś beczeszczenie flagi okazuje się prawnie akceptowanym oraz w pewnym sensie rutynowym zachowaniem, to wówczas działanie takie przestaje być mocno odczuwalne¹⁷⁹. Konkluzja, że kryminalizacja palenia flagi intensyfikuje efektywność przekazu formułowanego przez politycznego dysydenta, nie może jednak usprawiedliwiać delegalizacji tej praktyki. Prowadziłoby to bowiem do przyjęcia zaiste absurdalnego argumentu, zgodnie z którym jednostki powinny być karane za polityczną ekspresję dla ich własnego dobra...¹⁸⁰

W moim przekonaniu, wszystkie przedstawione wyżej enuncjacje na rzecz potraktowania czynu Johnsona jako słowa w rozumieniu pierwszej poprawki są zasadniczo poprawne. Trzeba jednak przywołać dwa inne stanowiska, których rzecznicy, aprobując brennanowskie wnioski, postrzegają analizowane zagadnienie jako znacznie bardziej skomplikowane. Pierwsze z nich zostało zaproponowane przez Ronalda Dworkina, według którego niezasadne jest uproszczone rozumowanie, polegające na symplicystycznym przyjęciu, że możliwość palenia sztandaru jest (bądź nie jest) desygnatem konstytucyjnej klauzuli wolności słowa. Wszelkie rozstrzygnięcia w tej materii muszą być bowiem funkcją „potencjalnie najlepszej” interpretacji generalnego i abstrakcyjnego prawa jednostki do swobody wypowiedzi. Dla Dworkina założenie o potrzebie objęcia zbeczeszczenia flagi dla celów ekspresyjnych protekcją ustawy zasadniczej wynika wprost i bezpośrednio z jego teorii indywidualnych uprawnień jako „kart atutowych”, które w przypadkach wątpliwych przebijają argumenty odwołujące się do dobra publicznego¹⁸¹. Inny punkt widzenia przedstawia zaś Richard A. Posner, którego zdaniem rozumowanie indukcyjne polegające na generalizacjach zakładających potraktowanie właściwie każdej formy działania komunikacyjnego jako ekwiwalentu „słowa” są wprawdzie uzasadnione, ale dowodzą jedynie tyle, że istnieje taki sposób pojmowania tego terminu, który obejmuje szeroką paletę środków wyrazu. Sylogizmy te nie są jednak w stanie

¹⁷⁹ W związku z tym faktem Fletcher zauważa, iż obrońcy patriotycznego rytuału mylą się, sądząc, że penalizacja desakralizacji flagi pomaga ochronić ten narodowy symbol; kryminalizacja takich zachowań w praktyce działa bowiem przeciwnie, intensyfikując przekaz komunikowany przez obrazoburców, [w:] *idem, Our secret Constitution: how Lincoln redefined American democracy*, New York 2001, s. 203 – 204.

¹⁸⁰ Zob. R. J. Branham, *Debate and critical analysis: the harmony of conflict*, Hillsdale 1991, s. 204.

¹⁸¹ R. Dworkin, *Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled*, [w:] *The Bill of Rights in the modern state*, ed. by G. R. Stone, R. A. Epstein and C. R. Sunstein, Chicago 1992, s. 388.

samoistnie zdezwuować argumentu, że zawarte w konstytucji pojęcie „słowo” winno być interpretowane zawężająco. Posner akcentuje fakt, iż tekst ustawy zasadniczej nie dostarcza nam żadnych dyrektyw czy kryteriów pozwalających przesądzić, która z powyższych wykładni jest poprawna. Innymi słowy, gdyby SN zdecydował się przyjąć oryginalistyczny paradygmat interpretacji konstytucyjnej, to mógłby prawomocnie orzec, że palenie flagi (i pozostałych przedmiotów), podobnie jak mordowanie przeciwników politycznych bądź paradowanie nago po ulicy w celu promocji nudyzmu, nie jest „słowem”. Oczywiście w ocenie Posnera rozumowanie odwołujące się do oryginalizmu cierpi na tę samą chorobę, co wnioskowanie indukcyjne, albowiem niemożliwe jest odkrycie reguł interpretacji ustawy zasadniczej na drodze „historycznych rekonstrukcji lub intelektualnej archeologii”. Jak konstatuje Posner, rzetelne rozstrzygnięcie casusu bezczeszczenia flagi musi być zakorzenione w kompleksowej teorii doktrynalnej, która z jednej strony uwzględniać będzie różnice między paleniem sztandaru a ekspresją werbalną, a z drugiej nie będzie wprowadzać „zamączających” problematykę wyjątków dla aktywności desakralizacyjnej. Dopiero po uwzględnieniu owego kontekstu można racjonalnie odrzucić pogląd oryginalistów gloryfikujących tekst konstytucji jako „zbiór najwyższych zasad porządku społecznego, podobny do Biblii bądź Koranu”. Dla Posnera taką filozofią uzasadniającą szeroką wykładnię pierwszej poprawki jest pragmatyzm, który pozwala na koherentne i konsekwentne przyznanie wolności wypowiedzi priorytetu w stosunku do potrzeby ochrony narodowej symboliki. Komentator zastrzega jednak stanowczo, że pragmatyzm jest zakorzeniony w relatywizmie moralnym, a waga pozostających w kolizji wartości może podlegać zmianom w zależności od okoliczności. Niewykluczone zatem, iż po wydarzeniach 11 września usprawiedliwiona jest zmiana perspektywy, gdyż „społeczna rola flagi okazuje się nagle dzisiaj większa, aniżeli wydawała się być, lub może była, dekadę temu. Niebezpieczeństwa trapiące aktualnie naród [...] sprawiają, że palenie flagi USA wydaje się obsceniczne. Nie chodzi tu bynajmniej o to, że palenie sztandaru może zwiększać zagrożenie terrorystyczne [...] Podstawową kwestią jest obraźliwość, a nie niebezpieczeństwo. Jednakże to obraźliwość stanowi wspólną podstawę legitymizującą ograniczenia swobody wypowiedzi. W następstwie 11 września odsłonięte zostało nieznane wcześniej znaczenie amerykańskiego sztandaru [...] co zmieniło optykę wielu z nas”. Reasumując, o ile Brennan miał słuszość w 1989 roku przyjmując szerokie rozumienie terminu „słowo”, o tyle współcześnie – ze względu na czynniki zewnętrzne – aksjologicznie usprawiedliwiona byłaby modyfikacja tej wykładni¹⁸².

¹⁸² R. A. Posner, *Overcoming law*, Cambridge 1995, s. 176 – 178; *idem*, *How judges think*, Cambridge 2008, s. 103 – 104, 283; *idem*, *Law, pragmatism, and democracy*, Cambridge 2003, s. 267, 366 – 367.

Przedstawiona ewolucja poglądów Posnera pozwala uświadomić sobie, że zaproponowana przez Brennana konceptualizacja czynu Johnsona nie była – wbrew przeważającej opinii – wolna od kontrowersji. Część uczestników debaty publicznej nie wahała się zresztą pryncypialnie jej kwestionować. Aczkolwiek najczęściej były to, rzecz jasna, osoby o orientacji konserwatywnej, to krytyczne nastawienie do brennanowskiej wykładni klauzuli wolności słowa nie było obce także przedstawicielom odmiennych (niekiedy radykalnie) opcji ideowych. Refutacja taka była zazwyczaj ufundowana na jednej z czterech dystynktywnie odrębnych – acz niewykluczających się wzajemnie – linii argumentacyjnych. Zwolennicy pierwszej z nich akceptują wprawdzie test Spence’a jako kryterium pozwalające odróżniać „słowo” od „nie-słowa”, ale utrzymują przy tym, że spalenie sztandaru nie spełnia drugiego z warunków owego standardu, ponieważ jest właściwie beztreściowym i pozbawionym konkretnego znaczenia odpowiednikiem krzyku lub też posłużenia się ustawionym na maksymalny poziom głosu megafonem¹⁸³. Jak pisze Thomas Sowell, rozszerzenie gwarancji pierwszej poprawki na używanie nieartykułowanej symboliki fundamentalnie przekształca istotę klauzuli wolności słowa, która, zamiast obejmować ochroną substancjalną treść wypowiedzi, staje się instrumentem zabezpieczającym prawo jednostek do wyboru rozmaitych „modalności przekazywania” teje treści. Tym samym pierwsza poprawka przestaje spełniać funkcje, dla których została pierwotnie ustanowiona¹⁸⁴. Rzecznicy drugiego ze wskazanych argumentów odwołują się do oryginalistycznej wykładni ustawy zasadniczej. Gary L. McDowell twierdzi, iż „niezależnie od tego, jak będziemy postrzegać rezultat sprawy Texas *versus* Johnson, jedna kwestia jest niewątpliwa: orzeczenie nie miało nic wspólnego z pierwotnym rozumieniem Pierwszej Poprawki”. Wyrok nie wynika także z treści Karty Praw *sensu stricto*, ale z jej współczesnego pojmowania przez Sąd Najwyższy, który nie zważał się rozciągnąć znaczenia klauzuli konstytucyjnej, aby osiągnąć określony cel, zgodny z ideowymi preferencjami sędziów konstytuujących w tym momencie większość składu orzekającego¹⁸⁵. Zdaniem Lino A. Graglia, przedmiotowy wyrok, kolidujący z założeniami przyświecającymi twórcom ustawy zasadniczej, jest instruktywnym przykładem pokazującym, jak sądownictwo, poprzez wykorzystywanie nieprecyzyjności klauzuli wolności słowa (której nie można wszak odczytywać literalnie), dąży do poszerzenia jej znaczenia praktycznie *ad infinitum*, który to zabieg stanowi jedną z pod-

¹⁸³ Por. R. J. Goldstein, *Flag burning & free speech: the case of Texas v. Johnson*, Lawrence 2000, s. 198 – 199.

¹⁸⁴ T. Sowell, *Knowledge and decisions*, New York 1996, s. 239.

¹⁸⁵ G. L. McDowell, *The Supreme Court has dictated the meaning of the Bill of Rights*, [w:] *The Bill of Rights: opposing viewpoints*, ed. by W. Dudley, San Diego 1994, s. 260.

stawowych broni w arsenale judykatury zmierzającej do radykalnego kulturowego prze-modelowania amerykańskiego społeczeństwa¹⁸⁶.

Najpełniejszą odwołującą się do zasad oryginalizmu krytykę orzeczenia formułuje Robert H. Bork, w którego przeświadczeniu Sąd Najwyższy poprzez swą „pustą racjonalistyczną wykładnię” konstytucji zredukował flagę do „podobnego innym kawałka płótna”, w gruncie rzeczy nawet niewartego desakralizacji. Jego zdaniem, uznanie palenia flagi za słowo to klasyczny przejaw sędziowskiego aktywizmu oraz uzurpowania sobie przez judykaturę cudzych kompetencji, a analizowany wyrok jest kolejnym potwierdzeniem stałego proceduru SN polegającego na „wyjmowaniu kluczowych decyzji o charakterze kulturowym z rąk obywateli”. Sąd Najwyższy, ingerując w kwestie niebędące w myśl ustawy zasadniczej przedmiotem jego zainteresowania, permanentnie wczytuje osobiste przekonania jurystów w tekst konstytucji, odmawiając *de facto* jej postanowieniom trwałego (tj. niezależnego od odczuć interpretatora) znaczenia i praktycznie podważając ich normatywny charakter. Prawo oraz kultura zaczynają być po prostu efektem fiat większości z dziewięciu sędziów. W ocenie Borka, genetyczne *ratio legis* pierwszej poprawki zakładało, że słowo jest wehikułem komunikowania poglądów pozwalających odkryć lub rozświetlić rozmaite aspekty prawdy; bezczeszczenie sztandaru państwa w żaden sposób nie przyczynia się do realizacji tak zarysowanego celu. Zalecając oryginalizm, niedoszły sędzia SN przypomina, że podejście to umożliwia judykaturze rozstrzygnięcie sporów konstytucyjnych bez odwoływania się do ściśle subiektywnych moralnych preferencji osób orzekających. Przesądzającą rolę odgrywają tu zaś sądy moralne deklarowane przez: 1) twórców ustawy zasadniczej, 2) osoby wchodzące w skład akceptujących, ratyfikujących albo poprawiających konstytucję organów, 3) żyjących w chwili przyjmowania ustawy zasadniczej obywateli konstytuujących większość populacji. Sądy takie można relatywnie łatwo i obiektywnie ustalić. Bork ostrzegł równocześnie, że zanegowanie oryginalizmu musi logicznie doprowadzić (jeśli oczywiście ustrój Stanów Zjednoczonych ma pozostać demokratyczny) do wyeliminowania zasady nadzoru sądownictwa nad legislacją pod kątem jej konstytucyjności. Odrzucając paradygmat oryginalistyczny, stajemy bowiem przed prostym dychotomicznym wyborem (którego ilustracją jest spór dotyczący palenia flagi): albo rządy sędziów oparte na ich własnych upodobaniach ideowych, albo władza ludu sprawowana w zgodzie

¹⁸⁶ L. A. Graglia, *Constitutional law without the Constitution: the Supreme Court's remaking of America*, [w:] *“A country I do not recognize”: the legal assault on American values*, ed. by R. H. Bork, Stanford 2005, s. 17, 29. Jak przekonamy się jeszcze wielokrotnie w toku książki, konserwatywnie usposobieni oryginaliści częstokroć postrzegają Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych jako instytucję nieledwie rewolucyjną, stojącą w pogardliwie rozumianej „awangardzie postępu” i usiłującą podminować podstawowe amerykańskie wartości. Obok orzeczeń w zakresie moralności seksualnej, to wyroki w kwestii palenia flagi najczęściej stanowią asumpt dla tej krytyki.

z regułami zwykłej demokracji „majorytarnej”¹⁸⁷. Co interesujące, do oryginalizmu odwołuje się również reprezentantka jurysprudencji feministycznej Elizabeth Fox-Genovese, która pompatycznie twierdzi, że beczeszczenie sztandaru „nie ma nic wspólnego z wolnością słowa, a przynajmniej z wolnością słowa w rozumieniu właściwym Ojcom-Założycielom oraz podtrzymywanym jak dotąd przez trzeźwy i trafny osąd obywateli amerykańskich. Tym, którzy trzęsąc się ze strachu, utrzymują, iż każdorazowe ograniczenie swobód pociąga za sobą kolejne ograniczenia i grozi narzuceniem państwa policyjnego, możemy jedynie replikować, że żadna wolność nie może przetrwać, jeżeli Amerykanie nie będą zdolni do racjonalnego dostrzegania różnic między poszczególnymi stanami faktycznymi”¹⁸⁸. Zestawienie opinii Borka oraz Fox-Genovese ponownie (i nader dobitnie) potwierdza fakt, że ocena konstytucyjnych aspektów beczeszczenia sztandaru państwowego przekraczała tradycyjne podziały doktrynalne.

Trzeci ze wspomnianych argumentów uzasadniających krytycyzm wobec brennanowskiej interpretacji ekspresyjnego palenia flagi jako „słowa” przedstawia Eric Rasmusen, zwolennik stosowania w prawoznawstwie metody ekonomicznej. W jego opinii, desakralizacja flagi jest aktywnością analogiczną do zanieczyszczania środowiska, albowiem działania te powodują u odbiorców przekazu określone koszty zewnętrzne. Choć istnieje oczywiście różnica odnośnie do charakteru tych kosztów (mentalne *versus* fizyczne), to z ekonomicznego punktu widzenia obydwie sytuacje są istotowo tożsame: jedna ze stron nakłada na drugą pewne obciążenia bez stosownej kompensacji. Rasmusen przyznaje zarazem, że również wprowadzenie prawnego obowiązku powstrzymania się od beczeszczenia flagi rodzi określone koszty (tym razem po stronie potencjalnego nadawcy przekazu). W jego ocenie, właściwą procedurą kalkulowania relatywnej wagi rzeczonych ciężarów i orzekania o dopuszczalności eksternalizacji kosztów jest odwołanie się do politycznego procesu demokratycznej deliberacji, pozwalającego ocenić konsekwencje zakazu desakralizacji sztandaru z perspektywy rachunku ekonomicznego. Jeśli zagregowana użyteczność wspomnianego zakazu będzie większa aniżeli korzyści wynikające z zezwolenia na beczeszczenie, to obywatele będą preferować ustanowienie takiego prawa. Z dużym prawdopodobieństwem można zresztą stwierdzić, że owa regulacja faktycznie zostanie wprowadzona¹⁸⁹. Rasmusen akceptuje tezę, że podobne

¹⁸⁷ R. Bork, Introduction, [w:] *“A country I do not...”, s. XXVI; idem, Slouching towards Gomorrah: modern liberalism and the American decline*, New York 1996, s. 96, 108 – 109, 148; *idem, The temptation of America: political seduction of the law*, New York 1990, s. 143, 160 – 163.

¹⁸⁸ E. Fox-Genovese, *Feminism without illusions: a critique of individualism*, Chapel Hill 1991, s. 111.

¹⁸⁹ Przyznając, że mogą incydentalnie pojawić się w tym zakresie pewne problemy praktyczne (spowodowane np. siłą poszczególnych grup interesu czy trudnościami legislacyjnymi w sformułowaniu brzmienia konkretnych przepisów), Rasmusen konkluduje jednakowoż, że *per saldo* system demokratyczny pozwala na względnie jednoznaczne rozstrzygnięcie kontrowersyjnych kwestii w zgodzie z pryncypium użyteczności.

rozumowanie można przeprowadzić w stosunku do każdej obraźliwej (a zatem narzucającej koszty) wypowiedzi, co pozbawiałoby pierwszą poprawkę jakiegokolwiek znaczenia. Przekonuje jednak, że bezczeszczenie flagi jest wyraźnie odmienne od innych typów ekspresji, ponieważ: 1) obraźliwość słów częstokroć jest incydentalna, podczas gdy samym celem desakralizacji jest urażenie innych osób; 2) słowa są czasami, w przeciwieństwie do palenia flagi, adresowane nie do krytykowanych podmiotów, ale do neutralnych adresatów; 3) słowa przeważnie zmierzają do zakomunikowania jakiegoś przekazu, podczas gdy desakralizacja jedynie obraża; 4) posługiwanie się słowem nie skutkuje zniszczeniem żadnego przedmiotu; 5) nawet obraźliwe wypowiedzi werbalne mogą wywołać pozytywne eksternalności, albowiem generowanie i przekazywanie jakichkolwiek informacji jest społecznie użyteczne. Tymczasem bezczeszczenie flagi powoduje nader skromne korzyści zewnętrzne, a jego zakaz – prowadzący w konsekwencji do zastąpienia desakralizacji słowem – przynosi wzrost użyteczności (zgodnie z ogólnymi zasadami dotyczącymi tradycyjnych form komunikacji). Jak podsumowuje tedy Rasmusen, bezczeszczenie flagi nie jest wypowiedzią, ale tylko „substytutem wypowiedzi”, a wyrażane przezeń treści mogą być łatwo przekazywane alternatywnymi metodami. Ostatecznie – w jego mniemaniu – kalkulacja ekonomiczna prowadzi do wniosku, że poszerzenie liczby dostępnych sposobów komunikowania poglądów dostarcza społeczeństwu stopniowo coraz mniejszy poziom marginalnej użyteczności, nie kompensując dostatecznie ponoszonych przez nie ewentualnych kosztów. Z tego też powodu zezwolenie na desakralizację przynosi więcej przykrości aniżeli przyjemności¹⁹⁰. W mojej ocenie, wywody Rasmusena są niezbyt przekonujące, zarówno ze względu na ich utylitarystyczną podbudowę (która nie wydaje się adekwatna do determinowania sfery fundamentalnych indywidualnych uprawnień), jak też i z uwagi na zauważalny już *prima facie* subiektywizm w uogólnieniach¹⁹¹.

Ostatnią ze wzmiankowanych powyżej czterech konstrukcji teoretycznych, stanowiących wyraz krytycyzmu wobec supozycji Brennana, przedstawia Walter Berns. Ten konserwatywny prawnik i publicysta opiera swą argumentację na językowej i teleologicznej (w specyficznym wariacie) wykładni konstytucji. W pierwszym rządzie komentator odnotowuje, iż możliwość prawnej ochrony flagi była dla ojców-założycieli USA czymś oczywistym; nieobecność w ustawie zasadniczej wprost wyeksplikowanego zapisu dotyczącego protekcji narodowych symboli jest [nieco paradoksalnym – Ł. M.]

¹⁹⁰ E. Rasmusen, *The economics of desecration: flag burning and related activities*, Journal of Legal Studies, vol. 27, s. 248 – 251, 259 – 260.

¹⁹¹ Zwróćmy uwagę choćby na nadreprezentację w jego wywodach słów „częstokroć”, „czasami” i „przeważnie” oraz na arbitralne uznanie, że desakralizacja z założenia powoduje mniejsze pozytywne eksternalności niż słowo.

potwierdzeniem tegoż faktu. Jak nostalgicznie stwierdza Berns, dwieście lat temu udowodnienie szkodliwości zachowań godzących w podstawowe pryncypia przyzwoitości oraz uzasadnianie dopuszczalności ich penalizacji w kontekście wolności słowa było po prostu zbędne. Problematyzacja działań władzy publicznej usiłującej kryminalizować takowe czyny to przejaw nadejścia nowych – niewątpliwie gorszych – czasów¹⁹². Berns powołuje się również na brzmienie klauzuli wolności słowa, które uznaje za nieprzypadkowe: „Pierwsza Poprawka ochrania wolność słowa, a nie ekspresji; podczas gdy słowo może być pojmowane jako pewien sposób ekspresji, to nie każda ekspresja jest słowem. Istnieją dobre powody, dla których twórcy Pierwszej Poprawki chronili jedno, a nie drugie. Osoba może wyrażać się albo w izolacji, albo (co sprowadza się do tego samego) poprzez spalenie flagi lub karty powołania do wojska, poprzez piętnowanie katolików lub maszerowanie przez zamieszkaną przez Żydów dzielnicę i wymachiwanie swastyką. Ale słowo zakłada obecność słuchacza – mówi się przecież do kogoś – oraz wolę stania się słuchaczem jego odpowiedzi. Krótko mówiąc, słowo implikuje konwersację i delibercację (zwłaszcza w sferze politycznej). To metoda podejmowania decyzji i zbliżania ludzi do siebie, która wymaga uprzejmości i wzajemnego szacunku. W społeczności politycznej składającej się z czarnych i białych, Żydów, muzułmanów i chrześcijan, liberałów i konserwatystów, z ludzi ze wszystkich zakątków kuli ziemskiej, uprzejmość oraz wzajemny szacunek są koniecznością”. Sztandar państwowy reprezentuje całą amerykańską aksjologię, a podpalacz flagi – stosując ten sposób ekspresji – wyraża po prostu swoją pogardę wobec wartości obowiązujących w Stanach Zjednoczonych. Desakralizacja flagi – podobnie jak np. pomazanie sprayem Pomnika Lincolna – nie mieści się w obrębie oddziaływania pierwszej poprawki, gdyż czyn taki godzi w najgłębsze uczucia obywateli USA, nie przemawiając przy tym w żadnym stopniu do rozumnej części ich tożsamości¹⁹³. Jak ze smutkiem konkluduje Berns, o ile dawniej wolność słowa była rozumiana jako instrument służący demokratycznej partycypacji, to dziś, również wskutek wyroku Sądu Najwyższego traktującego podpalenie symbolu republiki jako chronioną wypowiedź, przekształca się ona w element anarchicznego „prawa do niepodlegania władzy”¹⁹⁴. Warto tutaj zauważyć, iż choć z formalnego punktu widzenia argumentacji Bernsa (podobnie, jak tezom oryginalistycznym) trudno cokolwiek zarzucić¹⁹⁵, to jed-

¹⁹² W. Berns, *The First Amendment and the future of American democracy*, New York 1976, s. 195 – 196.

¹⁹³ W. Berns, *Making patriots*, Chicago 2001, s. 139 – 141.

¹⁹⁴ W. Berns, *The Supreme Court as a republican schoolmaster: constitutional interpretation and the “genius of the People”*, [w:] *The Supreme Court and American constitutionalism*, ed. by B. P. Wilson and K. Masugi, Lanham 1998, s. 12.

¹⁹⁵ Poglądy te są spójne pod względem logicznym i aksjologicznym oraz opierają się na w pełni prawomocnej intelektualnie teorii wykładni postanowień ustawy zasadniczej.

nak aprobaty jego stanowiska logicznie pociąga za sobą konieczność zanegowania utrwalonej linii precedensów SN w kwestii wypowiedzi symbolicznych. Trudno zatem się dziwić, że Brennan przyjmował w analizowanym wyroku radykalnie inną perspektywę (zgodną z tradycjami dwudziestowiecznej jurysprudencki Sąd Najwyższego).

Przesądzenie o ekspresyjnym charakterze postępku Johnsona nie determinowało jeszcze, rzecz jasna, decyzji o udzieleniu mu konstytucyjnej ochrony. W świetle rozlicznych wyroków SN dotyczących klauzuli wolności słowa, Sąd Najwyższy hipotetycznie posiadał dość szeroką paletę możliwości wyboru, pozwalających uznać skazanie Johnsona (na podstawie rozmaitych przesłanek) za zgodne z ustawą zasadniczą. Brennan nie skorzystał jednakże z żadnej z takich alternatyw. Pamiętając o nietypowym składzie personalnym wyrokującej większości SN, nie jest szczególnie zaskakujący fakt, że sędzia rozważał takie odmienne opcje w sposób bardzo pieczołowity. W literaturze przedmiotu podkreśla się często imponującą zdolność Brennana do formowania koalicji, poszukiwania konsensusu oraz częściowego inkorporowania do swoich uzasadnień opozycyjnych stanowisk¹⁹⁶. Uwzględniając kontrowersyjny wymiar sprawy oraz wskazane predylekcje psychologiczne, niejako naturalnie w wyroku Brennana musiały znaleźć się passusy mające w założeniu – jak się wydaje – usatysfakcjonować bardziej konserwatywnie usposobionych członków większości. Niestety w kilku sytuacjach takie nastawienie, będące refleksem kalkulacji politycznych oraz temperamentu i intelektualnych dyspozycji sędziego, ujemnie rzutowało na wewnętrzną spójność uzasadnienia. Ewidentnym objawem tego faktu było chociażby wyjściowe dla dalszych analiz stwierdzenie Brennana, jakoby generalnie rząd dysponował dalej idącą swobodą w regulowaniu ekspresyjnego zachowania aniżeli pisanego lub mówionego słowa¹⁹⁷. Jak podkreślał sędzia, powyższa uwaga jest prawdziwa wyłącznie w stosunku do unormowań niedyskryminujących treściowo. Pomimo rzeczzonego zastrzeżenia, ograniczającego zakres obowiązywania powyższej zasady jedynie do przepisów neutralnych treściowo, pogląd Brennana jest – przynajmniej na poziomie ogólnym – po prostu bezzasadny. Jak trafnie zauważa James M. McGoldrick, Jr., jeżeli uznajemy dane zachowanie ekspresyjne za „słowo” w ujęciu pierwszej poprawki, to musimy stosować do niekacydentalnie regulujących je neutralnych treściowo unormowań identyczne standardy oceny zgodności z konstytucją, jak w przypadku przepisów dotyczących sfery „czystego słowa” (przykładowo standard „strict scrutiny” bądź też standard „czasu, miejsca i sposobu przekazu”). O ile aplikacja stosownych testów może w praktyce prowadzić do konkluzji, że wypowiedzi symboliczne częściej naruszają uzasadnione konstytucyjnie interesy publiczne

¹⁹⁶ L. Wrightsman, *The psychology of the Supreme Court*, Oxford 2006, s. 196.

¹⁹⁷ Por. G. W. Liebmann, *The gallows in the grave: civil society in American law*, Westport 1997, s. 139.

i mogą w większym stopniu podlegać ograniczeniom, o tyle zaproponowana przez Brenna reguła nie posiada charakteru uniwersalnego. Mogą bowiem wystąpić okoliczności, w których to „pure speech” będzie w poważniejszym zakresie zagrażać legitymowanemu ustawą zasadniczą wartościom aniżeli jego symboliczny ekwiwalent. Według McGoldricka, hipotetycznym przykładem takiej sytuacji byłoby (zamiast umieszczenia opasek na ramieniu) głośne protestowanie przeciw wojnie wietnamskiej przez rodzeństwo Tinkerów lub werbalna (w przeciwieństwie do milczącej) krytyka praktyk segregacyjnych w publicznej bibliotece¹⁹⁸. Na szczęście, taka konkluzja Brenna nie wywarła większego wpływu na dalszą treść orzeczenia, a zarazem zapewne uspokoiła i zadowoliła sędziów Scalię i Kennedy’ego. Jak można zresztą domniemywać, gdyby teza ta miała stanowić doniosłą merytorycznie podstawę wyroku, to najprawdopodobniej po prostu nie znalazłaby się w brennanowskim uzasadnieniu.

Przystąpmy teraz do przedstawienia szczegółowych wniosków sędziego, które negowały zasadność argumentów potencjalnie usprawiedliwiających tezę o zgodności kryminalizowania ekspresyjnego bezczeszczenia flagi z pierwszą poprawką. Najprostszy sposób stanowiłoby tutaj uznanie postępków Johnsona za wypowiedź pozostającą w ogóle poza sferą oddziaływania klauzuli wolności słowa. W grę wchodziłoby zakwalifikowanie ekspresyjnego spalania flagi jako „fighting word”. Brennan lapidarnie skrytykował taką propozycję, konstatując, iż „żaden **rozsądny** świadek zdarzenia nie potraktowałby wyrażenia przez Johnsona swojego ogólnego niezadowolenia z polityki rządu federalnego jako bezpośredniej osobistej zniewagi bądź jako prowokacji do wymiany ciosów”. Drugą możliwością było uznanie teksańskiego przepisu za regulację spełniającą standardy zawarte w teście O’Briena (tj. nakładającą tylko akcydentalne brzemiona na ekspresję). Kluczowym elementem takiej ewaluacji musiałoby być oczywiście zidentyfikowanie istotnego interesu rządowego niezwiązanego z tłumieniem wolności słowa, którego realizacji służyłoby skazanie Johnsona¹⁹⁹. Tym razem SN musiał tedy skoncentrować się na analizie przedmiotowej regulacji, a nie na właściwościach samego bezczeszczenia flagi. Pełnomocnicy Teksasu zidentyfikowali dwa takie – rzekomo niezwiązane z ekspresją – interesy. Pierwszym z nich była ochrona flagi jako symbolu Ameryki i narodowej jedności. Brennan w ultymatywnym tonie stwierdził, że „rządowy interes polegający na zabezpieczeniu wyjątkowej symbolicznej roli sztandaru [...] jest bezpośrednio związany z ekspresją w kontekście czynu” popełnionego przez Johnsona. Powołując się na wskazany interes, Teksas wyraża bowiem *de facto* obawę, że

¹⁹⁸ J. M. McGoldrick, Jr., *Symbolic speech: a message from mind to mind*, Oklahoma Law Review, vol. 61, s. 23 – 27.

¹⁹⁹ Zob. np. F. I. Michelman, *Saving Old Glory: on constitutional iconography*, Stanford Law Review, vol. 42, s. 1345 – 1351.

tolerowanie takich zachowań „może skłonić obywateli albo do przyjęcia tezy, jakoby flaga nie reprezentowała Ameryki bądź narodowej jedności, ale raczej odzwierciedlała inne, mniej pozytywne, wartości, albo też do uznania, że reprezentowane przez flagę wartości tak naprawdę nie istnieją, tj. że nasz naród jest podzielony. Takie lęki mogą pojawić się tylko wtedy, gdy sposób obchodzenia się z flagą komunikuje określony przekaz; dlatego są związane z tłumieniem swobodnej ekspresji”. Z powyższą diagnozą trudno chyba polemizować²⁰⁰.

Jako bardziej skomplikowana jawiła się natomiast Brennanowi kwestia drugiego interesu publicznego (którego wolę ochrony zadeklarowali reprezentanci Teksasu), czyli zapobiegania naruszeniom porządku publicznego. Problem nie dotyczył tu jednak okoliczności faktycznych. W ocenie Brennana, skazanie Johnsona w najmniejszym chociażby stopniu nie służy realizacji tak pojmowanego interesu, albowiem zachowanie podsądneho: 1) nie spowodowało żadnych zaburzeń porządku, 2) nie groziło wywołaniem takich zaburzeń oraz 3) najprawdopodobniej, w świetle zeznań złożonych przez świadków wydarzenia, nie byłoby w stanie sprowokować odbiorców przekazu do gwałtownych reakcji²⁰¹. Problematyczne jest natomiast samo podjęcie takowej analizy fakto-graficznej oraz sformułowanie przez Brennana ogólnej dyrektywy, która nakazywała uwzględnianie przy prawnej ocenie przypadków zbezczeszczenia flagi kontekstu konkretnego zachowania (tj. czy miało ono na celu i czy prawdopodobnie mogło spowodować bezprawne reakcje). Dotychczasowa linia orzecznicza SN (np. w kwestii „fighting words” czy „weta zagłuszającego”) wskazywała raczej, że rozważanie takich zagadnień jest zbędne. Jeżeli bowiem uprawnienie do ekspresyjnego zbezczeszczenia flagi podczas politycznej demonstracji stanowi konstytucyjne prawo obywatelskie (a taki jest ostateczny wydzźwięk brennanowskiego uzasadnienia)²⁰², to organy zabezpieczające porządek publiczny są zobowiązane do ochrony osób podejmujących takie działania przed ewentualną bezprawną odwetową reakcją ze strony obserwatorów²⁰³. Możliwość korzy-

²⁰⁰ Sądzę, iż zapobieganie osłabieniu symbolicznej roli flagi wręcz **nie może** być rozumiane jako cel nieekspresyjny (nawet jeśli zgodzimy się, że sztandar nie reprezentuje żadnej konkretnej filozofii politycznej).

²⁰¹ Brennan wskazywał też, że gdyby celem wytoczonego przez Teksas postępowania karnego rzeczywiście było zapobieżenie naruszeniom porządku publicznego, to władze stanowe mogłyby po prostu zastosować generalny przepis penalizujący podejmowanie takich działań.

²⁰² Por. S. L. Carter, *Civility: manners, morals, and the etiquette of democracy*, New York 1998, s. 209.

²⁰³ Por. Ch. Davenport, *State repression and the domestic democratic peace*, New York 2007, s. 64. Dodajmy również, iż zapobieganie naruszeniom porządku publicznego mogącym powstać wskutek reakcji odbiorców na określony rodzaj wypowiedzi z całą pewnością nie konstytuuje legitymowanego konstytucyjnie celu publicznego niezwiązanego z tłumieniem ekspresji w rozumieniu trzeciego warunku standardu O'Briena. W dalszej części uzasadnienia przyznaje to także sam Brennan („the emotive impact of speech on its audience is not

stania przez jednostkę z przysługujących jej praw nie może być przecież uzależniona od aprobaty otoczenia. Tymczasem dywagacje Brennana *à propos* rozsądku odbiorców i konieczności pieczołowitego rozważania partykularnych okoliczności towarzyszących danej ekspresji otworzyły drogę dla argumentów krytycznych, podważających ten fragment orzeczenia. Ich najbardziej kompleksowe ujęcie przedstawia David E. Marrion, którego zdaniem kluczowym elementem uzasadnienia jest przyjęcie założenia o racjonalności jednostek, rozumiejących rzekomo znaczenie tolerancji i zachowania atmosfery potrzebnej do wolnej wymiany idei. Według komentatora, Brennan zapoznaje natomiast fakt, iż społeczność składa się także z osobników nieracjonalnych, a celem państwa i prawa jest przede wszystkim kontrola oraz nadzór nad ich postępowaniem. O ile pogląd Brennana o konieczności znoszenia desakralizacji flagi w imię swobody wypowiedzi byłby trafny w idealnej „republice ceniącej wolność ekspresji i złożonej w całości z racjonalnych jednostek”, o tyle w realnym świecie i w realnym porządku społecznym posiada on potencjalnie destrukcyjne konsekwencje. Marrion wskazuje, że egzystencja społeczeństwa jako całości ufundowana jest na mieszanecie przymusu oraz przyzwyczajenia, które jest wpajane ludziom m.in. poprzez promowanie uwagi dla narodowych symboli. Innymi słowy, respekt dla flagi może zachęcać ludzi do współpracy z często dla nich niezrozumiałymi instytucjami publicznymi i do rezygnacji z nieskrępowanej swobody w dochodzeniu swoich domniemych uprawnień i roszczeń. Jak podkreśla Marrion, Brennan ignoruje rzeczywistość i bagatelizuje fakt, że żadne państwo nie składa się jedynie z osób, „z którymi można prowadzić rozsądną debatę na temat tego, co jest właściwe, słuszne i sprawiedliwe”. W konkluzji komentator przekonuje, że „obywatelami, którzy pozostają głusi na racjonalne argumenty, państwo musi rządzić albo przy użyciu siły, albo poprzez odwołanie się do ich namiętności lub emocji”, a rezygnacja z prawnej ochrony symboliki narodowej w znacznym stopniu wyklucza drugi z członów tej alternatywy²⁰⁴ (tym samym wyrok Brennana miałby paradoksalnie prowadzić do zwiększenia wagi autorytarnego komponentu w społeczno-politycznym porządku obowiązującym w Stanach Zjednoczonych).

Stanowisko przedstawione przez Marriona może być uznane za mniej lub bardziej trafne, błędne lub dyskusyjne. Z naszej perspektywy istotniejsze jest jednak fakt, że jego supozycje – nawet jeśli uznać je za poprawne – są nieistotne z punktu widzenia klauzuli wolności słowa w konsekwentnej wykładni SN, który nie traktuje możliwości

a “secondary effect” unrelated to the content of the expression itself”). Jeśli zatem nawet zaakceptować argumentację Teksasu, to i tak nie może ona posłużyć za przesłankę dowodzącą, że przedmiotowe przepisy przechodzą test O’Brien’a. Z drugiej strony Brennan w jednym z przypisów do orzeczenia wprost zadeklarował, że nie zamierza przesądzać kwestii, czy zapobieganie naruszeniom porządku publicznego to interes niezwiązany z ekspresją...

²⁰⁴ D. E. Marrion, *op. cit.*, s. 77 – 79.

wystąpienia nieracjonalnych reakcji wśród odbiorców przekazu jako wystarczającej przesłanki uzasadniającej ograniczenie swobody wypowiedzi. Relewantność tez Mariona wynika jedynie z obecności w uzasadnieniu Brennana wskazanych wątpliwych fragmentów. Zresztą także i w tym zakresie orzeczenie ujawnia pewną doktrynalno-intelektualną niekoherencję. Jak trafnie pisze Robert J. McKeever, uzasadnienie zawiera cały szereg passusów wskazujących, że zawarta w ustawie zasadniczej ochrona wolności wypowiedzi przysługuje również ekspresji kontrowersyjnej czy obraźliwej (i wtedy okazuje się najcenniejsza)²⁰⁵. Brennan podkreślał bowiem, że na gruncie pierwszej poprawki niedopuszczalne jest blankietowe zakazanie określonych wypowiedzi ze względu na fakt, że „istnieje prawdopodobieństwo, iż ich poważnie obrażeni odbiorcy naruszą porządek”. Jeśli podstawową funkcją zasady wolności słowa jest stymulowanie debaty (także poprzez wywoływanie intelektualnego niepokoju, powodowanie niezadowolenia z istniejącej rzeczywistości czy wzbudzanie gniewu), to w sposób naturalny gwarancje pierwszej poprawki muszą dotyczyć również wypowiedzi prowokacyjnych oraz niesympatycznej ekspresji, a sam fakt, że jakaś opinia może bulwersować lub oburzać, stanowi wręcz „powód przemawiający za udzieleniem jej ochrony konstytucyjnej”. Na podstawie tej partii uzasadnienia uprawnione wydaje się przeto wnioskowanie, że nawet gdyby zachowanie Johnsona sprowokowało odwetową reakcję oraz naruszenie porządku publicznego, to i tak rzeczone skutki nie wpłynęłyby na ocenę jego czynu z punktu widzenia pierwszej poprawki. Ostatecznie zatem Brennan zdaje się konkludować, że ekspresyjne spalanie sztandaru (czyli zbezczeszczenie narodowego symbolu) „nie stwarza na tyle niebezpiecznego kontekstu”, by usprawiedliwić wprowadzenie prawnego zakazu takiego zachowania²⁰⁶. Niezależnie od wspomnianych powyżej dwuznaczności, sędzia jednoznacznie stwierdzał, że ani teksańska regulacja sama w sobie, ani skazanie na jej podstawie Johnsona, nie zachowują wymogów neutralności państwa, statuowanych w trzecim warunku standardu O'Briena. Brennan akcentował w szczególności fakt, że teksańskie prawo nie przewiduje kary za każdy czyn naruszający fizyczną integralność sztandaru, ale jedynie za taką jego odmianę, która poważnie obraża uczucia obserwatorów. Co więcej, prawo federalne mówi, że właściwą metodą zniszczenia pobrudzonej bądź uszkodzonej flagi jest właśnie jej spalanie. Tym samym sankcjonowanie określonego zachowania jest w prostej linii uzależnione od komunikacyjnego i emotywnego skutku wywołanego przez dany czyn. Teksańskie unormowanie stanowi zatem przykład dyskryminującej treściowo regulacji, która musi przejść „najbardziej wymagający” test konstytucyjności. Jak bowiem puentował Brennan, Johnson został skazany za

²⁰⁵ R. J. McKeever, *Raw judicial power? The Supreme Court and American society*, New York 1995, s. 240 – 241.

²⁰⁶ R. A. Brisbin, Jr., *Justice Antonin Scalia and the conservative revival*, Baltimore 1998, s. 195.

wyrażenie dezaprobaty wobec polityki USA, a protekcja takiej ekspresji to istota pierwszej poprawki.

Ostatnią część swojej analizy Brennan rozpoczął od zwięzłej rekapitulacji argumentów Teksasu, które miały dowodzić zgodności badanego unormowania z ustawą zasadniczą nawet w świetle najdalej idących interpretacji pierwszej poprawki. W jego przeświadczeniu, istota przedstawionego przez pełnomocników stanu rozumowania opiera się na założeniu, iż z uwagi na wyjątkową historyczną i symboliczną rolę flagi państwowej w amerykańskiej społeczności (rozpoznaną również w wielu spośród omawianych uprzednio orzeczeń Sądu Najwyższego), władza publiczna dysponuje prawem do podtrzymywania tradycyjnego znaczenia sztandaru i do ochrony flagi jako symbolu narodowej jedności, który może być wykorzystywany jedynie w ograniczonych i prawnie uregulowanych kontekstach. Teksas przekonuje jednocześnie, że „kwestionowanie poglądu, zgodnie z którym narodowość i narodowa jedność są desygnatami flagi, bądź też podważanie istnienia narodowej jedności” są na tyle destruktywnymi treściami, że ich głoszenie może zostać zabronione. Streszczenie Brennana wydaje się wiernie oddawać zasadnicze tezy teksańskiej argumentacji. Warto w tym miejscu zauważyć, że kolejne partie uzasadnienia, poświęcone refutacji powyższego poglądu, stanowią *mixtum compositum* teorii prawnych oraz rozważań *stricte* doktrynalnych, a orzecznicze wnioski Brennana wpływają w dużym stopniu z transponowania przezeń swoich aksjologicznych preferencji na płaszczyznę trzęźwych idiomów prawniczego rozumowania²⁰⁷. Rozpocznijmy od prezentacji jurydycznych fragmentów brennanowskich wywodów. Bodaj najsłynniejszy *passus* wyroku brzmiał: „Jeżeli istnieje jakiś kamień węgielny, stanowiący podwalinę pierwszej poprawki, to jest nim zasada, że państwu nie wolno zakazywać wyrażania poglądów tylko z tego tytułu, że są one obraźliwe lub nieprzyjemne dla społeczeństwa”. Sędzia powołał się w tym kontekście na szereg orzeczeń SN potwierdzających – w jego opinii – prawdziwość tej stypulacji²⁰⁸, ze szczególnym naci-

²⁰⁷ P. Schlag, *The enchantment of reason*, Durham 1998, s. 33 – 34 (autor przyznaje jednocześnie, iż osobiście jest orędownikiem przedkładania „symbolizmu pierwszej poprawki ponad symbolikę sztandaru”).

²⁰⁸ Obok przywoływanych już przez nas w toku narracji wyroków (m.in. *Stromberg vs. California* czy *Brown vs. Louisiana*), Brennan nawiązał także m.in. do rozstrzygnięć w sprawach *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell*, 485 U. S. Reports 46 (sprawa dotycząca granic wolności wypowiedzi w sferze ekspresji karykaturalizującej i parodiującej osoby publiczne, która stała się kanwą słynnego filmu Milosa Formana „Skandalista Larry Flint”), *Bolger vs. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U. S. Reports 60 (1983) (wyrok uznał za sprzeczny z konstytucją przepis prawa federalnego, który zabraniał wysyłania drogą pocztową niezamówionych ulotek reklamujących środki antykoncepcyjne), *Bachellar vs. Maryland*, 397 U. S. Reports 564 (1970) (orzeczenie potwierdzające prawo obywateli do głoszenia podczas publicznej manifestacji niepopularnych poglądów; wyrok ten wydaje się szczególnie istotny w kontekście sprawy *Texas vs. Johnson*) oraz *Federal Communications Commission vs. Pacifica Foundation*, 438 U. S. Reports 726 (1978) (wyrok przyznawał Federalnej Komisji ds. Komunikacji

skiem uwypuklając rozstrzygnięcia dotyczące werbalnego (Street vs. New York) oraz symbolicznego wyrażania stosunku wobec sztandaru państwa (Spence vs. Washington, Smith vs. Goguen oraz West Virginia State Board of Education vs. Barnette). Trafny wydaje się pogląd, że stanowisko takie zawiera ukryte założenie, jakoby (niezależnie od charakteru danej ekspresji bądź stopnia jej obraźliwości dla osób postronnych) konstytucyjnie nieusprawiedliwione było traktowanie negatywnych efektów wypowiedzi dla psychicznego dobrostanu lub komfortu odbiorców jako krzywd (a przynajmniej krzywd, których rekompensowanie może być narzucone prawnie bądź których wyrządzeniu państwo ma prawo zapobiegać)²⁰⁹. Brennan pozostawał tu w zgodzie z tradycyjnym paradygmatem liberalnym w sferze wolności słowa, który „pomniejsza znaczenie psychologicznych urazów jako podstawy dla działań rządu – obraza nie jest uzasadnieniem dla posługującej się przymusem” interwencji władz publicznych w obręb jednostkowych praw²¹⁰. W każdym razie sędzia stanowczo utrzymywał, że żaden z precedensów ustanowionych przez Sąd Najwyższy nie zezwala organom państwa na promowanie ich własnego postrzegania roli flagi w społeczeństwie poprzez penalizowanie odnoszących się do niej określonych zachowań ekspresyjnych.

Wydaje się, iż w ocenie Brennana większość argumentów wysuwanych przez zwolenników kryminalizacji analizowanej ekspresji opiera się na inkluzji w obręb rozważań prawnego elementów dyskursu patriotycznego, gloryfikującego „wyjątkowy” status sztandaru państwowego w porównaniu z innymi symbolami²¹¹. Tymczasem, jak wskazywał dalej sędzia, „nie ma żadnego dowodu – ani w tekście Konstytucji, ani w naszych wyrokach interpretujących ją – że istnieje jakaś odrębna kategoria prawna przewidziana dla flagi jako takiej. Co więcej, nie zdziwiłoby nas wcale, gdyby okazało się, że osoby, które stworzyły naszą ustawę zasadniczą i napisały Pierwszą Poprawkę [...], nie darzyły przesadną rewerencją flagi brytyjskiej. Pierwsza Poprawka nie gwarantuje nam, że praktycznie święte dla całej naszej społeczności koncepty – jak choćby przekonanie, że dyskryminacja rasowa jest ohydna i destrukcyjna – nie będą mogły być kwestionowane na rynku idei”. Brennan dowodził także, iż zasada wolności wypowiedzi obejmuje również prawo do „wyboru formy, w jakiej autor przekazu pragnie wyrazić poglądy. Gdybyśmy

kompetencję do regulowania posługiwania się w nadających na publicznych falach radiu i telewizji słowami nieprzyzwoitymi i obraźliwymi, ale wprowadzał jednocześnie warunek, że obraźliwość ta nie może wynikać ze społeczno-politycznej treści danej wypowiedzi, ale z samej istoty użytych słów (będących np. wulgaryzmami).

²⁰⁹ O. M. Levin-Waldman, *Reconceiving liberalism: dilemmas of contemporary liberal public policy*, Pittsburgh 1996, s. 52.

²¹⁰ T. C. Grey, *What good is legal pragmatism?*, [w:] *Pragmatism in law and society*, ed. by M. Brint and W. Weaver, Boulder 1991, s. 23.

²¹¹ C. R. Ducat, *op. cit.*, s. 876.

przyjęli, że władza może zabronić palenia sztandaru, jeśli tylko wspomniany czyn prawdopodobnie może zagrozić symbolicznej roli flagi, ale może nań zezwolić, jeśli spalenie sztandaru promuje rzeczoną rolę – np. kiedy osoba ceremonialnie niszczy pobrudzoną flagę – to wówczas mówilibyśmy, że (w kontekście naruszania fizycznej integralności flagi) sztandar może służyć jako symbol – substytut dla pisanego lub mówionego słowa albo «skrót od umysłu do umysłu» – tylko w jeden sposób. Tym samym zezwolilibyśmy państwu na «dekretowanie, co jest ortodoksyjne» poprzez stwierdzenie, że wolno palić flagę w celu zakomunikowania swej postawy wobec niej samej lub jej desygnatów tylko wtedy, kiedy nie podważa się w ten sposób reprezentowania przez nią narodu i narodowej jedności. Dotąd nigdy nie konkludowaliśmy, iż rząd ma prawo zapewniać, że określony symbol będzie używany wyłącznie w celu wyrażania” oficjalnie aprobowanych tez. Krótko mówiąc, dla Brennana teksańskie unormowanie stanowi przykład nielegalnej i politycznie motywowanej cenzury²¹². Jak słusznie wskazuje Marianne Constable, na gruncie brennanowskiego uzasadnienia posługiwanie się flagą państwową jest symbolem komunikacyjnym, którego treściowa i światopoglądowa neutralność musi podlegać ochronie, a „instrumentalne korzystanie z niego powinno być dostępne dla wszystkich”. Flaga jest desygnatem określonych „konceptji bądź też zasad, które w imię wolności słowa muszą stawiać czoła wyzwaniom” napotykanym na rynku idei, a ograniczenie możliwości używania jej do przekazywania treści pozytywnie waloryzujących Stany Zjednoczone jest politycznym dyskryminowaniem dysydentów²¹³. Pozostając jeszcze w obszarze argumentacji prawniczej i podnosząc kwestię związaną z formalną racjonalnością ustawodawcy, sędzia odwołał się także do argumentu z równi pochyłej²¹⁴: „Twierdzić, że rząd może pozwolić na stosowanie pewnych symboli tylko do przekazania zadekretowanych treści, to wkroczyć na terytorium pozbawione precyzyjnych i możliwych do obrony granic. Czy na podstawie takowej teorii władza mogłaby zakazać palenia flag stanowych? Kopii prezydenckiej pieczęci? Konstytucji? Jakim sposobem, oceniając takie hipotetyczne przypadki z perspektywy Pierwszej Poprawki, bylibyśmy zdolni określić, które z tych symboli są na tyle wyjątkowe, by zasługiwać na specjalny status? Aby rozstrzygnąć owe dylematy, musielibyśmy uciekać się do naszych politycznych preferencji, czego na gruncie Pierwszej Poprawki nie wolno nam czynić”. Zamykając jurydyczny fragment swoich rozważań, Brennan stwierdził, iż chociaż władza posiada legitymowany konstytucyjnie interes w zachowaniu flagi jako symbolu państwa i jego suwerenności (np. może wprowadzać przepisy determinujące poprawny spo-

²¹² H. L. Pohlman (ed.), *Political thought and the American judiciary*, Amherst 1993, s. 93.

²¹³ M. Constable, *Just silences: the limits and possibilities of modern law*, Princeton 2005, s. 96, 98.

²¹⁴ Por. J. M. Coski, *The Confederate Battle Flag: America's most embattled emblem*, Cambridge 2005, s. 177.

sób wywieszania sztandaru), to fakt ten bynajmniej nie upoważnia rządzących do obłożenia ekspresyjnej aktywności politycznej sankcją karną²¹⁵.

Przytoczone wywody zdawały się w dostateczny sposób wyjaśniać konkluzję orzeczenia. Brennan nie zrezygnował jednak z próby sformułowania szerszej legitymizacji swego wyroku (najprawdopodobniej przewidując społeczne wzburzenie, jakie wywoła jego rozstrzygnięcie), czym – jak można zasadnie utrzymywać – dalece wykroczył poza przyjętą sferę sędziowskiej dyskrecjonalności. Po pierwsze, zaangażował się w rozważania na temat teleologicznej przydatności teksańskiej regulacji. W jego opinii, tolerowanie ekspresyjnego bezczeszczenia sztandaru w najmniejszym stopniu nie pomniejsza symbolicznego znaczenia tegoż w amerykańskim społeczeństwie, nie podważa wartości reprezentowanych przez flagę, nie uszczupla inspirowanych przez nią uczuć patriotycznych²¹⁶. Gesty czy też czyny popełniane przez nieznaną powszechnie osobników w rodzaju Johnsona nie są po prostu w stanie wyrzucić takich skutków. Co więcej, argument o obraźliwości analizowanej ekspresji symbolicznej podnoszony przez pełnomocników Teksasu sam w sobie dostarcza potwierdzenia, że „szczególna rola flagi nie jest w niebezpieczeństwie; gdyby była, to nikt nie wszczywałby zamieszek i nie obrażał się z powodu jej podpalenia”. Po drugie, Brennan nie zawahał się przedstawić osobistej interpretacji doktrynalnego znaczenia sztandaru. Jego zdaniem, w pełni zasłużone wyjątkowe miejsce flagi w amerykańskich sercach „będzie wzmocnione, a nie osłabione, naszym dzisiejszym orzeczeniem. Wyrok jest bowiem reafirmacją zasad wolności i inkluzywności, które sztandar najlepiej odzwierciedla”. Zgodnie z przedstawionym ujęciem, flaga reprezentuje przede wszystkim przywiązanie Amerykanów do pryncypiów swobody wypowiedzi statuowanych w pierwszej poprawce²¹⁷, a okazywanie tolerancji dla krytycyzmu wyrażonego przez Johnsona stanowi „znak i źródło” amerykańskiej siły. Za trafny należy uznać pogląd, zgodnie z którym Brennan nie ujawnia w orzeczeniu swej niewrażliwości na narodowe symbole (ale raczej postrzega jak najszerszej rozumianą klauzulę wolności słowa jako właśnie taki symbol), a w jego uzasadnieniu przywiązanie do abstrakcji i racjonalnego dyskursu uzyskuje prymat nad romantyczną, „bardziej skonkretyzowaną i mniej centralną” dla amerykańskiego doświadczenia ikonografią²¹⁸. Jak przekonywał ostatecznie Brennan, wyrok jest świadectwem hołdu dla

²¹⁵ Por. T. G. Pieper, *Playing with fire: the proposed Flag Burning Amendment and the perennial attack on freedom of speech*, Saint John's Journal of Legal Commentary, vol. 11, s. 863 – 864.

²¹⁶ Zob. L. W. Levy, *Seasoned...*, s. 116.

²¹⁷ R. Spangenburg, K. Moser, *Civil liberties*, Tarrytown 2006, s. 86.

²¹⁸ F. H. Buckley, *Liberal nationalism*, UCLA Law Review, vol. 48, s. 258 – 259.

właściwej narodowi amerykańskiemu elastyczności²¹⁹, a karanie desakralizacji flagi nie oznacza bynajmniej konsekrowania tej ostatniej, albowiem postępowanie takie rozwdania te fundamentalne wartości, które sztandar przede wszystkim reprezentuje. Po trzecie, ważnym elementem uzasadnienia jest odmowa rezygnacji z argumentacji nawiązującej do patriotyzmu i ustąpienia w tym zakresie pola zwolennikom penalizacji²²⁰. Brennan odwołał się tutaj do liberalnej wizji społeczeństwa, która – aczkolwiek odmienna od projekcji konserwatywnych – także ufundowana jest na aksjologicznych podwalinach, zakorzenionych – w przekonaniu sędziego – w tożsamości obywateli USA. Według Brennana, amerykański ideał zakłada zwalczanie zagrożeń płynących z wolnego słowa „nie poprzez karanie tych, którzy myślą inaczej, ale poprzez przekonanie ich, że się mylą” (z wyjątkiem sytuacji, w której pojawia się jasne i bezpośrednie zagrożenie fundamentalnego interesu publicznego). Właściwą reakcją na fałsze i kłamstwa jest dyskusja i edukacja (czyli „więcej słów”), a nie wymuszanie milczenia. Jak puentował sędzia, „właściwą odpowiedzią na palenie flagi jest wymachiwanie własną; nie istnieje cenniejsza riposta wobec przekazu podpalacza sztandaru, aniżeli salutowanie płonącej fladze; nie ma lepszego sposobu na podtrzymanie godności choćby i podpalonej flagi, aniżeli [...] pełne szacunku pogrzebanie jej pozostałości”. Frank I. Michelman komentuje, że „retorycznym bohaterem” uzasadnienia Brennana nie jest bynajmniej cieszący się zewnętrzną autonomią dysydent o rewolucyjnych przekonaniach, ale raczej społeczność polityczna, która chroni jego jednostkowe uprawnienia z uwagi na „strukturalną wartość” swobodnej debaty oraz ze względu na przysługującą każdemu człowiekowi osobową godność²²¹. Jak trafnie odnotowuje Carl F. Stychin, na gruncie wyroku zobowiązanie do ochrony dysydentów jest wspólną więzią łączącą obywateli amerykańskich i centralnym punktem ich narodowej identyfikacji. Tym samym patriotyczne ideały zaczynają służyć jako argumenty na rzecz przyznania obywatelom prawa do kwestionowania wspólnych symboli oraz praktyk obowiązujących w danej społeczności²²².

Ze *stricte* psychologicznego punktu widzenia użycie przez Brennana omówionej w tym akapicie retoryki jest bardzo łatwe do wyjaśnienia brakiem jego aprobaty dla

²¹⁹ Nawet przychylnie nastawiony do brennanowskiego uzasadnienia Christopher L. Eisgruber uznał te konkluzje za przesadzone, gdyż traktowanie palenia flagi jako niemalże okazji do patriotycznej celebracji jest przejawem nadmiernego racjonalizmu, bagatelizującego uzasadnione emocje społeczne wywoływane przez sztandar, [w:] *idem, Is the Supreme Court an educative institution?*, New York University Law Review, vol. 67, s. 984 – 985.

²²⁰ J.B. Raskin, *A Flag-Burning Amendment would threaten free speech*, [w:] *Free speech: current controversies*, ed. by S. Barbour, San Diego 2000, s. 37.

²²¹ F. I. Michelman, *Brennan and democracy*, Princeton 1999, s. 79.

²²² C. F. Stychin, *A nation by rights: national cultures, sexual identity politics, and the discourse of rights*, Philadelphia 1998, s. 27 – 28.

monopolizowania dyskursu patriotycznego przez środowiska konserwatywne (co jest zarazem postawą dość naturalną). Niemniej jednak trudno uznać ostatnie fragmenty orzeczenia za emanację reguły neutralności treściowej państwa²²³. W debacie publicznej funkcjonują oczywiście liczne głosy uznające uzasadnienie za obiektywną wykładnię pierwszej poprawki. Przykładowo Levy twierdzi, że swoim uzasadnieniem Brennan (zapobiegając immunizowaniu flagi państwa spod krytyki oraz przymusowemu okrojowaniu narodowej jedności) pokazał szacunek dla podstawowych wartości konstytucyjnych²²⁴. Z kolei Robert D. Richards ubolewa nad tym, że treść brennanowskiego orzeczenia została zagubiona w politycznym gwarze, a obecne tam *ratio decidendi* zniknęło z pola widzenia obserwatorów. W jego ocenie, wyrok uchwycił esencję klauzuli wolności słowa, zwracając uwagę na fakt, że o ile głos większości zawsze jest słyszalny (przesądza o tym liczebność jego eksponentów), o tyle mniejszościowy punkt widzenia wymaga szczególnie intensywnej protekcji. Stanowisko to nieuchronnie wywołuje napięcia oraz kontrowersje, ale negatywny stosunek przeważającej części społeczeństwa do określonych wypowiedzi nie może, na gruncie pierwszej poprawki i amerykańskiej tradycji, pozbawiać mniejszości prawa do wyrażenia swojego zdania również poprzez posłużenie się obraźliwą symboliką. Zgodnie z tą optyką uzasadnienie miało przeto potwierdzać przywiązanie SN do zasadniczych pryncypiów swobody ekspresji²²⁵. Osobiście sądzę jednak, że ostatnie partie wyroku – jak konstatuje m.in. Marrion – zawierają konstytucyjnie nieoczywistą oraz prawnie i aksjologicznie kontrowersyjną wizję społeczeństwa składającego się z jednostek posiadających maksymalny zakres praw do indywidualnego samookreślenia czy autoekspresji, będących zarazem afirmacją ich człowieczeństwa, emanacją ludzkiej godności oraz elementem sprawowania przez człowieka kontroli nad własnym życiem. Zbiorowość ta nie może stosować cenzury w imię samoobrony społeczeństwa pragnącego pielęgnować swój sposób życia, a indywidualizm jest w niej wynoszony na piedestał²²⁶. W moim przekonaniu, powstrzymanie się przez sę-

²²³ Na potwierdzenie tej tezy wystarczy powiedzieć, że teza Brennana, jakoby stosowną repliką na antypatyczne wypowiedzi było więcej wypowiedzi, a nie wprowadzanie zakazów, jest powtórzeniem dziewiętnastowiecznej argumentacji Johna Stuarta Milla (por. D. McWhirter, *Freedom of speech, press and assembly*, Phoenix 1994, s. 17). Jak trafnie zauważa zresztą Karla K. Gower, z całego uzasadnienia przebija optymistyczna liberalna wiara w wolny rynek idei jako sposób dochodzenia do prawdy, [w:] *idem, Liberty and authority in free expression law: the United States and Canada*, New York 2002, s. 181 – 182. Choć taki optymizm był również charakterystyczny dla myśli ojców-założycieli, to jednak afirmacja owej optyki z pewnością nie jest neutralna aksjologicznie.

²²⁴ L. W. Levy, *Seasoned...*, s. 113 – 114.

²²⁵ R. D. Richards, *Uninhibited, robust and wide-open: Mr. Justice Brennan's legacy to the First Amendment*, Boone 1994, s. 149.

²²⁶ Jak wynika już z naszych wcześniejszych rozważań, Marrion jest nastawiony do wyroku bardzo krytycznie. W jego przekonaniu, enuncjacje Brennana w znacznym stopniu ignorują

dziego od rozlicznych aksjologicznych i subiektywnych dywagacji skutecznie obroniłoby jego wyrok przed powyższymi zarzutami, a równocześnie w niczym nie uchyłoby doktrynalnej spójności uzasadnienia, trafnie akcentującego rolę wolności słowa.

Przystąpmy teraz do omówienia enuncjacji pozostałych członków składu orzekającego. W pierwszej kolejności należy przedstawić krótkie uzasadnienie wspierające sporządzone przez Kennedy'ego. Niewątpliwie trafna jest obserwacja Eisgrubera, którego zdaniem wypowiedź sędziego jest sformułowana w nadzwyczaj osobistym tonie; jej celem jest zademonstrowanie, iż autor był w stanie (i zarazem musiał) zdobyć się przy rozstrzyganiu sprawy na obiektywną analizę, która ostatecznie przeważyła nad jego oscylującymi wokół konserwatyizmu ideowymi upodobaniami²²⁷. Już na początku uzasadnienia Kennedy jasno zadeklarował, iż bez żadnych merytorycznych zastrzeżeń aprobuje elokwentne orzeczenie Brennana. W jego przekonaniu, zawisła przed Sądem Najwyższym sprawa dotyczy klarownego i prostego przepisu, który stoi w ewidentnej sprzeczności z jednoznacznym konstytucyjnym przykazem. Przyznając w tym kontekście, że obowiązkiem SN jest podejmowanie poprawnych pod względem normatywnym decyzji (tj. takich, których treść wynika z obowiązującego prawa, a w szczególności z ustawy zasadniczej), sędzia uznał równocześnie za stosowne poinformować opinię publiczną, że „ta sprawa, podobnie jak niektóre wcześniejsze, powoduje osobiste koszty [oraz] ilustruje lepiej aniżeli większość innych, że władza sędziowska częstokroć bywa trudna do sprawowania [...] Brutalna rzeczywistość jest taka, że czasem musimy podej-

zalecenia ojców-założycieli USA (np. Jamesa Madisona, który dostrzegał konieczność ograniczenia choćby najbardziej fundamentalnych wartości w imię zachowania społeczeństwa jako całości oraz ochrony demokratycznego porządku). Zawarty w orzeczeniu absolutyzm i dokonana przez sędziego apoteoza wolności słowa wywyższająca ją ponad wszelkie inne wartości zapoznają istnienie uprawnienia narodu (którego uznanie jest właściwie koniecznością) do promowania swojej koncepcji życia, będącego determinantą skutecznego rządzenia. Według Marriona, orzeczenie przesiąknięte jest skrajnym relatywizmem moralnym w ocenie poglądów i preferencji oraz radykalnym egalitaryzmem; w efekcie indywidualne przekonania są przez Brennana trywializowane oraz traktowane jako czysto subiektywne. Sędzia, zrównując pod względem prawnym niemal wszystkie wypowiedzi (ustawodawca nie ma wszak prawa do oceny ich np. przez pryzmat szkodliwości dla *bonum commune*), doprowadza do tego, że o tryumfie na rynku idei decyduje jedynie nietzscheańska wola mocy. Marrion pisze, że separacja pierwszej poprawki od wspólnotowych wartości zagraża tożsamości i stabilności amerykańskiej zbiorowości, albowiem uwalnia ludzi od zobowiązania – koniecznego dla przetrwania każdej społeczności – do respektowania tradycyjnych norm i reguł postępowania. Taki nieskrępowany indywidualizm grozi ześlizgnięciem się w otchłań barbarzyństwa i anarchii oraz wcale nie gwarantuje tak pożądanego przez liberałów oświecenia czy postępu cywilizacji. Marrion konkluduje, że sukces brennanowskiego paradygmatu oznacza niesłychanie poważne niebezpieczeństwo dla ustroju demokratyczno-republikańskiego wyobrażonego przez ojców-założycieli, [w:] *idem, op. cit.*, s. 83 – 86, 88. W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, iż akceptacja poglądu badacza o aksjologicznej stronniczości pewnych partii sporządzonego przez Brennana uzasadnienia nie warunkuje bynajmniej udzielenia aprobaty jego krytyce wyroku *in toto*.

²²⁷ Ch. L. Eisgruber, *The next Justice: repairing the Supreme Court appointments process*, Princeton 2007, s. 78.

mować decyzje, które się nam nie podobają”. Kennedy akcentował zarazem przywiązanie sędziów SN do sfery procesualnej, tj. do samej procedury egzekwowania przez nich kontroli konstytucyjności prawa, ufundowane na wierze w jej adekwatność. Z tego powodu członkowie Sądu Najwyższego rzadko wyrażają swoją osobistą niechęć czy też obrzydzenie rezultatem jurydycznych deliberacji, który stanowi efekt najzupełniej poprawnego zastosowania generalnie cenionej konstytucyjnej zasady (aby takimi personalnymi wynurzeniami nie podminować siły oddziaływania dyktującej określone rozstrzygnięcie reguły). Według sędziego, przedmiotowa sprawa zasługuje jednakowoż w tym względzie na wyjątkowe potraktowanie. Kennedy z ubolewaniem przyjmował fakt, że pośród „osób, które będą skonsternowane naszym wyrokiem, znajdą się również ci, którzy dostąpili szczególnego zaszczytu eksponowania flagi na polu bitwy”. Zgadzał się także z poglądem, że „flaga samotnie zajmuje honorowe miejsce w czasach, w których nie ufa się absolutom” oraz że niepotrzebnie kwestionuje się najprostsze prawdy. Sędzia konkludował, iż treść wyroku jest dla niego wręcz bolesna. Jak jednak dodawał, „choć symbole posiadają częstokroć jedynie takie znaczenie, które im nadamy, to flaga pozostaje niezmienna i reprezentuje przekonania podzielane przez Amerykanów, ich wiarę w prawo, pokój i w podtrzymującą ludzkiego ducha wolność. Stojąca dzisiaj przed nami sprawa zmusza nas do dostrzeżenia kosztów, których ponoszenie jest wymuszone naszym przywiązaniem do tych wartości. Gorzką, ale fundamentalną, prawdą jest, że flaga chroni tych, którzy mają ją w pogardzie [...] Podsądny nie jest filozofem, a być może nie potrafi nawet pojąć, w jakim stopniu jego wypowiedź jest odrażająca dla samej Republiki. Niezależnie jednak, czy jest on zdolny ocenić ogrom czy potworność obrazy, którą spowodował, pozostaje faktem, że jego działanie było słowem zarówno w technicznym, jak i w fundamentalnym rozumieniu Konstytucji. Dlatego zgadzam się z Sądem, że musi on zostać uwolniony”. Aczkolwiek gotowość sędziego do przekroczenia horyzontu subiektywnych ocen i preferencji z pewnością zasługuje na pochwałę bądź nawet admirację (a u niektórych może wręcz budzić wzruszenie), to jednak w moim przeświadczeniu uzasadnienie wyroku sądowego nie jest w żadnych okolicznościach właściwym miejscem dla tego rodzaju wynurzeń²²⁸.

Zasadnicze *votum separatum* (które podpisali również sędziowie O'Connor oraz White) do wyroku Brennana sporządził natomiast Rehnquist, piastujący już wówczas

²²⁸ Mimo to można sądzić, że Kennedy zaprezentował się jako godny spadkobierca tradycji doktrynalnej Olivera Wendella Holmesa, który wielokrotnie przestrzegał sędziów przed zezwalaniem na wtargnięcie rozmaitych teorii politycznych oraz koncepcji moralnych w sferę orzecznictwa oraz mocno akcentował konieczność nabycia przez członków judykatury trudnej umiejętności ignorowania osobistych poglądów przy wydawaniu wyroków. Na ten temat zob. np. J. Cohen, *Congress shall make no law: Oliver Wendel Holmes, the First Amendment, and judicial decision-making*, Ames 1989, s. 85 – 86.

funkcję prezesa Sądu Najwyższego. Fakt ten sam w sobie nie powinien być traktowany jako niespodziewany. Sprzeciw Rehnquista wobec supozycji Brennana może być bowiem bardzo łatwo wyjaśniony podstawowym składnikiem przyjmowanego przezeń paradygmatu orzeczniczego, którym jest daleko posunięta deferencja względem legislatywy, legitymizowana radykalnie ujętą zasadą wstrzemięźliwości sędziowskiej i skutkująca niechęcią do kwalifikowania (w nieoczywistych sytuacjach) uchwalonych demokratycznie regulacji jako sprzecznych z ustawą zasadniczą²²⁹. Jednak konkretna treść wywodów sędziego i użyta przezeń argumentacja zdają się doprawdy specyficzne; jego uzasadnienie jest najbardziej zdumiewające ze wszystkich wypowiedzi SN, które autor niniejszej książki miał okazję czytać. Niewątpliwie punktem wyjścia dla refleksji Rehnquista było uznanie sztandaru państwa za wyjątkowy obiekt, którego szczególny status umożliwia władzom publicznym sięganie po szeroką paletę środków gwarantujących ochronę fizycznej integralności i symbolicznej roli flagi²³⁰. Odwołując się do amerykańskich tradycji (i cytując aforyzm Holmesa, zgodnie z którym „strona historii jest warta tyle, co tom logiki”), sędzia pisał, iż „przez ponad dwieście lat sztandar Stanów Zjednoczonych zajmował wyjątkową pozycję jako symbol naszego narodu, a wyjątkowość ta uzasadniała rządowy zakaz podpalania flagi w sposób, w jaki uczynił to podsądny Johnson [...] Amerykański sztandar [...] jest dziś widomym symbolem ucieleśniającym nasz naród. Nie reprezentuje on poglądów żadnego ze stronnictw politycznych, ani też żadnej konkretnej filozofii politycznej. Flaga nie jest po prostu kolejną «ideą» albo «punktem widzenia», który musi konkurować o uznanie na wolnym rynku idei. Miliony Amerykanów traktują ją z niemalże mistyczną rewerencją, która jest całkowicie niezależna od posiadanych przez nich poglądów społecznych, politycznych i filozoficznych”. Poszukując usilnie dowodów potwierdzających tę szczególną pozycję i umocowanie flagi (nie tylko przecież w kontekście socjologicznym, ale i jurydycznym), Rehnquist przywoływał cały szereg argumentów. Zrozumiałe było motywowanie zaprezentowanego powyżej stanowiska historycznym znaczeniem sztandaru narodowego jako symbolu amerykańskiej suwerenności i państwowości, jego wszechobecnością w budynkach użyteczności publicznej (w tym także w gmachu SN), posługiwaniem się nim przez władze przy rozmaitych ceremonialnych okazjach, gloryfikującą flagę treścią uzasadnienia orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie *Halter vs. Nebraska*, a nawet faktem pojawiania się w hymnie narodowym USA odwołań do sztandaru. Takowe legitymizowanie szczególnej pozycji flagi niekoniecznie musi być traktowane jako w pełni satysfakcjonu-

²²⁹ Por np. B. A. Perry, A. J. Mikva, *The priestly tribe: the Supreme Court's image in the American mind*, Westport 1999, s. 59 – 60.

²³⁰ Por. S. D. Gerber, *The politics of free speech*, [w:] *Freedom of speech*, ed. by E. F. Paul and F. D. Miller, Jr., Cambridge 2004, s. 44 – 45.

jące; jednakże trudno odmówić poszczególnym argumentom relewantności prawnej. Znacznie mniej zrozumiałe jest natomiast powołanie się przez Rehnquista na liczne wypowiedzi polityków, sentymenty przeważającego segmentu opinii publicznej, powszechność występowania w federalnym i stanowym prawodawstwie amerykańskim norm penalizujących desakralizację flagi, obecność sztandaru na znaczkach pocztowych lub też ofiarność żołnierzy armii Stanów Zjednoczonych²³¹. Emocjonalne wypowiedzi Rehnquista dotyczące wskazanych zagadnień wnoszą do analizy prawnej bardzo niewiele, lub zgoła nic. Za zupełnie kuriozalną należy zaś uznać próbę argumentowania przez prezesa SN trafności swego *votum separatum* cytowaniem poematów autorstwa Ralph Waldo Emersona i Johna Greenleafa Whittiera. Nie wystawiając cierpliwości czytelnika na zbędny wysiłek tłumaczeniem przywołanych wersów, trzeba jednakże postawić retoryczne pytanie, co wspólnego mają wzruszające strofy poetów o farmerach rzucających pod wspólną flagą wyzwanie brytyjskim opresorom bądź też o oporze stawianym podczas wojny secesyjnej rebeliantom z Południa przez dzierżącą gwiazdzisty sztandar sędziwą kobietę o posiwiałych skroniach z problematyką konstytucyjności teksańskiego przepisu? Wypada zgodzić się tu ze Stephenem M. Feldmanem, którego zdaniem ten fragment uzasadnienia jest oryginalnym przykładem zastosowania w orzecznictwie konserwatywnego wariantu metodologii oraz doktryny postmodernistycznej (mimo że sam Rehnquist zapewne wyraźnie zaprzeczyłby trafności określania go mianem postmodernisty, wyśmiewając wręcz proponentów takiej kwalifikacji), owocującego nader często niezbyt poważnym traktowaniem wyroków Sądu Najwyższego przez opinię publiczną²³². Brutalnym językiem wypowiada się w tej materii Jamin B. Raskin, według które-

²³¹ Sędzia przypominał z patosem: „In the First and Second World Wars, thousands of our countrymen died on foreign soil fighting for the American cause. At Iwo Jima in the Second World War, United States Marines fought hand to hand against thousands of Japanese. By the time the Marines reached the top of Mount Suribachi, they raised a piece of pipe upright and from one end fluttered a flag. That ascent had cost nearly 6,000 American lives. The Iwo Jima Memorial in Arlington National Cemetery memorializes that event [...] During the Korean war, the successful amphibious landing of American troops at Inchon was marked by the raising of an American flag within an hour of the event [...] The flag is traditionally placed on the casket of deceased members of the Armed Forces, and it is later given to the deceased's family”. Phillip J. Cooper komentuje (wydaje się, iż z lekką przesadą), że Rehnquist posłużył się w tym miejscu charakterystyczną dla siebie argumentacją *ad horrendum*, a z jego uzasadnienia wynika niemal, że to właśnie Sąd Najwyższy jest odpowiedzialny za śmierć amerykańskich żołnierzy piechoty morskiej z rąk japońskich (a już z pewnością, że lekceważy ich patriotyzm oraz poświęcenie dla dobra kraju), [w:] *idem, Battles on the Bench: conflict inside the Supreme Court*, Lawrence 1995, s. 60. Stwierdzenia Rehnquista w pewnym stopniu uwiarygodniają szokująco brzmiącą tezę Carolyn Marvin i Davida W. Ingle'a, jakoby dla rzeczników kryminalizacji desakralizacji flagi spalenie sztandaru było symbolicznym oraz moralnym odpowiednikiem zbezczeszczenia zwłok poległych w obronie Ojczyzny żołnierzy, [w:] *idem, Blood, sacrifice and the nation: totem rituals and the American flag*, New York 1999, s. 44.

²³² S. M. Feldman, *American legal thought from premodernism to postmodernism: an intellectual voyage*, New York 2000, s. 183.

go mętne, irracjonalne i przesiąknięte mistycyzmem wywody Rehnquista oraz jego „płaczliwe panegiryki” przesłoniły sędziemu banalną prawdę: pierwsza poprawka statuuje niedopuszczalność cenzurowania krytyki narodowych symboli²³³. O ile w moim przeświadczeniu tonacja tej wypowiedzi narusza zasady *decorum*, które winny obowiązywać w debacie publicznej, o tyle trudno polemizować z jej merytoryczną treścią. Co więcej, powoływanie się na dzieła literackie w celu uzasadnienia sędziowskiego werdyktu jest szczególnie osobliwe w ustach bezpardonowego przeciwnika „aktywistycznej” judykatury.

W dalszej kolejności Rehnquist przeszedł do bezpośrednio prawnej partii swojego zdania odrębnego. Zasadne jest tu generalne stwierdzenie, że analizowany poniżej fragment stanowił specyficzny *collage* niezależnych od siebie (a niekiedy niespójnych logicznie i doktrynalnie) argumentów. Synkretyzm ten wydaje się zaświadczać, że sędzia był gotów zaaprobować praktycznie dowolną racjonalizację tezy o zgodności skazania Johnsona z konstytucją. Predylekcja taka spowodowała dostrzeżoną przez licznych komentatorów wewnętrzną niekoherencję uzasadnienia, która dotyczyła nawet najzupełniej kluczowej kwestii dookreślenia zachowania podsądnego z perspektywy klauzuli wolności słowa. W różnych fragmentach swojego wywodu Rehnquist zdawał się bowiem już to negować lingwistyczny oraz ekspresyjny charakter palenia flagi, już to traktować rzeczone zachowanie jako wypowiedź pozostającą poza sferą zainteresowania pierwszej poprawki, już to traktować je jako komunikowanie określonych poglądów w sposób, który można w zgodzie z ustawą zasadniczą zdelegalizować²³⁴. Innymi słowy, sędzia usprawiedliwiał modyfikację w odniesieniu do postępku Johnsona tradycyjnej sądowej wykładni pierwszej poprawki oraz *de facto* postulował ograniczenie zakresu wolności słowa (koncentrując się – jak zobaczymy niżej – na takich kwestiach, jak poziom artykulacji przekazu, skala jego obraźliwości czy dostępność alternatywnych metod komunikowania poglądów)²³⁵. Trudno zarazem nie stwierdzić, że takie chaotyczne i nieusystematyzowane ujęcie problematyki nie znamionowało charakterystycznej dla Rehnquista (aczkolwiek nie zawsze przezeń manifestowanej w rozstrzygnięciach) daleko posuniętej dezynwoltury w traktowaniu klauzuli wolności słowa²³⁶. W mojej ocenie, osobiste inklinacje Rehnquista kierowały go raczej w stronę generalnego odmówienia

²³³ J. B. Raskin, *Overruling democracy: the Supreme Court vs. the American People*, New York and London 2003, s. 211 – 212.

²³⁴ Zob. choćby M. Constable, *op. cit.*, s. 98 – 99; L. A. Powe, Jr., *The Supreme Court and the American elite: 1789 – 2008*, Cambridge 2009, s. 288.

²³⁵ M. V. Tushnet, *The flag-burning...*, s. 45 – 46.

²³⁶ Por. J. W. Dean, *The Rehnquist choice: the untold story of the Nixon appointment that redefined the Supreme Court*, New York 2001, s. 267 – 268.

bezcieszczeniu flagi jakichkolwiek gwarancji pierwszej poprawki. Instruktywne w tym względzie wydają się zwłaszcza dwa zawarte w uzasadnieniu passusy. Otóż zdaniem sędziego, podpalenie sztandaru państwowego nie jest przykładem sytuacji, w której „jeden obraz jest wart tysiąca słów” (czyli sytuacji, w której odwołanie się przez autora przekazu do wypowiedzi symbolicznych posiada doniosły walor ekspresyjny), ale stanowi „odpowiednik nieartykułowanego chrząknięcia bądź ryknięcia, które jest najprawdopodobniej podejmowane [...] nie po to, aby wyrazić określony pogląd, ale po to, aby zantagonizować innych”²³⁷. W innym miejscu Rehnquist konstatował, że „z pewnością jednym ze słusznych celów przyświecających demokratycznemu społeczeństwu jest stanowienie norm wymierzonych w **zachowanie** [podkr.moje – Ł. M.] osądzone jako złe lub głęboko obraźliwe przez większość ludu – niezależnie, czy chodzi tu o morderstwo, defraudację, zanieczyszczenie środowiska albo podpalenie flagi”. Na podstawie wskazanych sformułowań niektórzy komentatorzy uznali, iż na gruncie omawianego uzasadnienia spalenie sztandaru nie jest aktywnością ekspresyjną, ale przejawem najzwyczajszego prymitywnego wandalizmu²³⁸ (który oczywiście nie zasługuje na ochronę na mocy stosownych postanowień konstytucji).

W pozostałych fragmentach swojego obszernego *votum separatum* prezes SN traktował jednak czyn Johnsona jako wypowiedź symboliczną²³⁹ oraz poszukiwał odmiennych strategii (użycie takiej politologicznej terminologii wydaje się tu adekwatne) pozwalających utrzymać w mocy wyrok skazujący. Po pierwsze, Rehnquist przywołał znane nam orzeczenie w sprawie *Chaplinsky vs. State of New Hampshire*, dowodząc, iż palenie flagi nie stanowi esencjonalnej części procesu prezentacji poglądów oraz ma na tyle nikłą wartość z perspektywy odkrywania prawdy, że jakiegokolwiek pożytki społeczne z niego płynące są w oczywisty sposób podrzędne względem społecznego interesu polegającego na zapobieganiu prawdopodobnemu naruszeniu porządku publicznego. Zdaniem sędziego, postępek Johnsona był immanentnie prowokujący w tak znacznym stopniu, że zmaterializowanie się rzeczonego niebezpieczeństwa jest efektem, którego racjonalnie można się spodziewać. Warto nadmienić, że Rehnquist nie kwalifikował przedmiotowego czynu jako „fighting word” (znaczenie tego terminu zostało już ograniczone przez Sąd Najwyższy do obelżywych epitetów dotyczących konkretnego adresata); zakładał natomiast, że racjonalizację stojącą za wspomnianym precedensem można

²³⁷ W znamienym dla jurysprudenencji feministycznej tonie Susan H. Williams dowodzi, że powyższa teza dobrze ilustruje i dobitnie odzwierciedla obecność w orzecznictwie SN kartezyjskich i racjonalistycznych uprzedzeń, które dewalują rolę ekspresji niewerbalnej jako istotnej metody dochodzenia do prawdy, [w:] *idem, Truth, speech, and ethics: a feminist revision of free speech theory*, *Genders*, vol. 30.

²³⁸ Zob. L. W. Levy, *Seasoned...*, s. 114; K. K. Gower, *op. cit.*, s. 182.

²³⁹ Zob. R. H. Fallon, Jr., *Strict judicial scrutiny*, *UCLA Law Review*, vol. 54, s. 283.

rozciągnąć na inne przykłady bezwartościowej z punktu widzenia pierwszej poprawki ekspresji. W tym bowiem miejscu Rehnquist stwierdził *expressis verbis*, że zachowanie Johnsona posiadało ekspresyjny charakter i komunikowało „pełną goryczy niechęć wobec własnego państwa” (podobnie jak słowa użyte przez Chaplinsky’ego „jasno i zwięźle ujawniały wyjątkowo marną opinię tegoż na temat adresata wypowiedzi”²⁴⁰). Po drugie, prezes SN podjął próbę odseparowania metody i treści ekspresji. Jak sugerował, zachowanie Johnsona „nie przekazywało niczego, co nie mogło być przekazane z równą siłą [...] na tuzin innych sposobów”. Rehnquist przypominał bowiem, że podsądny miał prawo krytykować wartości reprezentowane przez sztandar państwowy za pomocą środków werbalnych o dowolnej treści; mógł podpalić kukłę znienawidzonego lidera politycznego bądź inne symbole władzy; mógł nawet spalić flagę amerykańską poza miejscem publicznym. Tekszańskie prawo uniemożliwiało mu jedynie posłużenie się jedną z dostępnych potencjalnie postaci wypowiedzi symbolicznej. Tymczasem, jak wskazywał sędzia, „Pierwsza Poprawka nie gwarantuje uprawnienia do wykorzystywania w każdym czasie i miejscu każdej hipotetycznej metody komunikowania się. Ustawa teksańska pozbawiła Johnsona wyłącznie możliwości posłużenia się jedną z bardziej nieartykułowanych form protestu – wzbudzającą u wielu osób głęboką obrazę – oraz pozostawiła mu prawo do skorzystania z całego panoptikum innych symboli oraz z każdego możliwego rodzaju ekspresji werbalnej w celu wyrażenia swej głębokiej dezaprobaty względem polityki państwa. Tym samym w żadnej mierze nie można powiedzieć, że Teksas ukarał Johnsona, ponieważ jego słuchacze – albo jakkolwiek inna grupa osób – byli radykalnie przeciwni treściom, które usiłował on przekazać. Taki antagonistyczny stosunek nie stanowi na gruncie Pierwszej Poprawki odpowiedniej podstawy do ograniczenia wolności słowa lub ekspresji. Johnson został ukarany po prostu za posłużenie się określonym symbolem, a nie za idee, które wyrażał swoim postępowaniem”. Rehnquist odrzucał zatem w sposób zdecydowany argument (przytoczony także przez Brennana), jakoby zasada swobody ekspresji logicznie implikowała indywidualne uprawnienie do wyboru środka komunikowania swoich poglądów (która to selekcja staje się wówczas sama w sobie elementem jednostkowej wolności słowa), a selektywne zakazywanie metod ekspresji stanowiło zaprzeczenie wartości chronionych przez pierwszą poprawkę²⁴¹.

²⁴⁰ Wysunięcie takiej analogii wydaje się nader wątpliwe, albowiem ekspresyjne bezczeszczenie sztandaru niesie ze sobą znacznie większy przekaz treściowy aniżeli posłużenie się mniej lub bardziej wulgarną inwektywą.

²⁴¹ Por. R. Dasgupta, *Changing face of the law: a global perspective*, Lincoln 2005, s. 286 – 287. Rozumowanie sędziego także i w tym aspekcie pozostaje kontrowersyjne. Po pierwsze, wymienione przez Rehnquista metody ekspresji, rzekomo alternatywne wobec bezczeszczenia sztandaru, nie są treściowymi ekwiwalentami takiej wypowiedzi symbolicznej (co udowadnia chociażby cytowany już Wojciech Sadurski). Po drugie, przyjęcie stanowiska Rehnquista radykalnie redukowaloby zakres konstytucyjnej ochrony przysługujący ekspresyjnej

Po trzecie, sędzia finalnie zaproponował oryginalną interpretację uprawnienia do posługiwania się flagą. Jak pisze Eisgruber, w ocenie prezesa SN sztandar państwowy jest w gruncie rzeczy specyficznym znakiem handlowym desygnującym amerykańską tradycję i potęgę²⁴². Tym samym posługiwanie się flagą przez obywateli (także w ekspresyjnym celu) może naruszać cudze (tj. rządowe) prawo na dobrach niematerialnych. Zdaniem Rehnquista, z uwagi na historię oraz tradycję należy przyznać władzy publicznej w odniesieniu do flagi swoiste ograniczone prawo autorskie²⁴³. O ile z wyłuszczonej wcześniej powodów osobiście uważam konstatację Rehnquista za nieprzekonującą, o tyle za szczególnie charakterystyczny uznaję ich niekompletny i nieprecyzyjny (jakby niedokończony) charakter. Moim zdaniem (nawiązując do słów Kennedy'ego), treść uzasadnienia prezesa SN świadczy, iż chęć osiągnięcia określonego rezultatu przeważała u niego nad wymogami rzetelnej analizy.

Konkludując swoje uzasadnienie, Rehnquist odwołał się do pryncypiów wstrzeźliwości sędziowskiej, w ostrych słowach postponując doktrynalny fragment brennanowskiego wyroku. Zauważał kąśliwie, że jego adwersarz wygłosił przepelniony arogancją wykład na temat cnoty obywatelskiej, pouczający z pozycji wyższości

aktywności (przynajmniej bez opatrzenia jego wywodów dodatkowymi i bardzo precyzyjnymi zastrzeżeniami), albowiem wiele spośród przekazywanych przez wypowiedzi symboliczne treści może być (niedokładnie, ale mimo wszystko...) wyrażonych za pomocą środków werbalnych (jak np. apologia komunizmu, krytyka wojny wietnamskiej, propagowanie doktryny rasistowskiej czy wreszcie oprostowanie segregacji rasowej). Po trzecie, faktycznie uznając zachowanie podsądnego za odpowiednik radykalnej werbalnej krytyki państwa, Rehnquist *implicite* przyznał, że bezczeszczenie flagi jest zachowaniem ekspresyjnie doniosłym i niosącym określoną treść (co w sposób ewidentny kolidowało z jego cytowanymi wcześniej enuncjacjami).

²⁴² Ch. L. Eisgruber, *The next...*, s. 79.

²⁴³ Sędzia powoływał się w tym zakresie na wyrok SN w sprawie *San Francisco Arts & Athletics, Inc. vs. United States Olympic Committee* (483 U. S. Reports 522 (1987)), w którym sąd uznał za zgodną z konstytucją ustawę Kongresu USA udzielającą Amerykańskiemu Komitetowi Olimpijskiemu wyłącznego prawa do posługiwania się w określonych celach zarobkowych i promocyjnych przymiotnikiem „olimpijski”. Moim zdaniem porównanie to jest całkowicie nieuzasadnione. Podkreślmy jednak, że w literaturze przedmiotu można napotkać opinie podobne do przedstawionej przez Rehnquista. Przykładowo Douglas W. Kmiec argumentuje, że promowanie sztandaru państwowego (przedmiotu ucieleśniającego narodową suwerenność) to przykład „przekazu rządowego” (tzw. *government speech*); wzór flagi może być przeto traktowany jako przedmiot właścicielskich uprawnień władz publicznych, [w:] *idem, In the aftermath of Johnson and Eichman: the Constitution need not be mutilated to preserve the government's speech and property interest in the flag*, *Brigham Young University Law Review*, 1990, s. 606 – 616, 622, 624 – 626. Nawet jeśli uznamy jednak formalną poprawność tej konstatacji, to i tak trudno zaprzeczyć tezie Raskina, że uczynienie z flagi państwowej przedmiotu „wyłącznej własności intelektualnej rządu” fundamentalnie przekształca relacje pomiędzy władzą a obywatelami w kierunku sprzecznym z liberalno-demokratycznymi zasadami obowiązującymi w amerykańskim modelu ustrojowym (autor mniej przekonująco pisze również, iż decyzja taka w konsekwencji pozwoliłaby na deifikację symboli narodowych, czyniłaby ze sztandaru ikonę państwowej krytyki myśli oraz osłabiłaby emocjonalne przywiązanie jednostek do powszechnie uprzednio dostępnego symbolu), [w:] *idem, Overruling democracy...*, s. 202 – 203.

ustawodawcę w kwestiach pożądanego kształtu amerykańskiego patriotyzmu oraz roli wolności słowa. Zdaniem Rehnquista, o ile funkcja SN jako ostatecznego interpretatora konstytucji jest w pełni prawomocna, o tyle większość składu orzekającego usurpuje sobie znacznie dalej idące uprawnienia (zbliżone do tych, które posiada platoński stróż doskonały) oraz upomina odpowiedzialnych przed opinią publiczną członków legislatyw, „jakby byli wagarującymi dziećmi”²⁴⁴. Takowe usytuowanie judykatury nie mieści się w systemie ustrojowym USA, albowiem „ustawa zasadnicza mądrze wyznacza granice dla kompetencji prawodawczych większości, ale precyzowanie tych granic przez Sąd Najwyższy jest zawsze bardzo delikatną sprawą, która w przypadkach wątpliwych rzadko, jeżeli w ogóle kiedykolwiek, powinna być rozsądzana na niekorzyść legislatywy [...] Bezkrytyczne objęcie palenia flagi konstytucyjną protekcją zagraża urzeczywistnieniu celów, dla których powołany został zorganizowany rząd. Sąd zdecydował, że flaga amerykańska stanowi po prostu jeden z wielu symboli, odnośnie do których nie tylko musimy tolerować opinie «za i przeciw», ale nie możemy też wymuszać okazywania wobec nich rudymenarnego publicznego szacunku”. Jak puentował Rehnquist, sytuacja, w której „państwu wolno wprowadzać pobór do sił zbrojnych, wskutek czego obywatele muszą walczyć, a być może umierać, za flagę, ale nie zezwala mu się na zakazanie publicznego podpalania sztandaru, pod którym walczą”, jest niedopuszczalna moralnie i wynika z błędnej percepcji swoich zadań przez judykaturę. W świetle uprzednich wywodów Rehnquista takie emocjonalne apelowanie o sędziowską powściągliwość wydaje się mało wiarygodne (może wręcz wzbudzać u obserwatorów poważny dysonans poznawczy).

Osobne *votum separatum* przedstawił sędzia John Paul Stevens, którego stanowisko także (podobnie jak opinia Scalii oraz Kennedy’ego) było sporym zaskoczeniem w kontekście jego względnie konsekwentnej liberalnej linii orzeczniczej. Zgodnie z hipotezą Edwarda Lazarusa, wzmiankowane zdanie odrębne jest wyłącznie efektem emocji, a „w głębi serca” Stevens miał świadomość, że z czysto intelektualnego punktu widzenia czyn Johnsona był „konstytucyjnie chronionym stwierdzeniem politycznym”. Mimo to „chłodne światło rozumu” i racjonalizm ustąpiły w tym przypadku uczuciom czy sentymentom²⁴⁵. Punktem wyjścia refleksji Stevensa było niewątpliwie uznanie szczególnej społecznej roli flagi. Jak jasno deklarował, zagadnienie stojące przed Sądem Najwyższym „posiada wyjątkowy wymiar. W mojej ocenie zasady, które odnoszą się do

²⁴⁴ Słuszna wydaje się konstatacja Stanley’a H. Friedelbauma, którego zdaniem *passus* ten potwierdza polityczne zabarwienie analizowanej sprawy, wykraczającej poza ściśle prawny kontekst, [w:] *idem, The Rehnquist Court: in pursuit of judicial conservatism*, Westport 1994, s. 59.

²⁴⁵ E. Lazarus, *Closed chambers: the rise, fall, and future of the modern Supreme Court*, New York 1999, s. 35 – 36.

wachlarza innych symboli, jak flagi stanowe, opaski na ramię lub też używane przez podmioty prywatne emblematy politycznej bądź gospodarczej tożsamości, niekoniecznie posiadają tutaj przesadzający charakter. Nawet jeśli potraktować podpalenie sztandaru, zgodnie z logicznie zastosowanymi zasadami wypracowanymi przez Sąd w innych kontekstach w toku interpretacji ustawy zasadniczej, jako po prostu kolejny przykład wypowiedzi symbolicznej, to i tak przedmiotowa sprawa posiada pewien nienamacalny wymiar, który czyni wspomniane zasady nieadekwatnymi²⁴⁶. Sędzia podkreślał, że flaga państwowa jest nie tylko symbolem narodowej jedności, ale także stanowi desygnat „idei cechujących społeczność, która wybrała sobie ten emblemat, oraz historii, która ożywiła rozwój i siłę owych idei”. Tym samym flaga Stanów Zjednoczonych to nie tylko „dumny symbol odwagi, determinacji oraz darów natury, które przekształciły tryznaście rachitycznych kolonii w światową potęgę. To również symbol wolności, równości szans, tolerancji religijnej oraz dobrej woli w stosunku do innych narodów, które dzielają nasze aspiracje”. Jak wskazywał dalej Stevens, wprowadzie wartość sztandaru jest niemierzalna, ale decyzja Sądu Najwyższego, delegitymizująca starania rządu związane z ochroną flagi, najprawdopodobniej zredukuje jej symboliczne oddziaływanie. Ten negatywny skutek nie będzie, według sędziego, dostatecznie kompensowany poprzez poszerzenie zakresu wolności słowa. O ile bowiem wyrok SN uwypukla przywiązanie Amerykanów do swobody wypowiedzi, o tyle „usankcjonowanie publicznego bezczeszczenia sztandaru nadweręża jego reputację, i to zarówno w oczach tych, którzy darzą czią idee, dla których on powiewa, jak i w oczach tych, którzy pragną przywdziać szaty męczenników i podpalić go”. Zestawiając ze sobą swobody ekspresyjne i znaczenie flagi, Stevens dodał, że także przyznanie obywatelom prawa do „umieszczania ulotek i graffiti na Monumencie Waszyngtona może poszerzać rynek wolnej ekspresji, ale pociąga to za sobą cenę, której nie mam zamiaru płacić²⁴⁷.

²⁴⁶ Warto zestawić ten pogląd z opinią Borka, którego zdaniem istotą analizowanej kontrowersji jest problem, czy naród amerykański dysponuje prawem do posiadania jednego symbolu, który pozostanie niezhańbiony. Komentator sądzi, iż stwierdzenie, jakoby „wolność słowa wymagała, aby żaden symbol nie mógł pozostać święty”, poniża pierwszą poprawkę, [w:] *idem, Waiving the flag: is our Nation entitled to one symbol that must remain undefiled?*, [w:] *Free speech*, ed. by B. Leone, San Diego 1994, s. 144. Dostrzegalna zbieżność stanowisk między Borkiem i Stevensem – osobami stojącymi częstokroć na przeciwległych biegunach teoretyczno-prawnych i doktrynalnych w kwestiach związanych z wykładnią ustawy zasadniczej – wydaje się wielce instruktywna.

²⁴⁷ Jak trafnie zauważa Raskin, Stevens zignorował w tym porównaniu oczywistość polegającą na tym, że „mamy tylko jeden Monument Waszyngtona, który jest w całości przedmiotem własności publicznej; jeśli jest dewastowany, to jest dewastowany dla wszystkich [...] Ale mamy przecież dziesiątki milionów flag i prawie każda z nich jest prywatną własnością; należy do obywatela – właściciela, który może uczynić z nią wszystko, co nie pozbawia współobywateli i rządu możliwości adorowania swoich flag”, [w:] *idem, Overruling...*, s. 212.

Poszukując ściśle prawnego uzasadnienia swego rozstrzygnięcia, Stevens wysunął dwie podstawowe tezy. Z jednej strony stwierdził, że teksańskie prawo nakłada jedynie „drobne brzemie” na swobodę ekspresji, ponieważ zostawia obywatelom dostępny cały wachlarz alternatywnych sposobów wyrażania nawet najostrożniejszego krytycyzmu względem flagi²⁴⁸. W ocenie Stevensa, Johnson został postawiony w stan oskarżenia z uwagi na wybraną przez siebie metodę oprostowania polityki państwa, a gdyby zdecydował się namalować swoje stanowisko „sprayem na fasadzie Pomnika Lincolna, to nikt nie zakwestionowałby rządowego prawa do zakazania tego rodzaju środka ekspresji. Zakaz ten byłby uzasadniony legitymowanym interesem rządu polegającym na zachowaniu przymiotów ważnego dobra narodowego. Chociaż w analizowanym przez Sąd Najwyższy przypadku dobro to ma charakter niematerialny, to, uwzględniając unikalną pozycję flagi”, ten sam typ rozumowania wspiera uznanie zakazu beczeszczenia sztandaru za konstytucyjny²⁴⁹. Innymi słowy, na gruncie uzasadnienia wystąpienie określonych przesłanek natury polityczno-filozoficznej stwarza państwu podstawę do podjęcia działań regulacyjnych wymierzonych *de facto* w swobodę wypowiedzi symbolicznych pod pretekstem normowania wyłącznie sposobu ekspresji²⁵⁰. Z drugiej strony Stevens usiłował także dowieść, że teksańska regulacja posiada neutralny charakter, gdyż „treść komunikowanego przez podsądnego przekazu nie ma żadnego związku ze sprawą. Znaczenie terminu «desakralizacja» nie zależy bowiem od substancjalnego komponentu ekspresji, który mówca zamierza przekazać, ale od tego, czy obserwatorzy czynu poczują się poważnie obrażeni. Tym samym osoba usiłująca zakomunikować szacunek wobec

²⁴⁸ Analogicznie jak w przypadku Rehnquista mamy tu zatem do czynienia z próbą oddzielenia treści i formy ekspresji, M. Lippman, *Contemporary criminal law: concepts, cases, and controversies*, Thousand Oaks 2010, s. 43.

²⁴⁹ Trudno nie zgodzić się z Davidem G. Savagem, że zestawienie desakralizacji flagi z uszkodzeniem Pomnika Lincolna jest bezpodstawne. Oczywiście nikt nie może rozsądnie wysuwać roszczenia do przyznania mu prawa do dewastacji cudzej własności. Jednak logicznym odpowiednikiem teksańskiego prawa byłoby unormowanie penalizujące karą pozbawienia wolności niszczenie przez obywateli ich własnych kopii Pomnika Lincolna (np. wykonanych z gliny), które to zachowanie zostałoby zakwalifikowane jako destrukcja narodowego monumentu, [w:] *idem*, *Turning Right: the making of the Rehnquist Supreme Court*, New York 1992, s. 284.

²⁵⁰ Warto ponownie skonfrontować tezę Stevensa z ujęciem proponowanym przez Borka, również w którego przekonaniu zakaz desakralizacji sztandaru kryminalizuje tylko drastycznie obraźliwą metodę ekspresji. Teksańskie prawo nie jest tym samym aktem ideologicznej supresji, a „Pierwsza Poprawka zawsze pozwalała naszemu państwu ukarać głoszenie poglądów w obraźliwy sposób – choć nie pozwalała karać za sam fakt ich posiadania”. Tymczasem analizowane orzeczenie Sądu Najwyższego błędnie sugeruje, że „każdy może wyrażać się przez dowolne publiczne zachowanie w dowolnym czasie, a społeczeństwu nie wolno ustanawiać żadnych granic dla takiego postępowania”, [w:] *idem*, *Waiving...*, s. 142 – 143. Jak lapidarnie i trafnie podsumowuje Steven Shiffrin, konsekwentne przyjęcie podobnych postulatów doprowadziłoby w rezultacie do wybitcia w pierwszej poprawce „dziury, przez którą mogłaby przejechać ciężarówka”, [w:] *idem*, *The First Amendment and the meaning of America*, [w:] *Identities, politics, and rights*, ed. by A. Sarat and T. R. Kearns, Ann Arbor 1997, s. 311.

flagi poprzez podpalenie jej na publicznym placu może być uznana za winną bezczeszczenia, jeśli tylko zdaje sobie sprawę, że inni – być może tylko dlatego, że niewłaściwie interpretują ten czyn – poczują się poważnie obrażeni. Co więcej, nawet jeśli osoba działająca wie, że wszyscy potencjalni świadkowie zrozumieją, że pragnie ona zakomunikować szacunek, to i tak można uznać ją za winną desakralizacji, jeżeli ma ona świadomość, że to zrozumienie nie pomniejszy stopnia odczuwanej przez niektórych z nich obrazy²⁵¹. Desakralizacja to po prostu antypatyczne zachowanie, którego legalna kwalifikacja jest całkowicie niezależna od przekonań wyrażanych tym sposobem przez sprawcę²⁵¹. Uwzględniając symboliczne znaczenie sztandaru jako takiego (akcentowane również przez samego Stevensa), którego nie posiadają np. nagrobki, enuncjacje sędziego na temat niedyskryminacyjnego wydzwieku przepisów penalizujących profanowanie flagi wydają się pogmatwane i wręcz trudne do zrozumienia²⁵². Można przypuszczać, że także i w tym przypadku uzasadnienie jest refleksem ideowych i doktrynalnych przekonań sędziego, a nie efektem zobiektywizowanego rozumowania prawniczego. Obok oczywistych wpływów filozofii politycznej komunitaryzmu, stevensowskie *votum separatum* wydaje się również w dużym stopniu (aczkolwiek *implicite*) inspirowane tradycją utylitarystyczną, zgodnie z którą żądania jednostek muszą ustąpić miejsca wymogom ogólnej pomysłowości. Stevens próbował bowiem bilansować wagę odczuwanego przez większość obywateli respektu wobec sztandaru państwa (który symbolizuje dumę z osiągnięć i historii narodu amerykańskiego) oraz wagi doznawanej przez jednostkę satysfakcji z tytułu dysponowania prawną możliwością atakowania sztandaru jako emblematu znienawidzonej polityki, przy czym kalkulacja ta wypadła zdecydowanie na niekorzyść drugiego z elementów²⁵³. Uprawnione jest w każdym razie domniemanie, że dla Stevensa roszczenia Johnsona o objęcie jego zachowania gwarancjami pierwszej poprawki, a tym bardziej aprobująca to żądanie decyzja Sądu Najwyższego, były głęboko bulwersujące.

²⁵¹ W przekonaniu Stevensa, przy ocenie teksańskiej regulacji pod kątem treściowej neutralności nie jest istotny fakt, że ekspresyjne bezczeszczenie flagi jest popełniane wyłącznie przez osoby krytycznie usposobione do sztandaru oraz posiadające określony światopogląd („It seems obvious that a prohibition against the desecration of a gravesite is content neutral even if it denies some protesters the right to make a symbolic statement by extinguishing the flame in Arlington Cemetery where John F. Kennedy is buried while permitting others to salute the flame by bowing their heads. Few would doubt that a protester who extinguishes the flame has desecrated the gravesite, regardless of whether he prefaces that act with a speech explaining that his purpose is to express deep admiration or unmitigated scorn for the late President. Likewise, few would claim that the protester who bows his head has desecrated the gravesite, even if he makes clear that his purpose is to show disrespect. In such a case, as in a flag burning case, the prohibition against desecration has absolutely nothing to do with the content of the message that the symbolic speech is intended to convey”).

²⁵² T. E. Yarbrough, *The Rehnquist Court and the Constitution*, Oxford 2000, s. 182.

²⁵³ Taką interpretację uzasadnienia Stevensa przedstawia Stephen E. Gottlieb, *Morality...*, s. 151 – 152.

Nie wydaje się w najmniejszym stopniu przesadne stwierdzenie, że wyrok SN w sprawie *Texas vs. Johnson* głęboko zaszokował opinię publiczną. Według przeprowadzonych sondaży, aż 85 % społeczeństwa sprzeciwiało się treści orzeczenia, opowiadając się za prawną ochroną flagi Stanów Zjednoczonych przed ekspresyjnym bezczeszczeniem. W świetle dominujących nastrojów elektoratu nie może budzić zdziwienia fakt, że politycy poczuli się zobowiązani do podjęcia kroków zmierzających do zmiany rzeczywistości normatywnej. Niewątpliwie wielu z nich miało zresztą w tym kontekście szczerą intencję; jednak rozstrzygnięcie spowodowało także wybuch „epidemii pozerstwa” i ewidentnej hipokryzji. Podczas kongresowych dyskusji nie zabrakło cokolwiek historycznych reakcji (uderzania dłońmi w pulpity w celu zagłuszenia oponentów, ostentacyjnego wymachiwania sztandarem itp.). Mimo że przedmiotowy spór nie dotyczył w sposób bezpośredni społecznych, ekonomicznych czy nawet politycznych interesów obywateli, to skala jego intensywności i zaciekłości była bardzo wysoka (acz krótkotrwała)²⁵⁴. W pierwszej kolejności Kongres podjął próbę nowelizacji ustawy zasadniczej, polegającej na wprowadzeniu do jej treści poprawki stanowiącej, że ustawodawca federalny oraz legislatury stanowe są uprawnione do „zakazania fizycznej desakralizacji flagi Stanów Zjednoczonych”. Projekt nie zdobył wymaganej kwalifikowanej większości w parlamencie²⁵⁵. Niezależnie od osobistych przekonań dotyczących analizowanego zagadnienia, większość prawników winna chyba uznać taki obrót sprawy za zadowalający. Poprawka budziła bowiem szereg poważnych zastrzeżeń z punktu widzenia czysto formalnych wymogów poprawnej techniki legislacyjnej. Po pierwsze, nie wyłączała jednoznacznie mocy obowiązującej pierwszej poprawki w relacji do ekspresyjnej profanacji sztandaru. Po drugie, w ogóle nie precyzowała znaczenia terminów „desakralizacja” i „flaga”²⁵⁶. Jak wskazywał przykładowo Raskin, poprawka nie odpowiadała na pytanie, czy w jej hipotezie mieściły się przypadki osób podpalających znaczek pocztowy z wizerunkiem flagi USA, podkładających ogień pod niewymiarową flagę opatrzoną napisem „To nie jest flaga”, zakładających stronę internetową umożliwiającą wirtualne spalenie flagi, podpalających sztandar, na którym widnieje jedynie 49 gwiazd itp.²⁵⁷. Usiłowania Kongresu skłoniły wręcz część konstytucjonalistów do zaproponowania koncepcji, zgodnie z którą Sąd Najwyższy miałby możliwość kwestionowania

²⁵⁴ L. M. Friedman, *The Rehnquist Court: some more or less historical comments*, [w:] *The Rehnquist Court...*, s. 150.

²⁵⁵ J. R. Vile, *Encyclopedia of constitutional Amendments, proposed Amendments, and amending issues*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2003, s. 137 – 138.

²⁵⁶ W. van Alstyne, *Freedom of speech and the Flag Anti-Desecration Amendment: antinomies of constitutional choice*, *Free Speech Yearbook*, vol. 29, s. 97 – 102.

²⁵⁷ J. B. Raskin, *Overruling...*, s. 219.

zgodności takich poprawek z ustawą zasadniczą z powodu ich kolizji z centralnymi aksjologicznymi pryncypiami, przenikającymi całościowo ujmowaną konstytucję. Na gruncie postulowanego paradygmatu pierwsza poprawka stałaby się prawnie usankcjonowanym fundamentem amerykańskiego modelu wolności i demokracji, a wszystkie pozostałe postanowienia ustawy zasadniczej musiałyby zostać z nią uzgodnione. Jak trafnie piszą Lawrence H. Tribe i Michael C. Dorf, aprobata takowej koncepcji musiałaby oczywiście wiązać się z zamazaniem granic pomiędzy odczytywaniem i pisaniem konstytucji przez judykaturę²⁵⁸.

Otwarte pojawienie się w dyskursie publicznym wspomnianej propozycji dobrze ilustruje fakt, iż również środowisko przeciwników penalizacji bezczeszczenia flagi nie było wolne od emocji. W każdym razie po upadku projektu nowelizacji konstytucji Kongres zdecydował o wprowadzeniu poprawki do federalnej ustawy o ochronie flagi z 1968 r., która czyniła przestępstwem zagrożonym karą grzywny lub pozbawienia wolności w wysokości do roku działanie polegające na świadomym „uszkodzeniu, oszpececiu, fizycznym splugawieniu, podpaleniu, trzymaniu na ziemi lub podłodze albo podeptaniu” flagi amerykańskiej. Poprawka przewidywała wyjątek dla zachowań zmierzających do zniszczenia zużytych i pobrudzonych sztandarów²⁵⁹ oraz ustanawiała specjalną przyspieszoną procedurę dotyczącą rozpatrywania powstałych na jej tle sporów sądowych. Niewątpliwie intencją Kongresu była eliminacja wady prawa teksańskiego – penalizującego jedynie takie przypadki niewłaściwego traktowania flagi, które poważnie obrażają uczucia innych osób – wykluczającej (przynajmniej w mniemaniu SN) możliwość zakwalifikowania go jako unormowania niedyskryminującego treściowo²⁶⁰.

²⁵⁸ Jak zauważają dalej autorzy, potrzeba zagwarantowania doktrynalnej spójności ustawy zasadniczej (a trudno, ich zdaniem, pogodzić szeroko rozumianą swobodę wypowiedzi z zakazem ekspresyjnego bezczeszczenia flagi w ramach koherentnej teorii polityczno-prawnej) nie usprawiedliwia w dostatecznym stopniu zezwolenia władzy sądowniczej na przekraczanie jej mandatu przez faktyczne ignorowanie tekstu właściwie pod względem proceduralnym przyjętych poprawek, [w:] *idem*, *On reading the Constitution*, Cambridge 1992, s. 25 – 26.

²⁵⁹ Zgodnie z definicją legalną, pod pojęciem flagi należało rozumieć „każdą flagę Stanów Zjednoczonych lub jej część, wykonaną z dowolnego materiału, o dowolnych rozmiarach oraz wystawioną w formie, w której flaga jest zazwyczaj wystawiana”. Choć trudno uznać tę definicję za idealną z perspektywy formalnej (błąd *idem per idem* jest wyraźnie widoczny), to jednak pozwalała ona odpowiedzieć na niektóre wątpliwości podniesione m.in. przez Raskina (co do problemu znaczków pocztowych z wizerunkiem sztandaru oraz niewymiarowych flag). Mimo to w debacie publicznej pojawił się argumenty, zgodnie z którymi ustawa – niezależnie od kwestii jej neutralnego lub dyskryminującego charakteru – jest sprzeczna z konstytucją już z uwagi na niejasność użytych w niej terminów (jak „flaga”, „oszpecanie” czy „uszkodzenie”). Na ten temat zob. R. J. Goldstein, *The great 1989 – 1990 flag flap: on historical, political, and legal analysis*, University of Miami Law Review, vol. 45, s. 89 – 90.

²⁶⁰ D. P. Kommers, J. E. Finn, G. J. Jacobsohn, *American constitutional law: essays, cases and comparative notes*, Lanham 2004, s. 746. Przypomnijmy, że konceptualizacja przepisów penalizujących nieodpowiednie traktowanie sztandaru państwowego jako neutralnych treściowo (a – mówiąc precyzyjniej – realizujących interesy niezwiązane z tłumieniem wolności

Wśród komentatorów zabieg ten wywołał spolaryzowane oceny. Z jednej strony przywołać możemy poglądy postrzegające próbę uratowania regulacji antydesakralizacyjnych poprzez precyzyjne dostosowanie brzmienia nowych przepisów do litery wyroku SN w sprawie *Texas vs. Johnson* jako wyraz szacunku wobec ustrojowej pozycji Sądu Najwyższego²⁶¹. Z drugiej jednak strony część konstytucjonalistów uznała takie postępowanie za politycznie motywowane działanie *in fraudem legis*, podważające autorytet najwyższego organu władzy sądowniczej i zmierzające do „przechytrzenia” SN oraz zignorowania szerszego doktrynalnego kontekstu jego wyroku w omawianej uprzednio sprawie. W tym ostatnim ujęciu nowelizacja byłaby czysto politycznym przedsięwzięciem odpowiadającym na oczekiwania zbulwersowanego elektoratu, mającym na celu zdjęcie z władzy ustawodawczej odpowiedzialności z tytułu tolerowania ekspresyjnego profanowania sztandaru państwowego²⁶². Jak w związku z tym przekonuje Kenneth L. Karst, w gruncie rzeczy Sąd Najwyższy, rozpatrując zgodność przedmiotowej poprawki z klauzulą wolności słowa, powinien wydać krótkie dwuzdaniowe uzasadnienie mówiące, że faktycznym *telos* nowelizacji było „udramatyzowanie oddania pewnych polityków fladze. Wysyłanie ludzi do więzienia za polityczne wypowiedzi to zbyt poważna sprawa”, aby zezwalać na to jedynie po to, aby „Kongres i Prezydent mogli otrzymać od publiczności owację”²⁶³. W każdym razie konstytucyjność ustawy została poddana bardzo szybkiej weryfikacji.

Nowelizacja weszła w życie 27 października 1989 roku, a już wczesnym rankiem następnego dnia w Seattle grupka manifestantów podpaliła flagę amerykańską. Otwarcie zadeklarowanym przez demonstrantów celem było doprowadzenie do niezwłocznego zbadania przez judykaturę zgodności ustawy z pierwszą poprawką. Dwa dni później, podczas wiecu na schodach Kapitolu w Waszyngtonie, doszło do kolejnego aktu podpalenia sztandaru (tym razem w intencji oprotestowania polityki wewnętrznej i zagranicznej USA), w którym partycypował m.in. orędownik „rewolucyjnego komunizmu” Shawn Eichman. Obydwie sprawy zostały rozpoznane przez odpowiednie sądy dystryktowe,

słowa) pozwoliłaby na uznanie ich za unormowania nakładające jedynie akcydentalne brzemiona na sferę ekspresji oraz na ocenianie ich konstytucyjności poprzez pryzmat łagodnego testu O’Briena (lub wręcz na zakwalifikowanie wspomnianych ciężarów jako nieistotnych).

²⁶¹ Jak dowodzi Keith E. Whittington, choć z jednej strony członkowie Kongresu czuli się zobowiązani (a być może niekiedy wręcz politycznie zmuszeni) do poparcia nowelizacji, to z drugiej starali się zachować respekt dla roli SN jako finalnego interpretatora ustawy zasadniczej, [w:] *idem, Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history*, Princeton 2007, s. 139 – 141.

²⁶² Por. M. V. Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton 2008, s. 126.

²⁶³ K. L. Karst, *Faiths, flags, and family values: the Constitution of the theater state*, UCLA Law Review, vol. 41, s. 3. Dodajmy tutaj, że ówczesny prezydent George H. W. Bush był żarliwym zwolennikiem nowelizacji.

które zgodnie – opierając się na traktowanym jako wiążący precedens wyroku SN w procesie Texas vs. Johnson – uznały skazanie manifestantów na podstawie znowelizowanych przepisów za kolidujące z klauzulą wolności słowa. Dzięki wspomnianemu przyspieszonemu trybowi proceduralnemu, odwołania od orzeczeń trafiły bezpośrednio na wokandę SN, który skonsolidował obydwie sprawy w ramach jednego postępowania²⁶⁴. 11 czerwca 1990 roku Sąd podtrzymał obydwa rozstrzygnięcia trybunałów niższej instancji. Wyrok zapadł identycznym stosunkiem głosów, co w uprzedniej sprawie; żaden z sędziów nie zmodyfikował więc swoich ocen dotyczących istoty analizowanej kontrowersji. Jak słusznie konkluduje Lawrence Baum, orzeczenie stanowiło świadectwo gotowości judykatury do konsekwentnego podtrzymywania rozstrzygnięć irytujących inne władze oraz dowód na wolę stawiania oporu żądaniom czy też naciskom legislatywy i egzekutywy²⁶⁵. Uzasadnienie w imieniu większości ponownie napisał Brennan; stanowisko pozostałych sędziów zostało zaś zawarte w *votum separatum* Stevensa.

Brennan (słusznie z pragmatycznego punktu widzenia) nie zdecydował się rozpocząć analizy *ab ovo*. Sędzia stwierdził sumarycznie, że działanie podsądnych należy kwalifikować jako ekspresję symboliczną, pozostającą – w przeciwieństwie do wypowiedzi obscenicznych i „fighting words” – w obrębie oddziaływania pierwszej poprawki. Skoncentrował się natomiast na refutacji tez strony rządowej, które usprawiedliwiać miały odmienną ewaluację badanego unormowania w zestawieniu z przeanalizowaną uprzednio regulacją teksańską. Pełnomocnicy władzy publicznej wysunęli w tym kontekście dwa główne argumenty. Po pierwsze, odwołali się do narodowego konsensusu, zgodnie z którym zbezczeszczenie flagi państwowej powinno podlegać sankcjom karnym. Warto tutaj zauważyć, że przytoczenie wskazanej racjonalizacji w sposób niebezpośredni potwierdzało niemożliwość substancjalnego odróżnienia od siebie obydwu przedmiotowych uregulowań²⁶⁶. Brennan jednoznacznie zakwestionował zasadność kierowania się wolą większości przy ocenianiu statusu określonej wypowiedzi z perspektywy klauzuli wolności słowa²⁶⁷. Jak dowodził, nawet jeśli „domniemany konsensus istnieje, to i tak jakakolwiek sugestia, że interes państwa w tłumieniu wolności słowa zyskuje na znaczeniu w stopniu proporcjonalnym do nasilania się powszechnego sprzeciwu wobec danej wypowiedzi, jest całkowicie obca Pierwszej Poprawce”. W moim przekonaniu, argumentację rządu można w zasadzie sprowadzić do tezy, iż zakaz desa-

²⁶⁴ Szerzej zob. M. Welch, *Flag burning: moral panic and the criminalization of protest*, New York 2000, s. 73 – 74; R. J. Goldstein (ed.), *Desecrating the American flag: key documents of the controversy from the Civil War to 1995*, Syracuse 1996, s. 233 – 235.

²⁶⁵ L. Baum, *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*, Princeton 2006, s. 79.

²⁶⁶ H. N. Foerstel, *Free expression and censorship in America: an encyclopedia*, Boulder 1995, s. 88.

²⁶⁷ Por. M. C. Dorf, *Fallback provisions*, Columbia Law Review, vol. 107, s. 346.

kralizacji flagi wywiera (uwzględniając rzeczony konsens) wyłącznie minimalny wpływ na debatę publiczną (chroniąc równocześnie istotne dla narodu amerykańskiego wartości). Pogląd ten wydaje się jednak bezzasadny, gdyż usunięcie z wolnego rynku idei konkretnych wypowiedzi (np. beczeszczona flagi) można potraktować jako nieznaczne ograniczenie wolności słowa tylko w razie rozpatrywania każdego przypadku posłużenia się tym rodzajem ekspresji w oderwaniu od społecznego kontekstu oraz od innych sytuacji, w których analogiczne wypowiedzi są formułowane²⁶⁸. Innymi słowy, o ile ze *stricte* aksjologicznego punktu widzenia takie ograniczenie swobody słowa może rzeczywiście być interpretowane jako mało istotne, o tyle nie wolno bagatelizować jego społecznego znaczenia (kwestia dopuszczalności beczeszczona flagi była wszak przedmiotem ożywionej dyskusji). *Summa summarum*, odrzucenie przez Brennana wzmiankowanego wyżej poglądu nie powinno być dla nikogo zaskoczeniem (w przeciwieństwie do faktu samego wysunięcia przez stronę rządową supozycji tak radykalnie kolidującej z dotychczasowym orzecznictwem SN...).

Drugi argument przedstawiony przez orędowników penalizacji opierał się na tezie, jakoby badana nowelizacja spełniała kryterium treściowej neutralności oraz pozytywnie przechodziła test O’Briena, a jej niezwiązanym z tłumieniem ekspresji legitymowanym celem publicznym było zabezpieczenie, poprzez ochronę fizycznej integralności flagi, funkcji sztandaru państwa polegającej na byciu „unikalnym i nieskażonym symbolem narodowym” (a nie wprowadzenie jakiegokolwiek uwarunkowanej przesłankami ideologicznymi cenzury)²⁶⁹. Pełnomocnicy rządu zwracali uwagę, że nowelizacja penalizuje wszystkie przypadki niszczenia lub niewłaściwego traktowania flagi, niezależnie od motywacji przyświecającej osobie podejmującej to działanie, zamierzonej przez nią treści przekazu i prawdopodobnych lub faktycznych reakcji odbiorców danego komunikatu. Rzeczywiście analizowana poprawka *prima facie* kontrastowała z normą teksańską, uniezależniając karalność profanowania flagi od wywołania tym czynem poważnej obrazy uczuć obserwatorów. Brennan nie zaaprobował jednak tej linii argumentacyjnej i uznał regulację za dyskryminującą treściowo na podstawie kilku odrębnych (acz niekiedy trudnych do wydestylowania) wniosków. Po pierwsze, wola ochrony symbolicznej roli sztandaru jest w sposób oczywisty związana ze sferą ekspresji; próba powoływania się na konieczność objęcia protekcją fizycznej integralności prywatnie posiadanej flagi jest po prostu usiłowaniem werbalizacji dyskryminującej treściowo regulacji za pomocą neutralnych wyrazów, które pełnią funkcję synonimów (a przynajmniej eufemi-

²⁶⁸ Zob. K. L. Hall, *The Supreme Court in American society: equal justice under law*, New York 2001, s. 625 – 627.

²⁶⁹ Zob. D. A. Downs, *Eichman, United States*, [w:] *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, ed. by K. L. Hall, New York 2001, s. 83.

zmów) względem sformułowań zawierających konotacje ekspresyjne²⁷⁰. Po drugie, czyny podsądnych w najmniejszej mierze nie podważają związku pomiędzy państwem i sztandarem oraz nie uszczuplają symbolicznej roli tego ostatniego. Co więcej, w ocenie Brennana, osoby dopuszczające się ekspresyjnego podpalenia flagi *explicite* liczą na zdolność odbiorców przekazu do rozpoznania tej asocjacji. Tym samym sztandar dalej pozostaje narodowym emblematem, reprezentującym suwerenny status państwa. W praktyce zatem nowelizacja nie zabezpiecza oficjalnie definiowanego przez rząd interesu publicznego; musi przeto realizować odmienne (*ergo* związane z ekspresją) cele²⁷¹. Po trzecie, symboliczne znaczenie jakiegoś przedmiotu może być podważone jedynie przez aktywność komunikacyjną (docierającą do jakiegoś adresata). Jak podkreślał sędzia, sama destrukcja albo mutylacja flagi nie zagraża jej społecznie rozpoznanemu znaczeniu, jeśli nie jest dokonywana w określonym, negatywnie waloryzowanym przez zbiorowość, celu ekspresyjnym kwestionującym ideały lub wartości reprezentowane przez sztandar. Podobnie przedstawia się sprawa z beczeszczaniem flagi w sekrecie (np. w zaciszu domowym)²⁷². Po czwarte, relewantne przepisy nie penalizują każdego przypadku zniszczenia bądź uszkodzenia flagi, wprowadzając chociażby wyjątek dla zachowań zmierzających do wyeliminowania z obiegu sztandarów zużytych i pobrudzonych. Co więcej, jak akcentował Brennan, nikt nie będzie pragnął na podstawie tych zapisów ścigać osoby, która świadomie naruszy fizyczną integralność flagi, wywieszając ją podczas szalejącej nawałnicy z piorunami lub niszcząc ją w inny sposób niekomunikujący *expressis verbis* braku szacunku dla narodowej symboliki. Kryminalizowane są

²⁷⁰ Trudno nie zgodzić się w tym kontekście z Tushnetem, w którego przeświadczeniu nowelizacja nie penalizowała niszczenia flagi, ponieważ „jest coś istotnego w utrzymaniu sztandaru jako kawałka płótna” w nienaruszonym stanie, ale dlatego że władza pragnęła zachować komunikacyjne znaczenie tego narodowego symbolu, [w:] *idem, Taking the Constitution away from the courts*, Princeton 1999, s. 59. Zbyt daleko idące wydaje się natomiast stanowisko Dennisa Floriga, według którego właściwie wszystkie przepisy kryminalizujące beczeszczanie flagi wynikają z traktowania nacjonalizmu jako swoistej odmiany świeckiej religii, [w:] *idem, The power of presidential ideologies*, Westport 1992, s. 63.

²⁷¹ Nie sposób oprzeć się w tym momencie wrażeniu, że podjęcie takiej teleologicznej wykładni analizowanych regulacji pozostawało w znacznym stopniu w sprzeczności z odpowiednimi zaleceniami sędziego Warrena zawartymi w wyroku w sprawie Stany Zjednoczone vs. O'Brien (przestrzegającymi przed przypisywaniem ustawodawcy niekonstytucyjnych pobudek czy motywacji wprowadzenia określonych przepisów).

²⁷² Jak trafnie podsumowuje Nicole B. Cásarez, zdaniem Sądu Najwyższego brak w hipotezie kwestionowanego przepisu znamienia dotyczącego obrażania innych osób w niczym nie modyfikuje dyskryminującego pod kątem światopoglądowym charakteru rzeczzonego unormowania w stosunku do mówców wyrażających niepożądane poglądy na temat flagi, ponieważ w praktyce i tak kryminalizowane zostają jedynie te przypadki naruszenia fizycznej integralności sztandaru, które są negatywnie (z aksjologicznego punktu widzenia) przyjmowane przez zamierzonych lub mimowolnych odbiorców transmitowanego takimi czynami komunikatu, [w:] *idem, Public forums, selective subsidies, and shifting standards of viewpoint discrimination*, Albany Law Review, vol. 64, s. 511.

przeto jedynie casusy nieekspresyjnej desakralizacji sztandaru i niektóre przypadki ekspresyjnego naruszania jego integralności²⁷³. Po piąte, zdaniem sędziego, pojęcia zastosowane przez ustawodawcę w hipotezie relewantnej normy (być może – paradoksalnie – oprócz słowa „podpalenie”) „konotują pozbawione szacunku traktowanie flagi oraz sugerują skoncentrowanie się na takich czynach, które prawdopodobnie mogą naruszyć symboliczną rolę sztandaru”. Tym samym Brennan, odwołując się do wykładni językowej, wyprowadzał wnioski natury teleologicznej, na podstawie których zidentyfikował cel regulacji w sposób odmienny, aniżeli uczynili to pełnomocnicy strony rządowej. Analiza sędziego mogła zresztą budzić w tym aspekcie pewne wątpliwości (o ile wydawała się trafna w odniesieniu do słów „oszcpecenie” czy „splugawienie”, o tyle terminy „zniszczenie” lub też „deptanie” są raczej pojęciami opisowymi, a nie emotywnymi)²⁷⁴. Z pewnością jednak teza, że język nowelizacji implikuje konotacje wykluczające traktowanie jej przepisów jako treściowo neutralnych, oznaczała, iż prawodawca jest praktycznie pozbawiony jakiegokolwiek możliwości penalizacji ekspresyjnego bezczeszczenia flagi (trudno wyobrazić sobie zastąpienie tych słów alternatywnymi pojęciami, które nie uchylałyby zasadzie bezstronności państwa)²⁷⁵. Uznanie poprawki za unormowanie ujawniające te same „fundamentalne wady”, co prawo teksańskie (tj. tłumienie ekspresji „z uwagi na jej prawdopodobny komunikacyjny skutek” i niemożność usprawiedliwienia proponowanych restrykcji bez odniesienia się do treści kryminalizowanych wypowiedzi), właściwie przesądzało – w przeświadczeniu Brennana – o jej bezdyskusyjnej niekonstytucyjności (zgodnie z wcześniejszym precedensowym wyrokiem). Jak konkludował sędzia, państwo ma prawo promować poprzez perswazję obywatelską jedność, ustanawiać narodowe symbole oraz zachęcać do ich respektowania; nie może jednak czynić przestępstwem ekspresyjnych działań ze względu na ich bezpośrednie skutki i treść. Porównując bezczeszczenie flagi do wulgarnych potępień poboru do wojska (sprawa *Cohen vs. California*), obraźliwej satyry (sprawa *Hustler Magazine Inc. vs. Falwell*) lub też nienawistnych epitetów (*Terminiello vs. City of Chicago*), Brennan pisał, iż karanie profanowania sztandaru z uwagi na antypatyczność tej wypowiedzi naruszałoby postano-

²⁷³ Zob też J. O. McGinnis, *The once and future property-based vision of the First Amendment*, *University of Chicago Law Review*, vol. 63, s. 98; R. J. Goldstein, *Saving Old Glory: the history of the American flag desecration controversy*, Boulder 1995, s. 219.

²⁷⁴ Zob. też I. M. Rose, *Barring foreigners from our airwaves: an anachronistic pot hole on the global information highway*, *Columbia Law Review*, vol. 95, s. 1210; M. Glenn Abernathy, B. A. Perry, *Civil liberties under the Constitution*, Columbia 1993, s. 287.

²⁷⁵ M. Morisey, *Flag desecration, religion and patriotism*, *Rutgers Journal of Law and Religion*, vol. 9, s. 10.

wienia pierwszej poprawki, „rozwadniając wolność, właśnie dzięki której emblemat ten jest obdarzany silną rewerencją, i która czyni go tej rewerencji godnym”²⁷⁶.

Zdecydowana większość komentatorów zaaprobowwała brennanowską kwalifikację noweli jako regulacji dyskryminującej treściowo. Także zwolennicy penalizacji bezczeszczenia flagi, pozostając oczywiście przy swoich zdaniach, zazwyczaj nie bronili przedmiotowej poprawki z powołaniem się na argument z rzekomej neutralności unormowania. Wyłącznie okazjonalnie można napotkać w literaturze pogląd, jakoby teza Brennana była przykładem sędziowskiego aktywizmu, wiążącego się z arbitralnym przypisywaniem legislatywie niezgodnych z ustawą zasadniczą motywów działania, zastępowaniem rzetelnej analizy tekstu przepisów prawnych subiektywnymi dywagacjami na temat intencji prawodawcy oraz opieraniem rozstrzygnięcia na wywodach dotyczących wydumanych okoliczności faktycznych²⁷⁷. Bardziej miarodajny dla środowiska orędowników kryminalizacji wydaje się pogląd George'a P. Fletchera, który (przed wzmiankowaną uprzednio modyfikacją swego stanowiska) przyznawał, że ochrona fizycznej integralności sztandaru jest przedsięwzięciem sensownym tylko w przypadku zaakceptowania określonych fundamentów kulturowych, prowadzącego do postrzegania flagi amerykańskiej jako przedmiotu zasługującego na ochronę (z powodów aksjologicznych). Choć unormowanie przewidujące taką ochronę *ex definitione* nie może być tedy neutralne, to społeczne znaczenie sztandaru uzasadnia wprowadzenie wyjątku od rygorystycznej zasady bezstronności. Według Fletchera, bezczeszczenie flagi powinno być zabronione, ponieważ rzeczona praktyka utrudnia państwu promowanie konstytucjonalizmu. Zachowanie szacunku dla sztandaru (i respektu dla narodowych rytuałów) warunkuje również rozwój patriotyzmu, obywatelskiej lojalności oraz gotowości do poświęceń w imię dobra wspólnego. W przeświadczeniu autora, waga wolności słowa „nie polega na ekscytowaniu się możliwością autoekspresji, ale wynika z używania słów jako medium komunikowania się w celu ukształtowania politycznych, artystycznych bądź też handlowych stosunków z innymi”. Wyzolowana jednostka, roszcząca sobie uprawnienia do niczym nieskrępowanej samorealizacji, nie może być centralną wartością systemu moralnego, albowiem ludzie rozwijają się w „sieci powiązań” społecznych, których trwałość i stabilność czasem musi być zabezpieczona poprzez ograniczenie indywidual-

²⁷⁶ Jak trafnie wnioskuje zatem Burt Neuborne, wyroki skazujące ostatecznie zostały uchylone dlatego, że państwo nie było zdolne wyartykułować jakiegoś fundamentalnego interesu publicznego, któremu miała służyć badana przez Sąd Najwyższy nowelizacja, [w:] *idem, An overview of the Bill of Rights*, [w:] *Fundamentals of American law*, ed. by A. B. Morrison, New York 1996, s. 95. Podobnie jak np. wyrok w sprawie *R.A.V. vs. St. Paul*, obydwa omówione w tym fragmencie pracy orzeczenia dobitnie unaocniają, jak bardzo trudny do przejścia jest test „surowego nadzoru sędziowskiego”, którego fragmentem jest rzeczona inwestygacja.

²⁷⁷ D. W. Kmiec, *op. cit.*, s. 593.

nych swobód²⁷⁸. Biorąc pod uwagę wspomnianą reprezentatywność poglądu Fletchera, należy stwierdzić, że orędownicy tezy o konstytucyjności omawianej nowelizacji przeważnie wysuwali inne argumenty (aniżeli jej rzekoma neutralność) na rzecz swojego stanowiska (twierząc np., że profanowanie flagi nie jest słowem lub że regulacja przechodzi test „strict scrutiny”²⁷⁹).

Dyskryminacyjny wymiar poprawki nie budził natomiast wątpliwości wśród oponentów penalizacji. Istniało jednak tutaj pewne zróżnicowanie opinii w kwestii pojmowania pryncypium neutralności w odniesieniu do ekspresyjnego traktowania flagi. Zgodnie z bardziej umiarkowaną teorią, nowelizacja łamie wskazaną zasadę, ponieważ nie przewiduje kary za każdy przypadek czynienia ze sztandaru ekspresyjnego – a także i nieekspresyjnego – użytku (łącznie z wywieszaniem flagi i machaniem nią)²⁸⁰. Moim zdaniem słuszne jest jednak dalej idące stanowisko, które reprezentuje m.in. John Hart Ely. W jego ocenie, nowelizacja nie wprowadzała jedynie akcydentalnego ciężaru na ekspresję, albowiem traktowała w sposób „wyróżniony wypowiedzi komunikowane przez flagę Stanów Zjednoczonych”, obejmując sztandar szczególnym poziomem ochrony. Jak argumentuje badacz, ortodoksę na rynku idei można oktrojować nie tylko „poprzez obłożenie «dewianckiej» ekspresji ekstraordynaryjnymi ograniczeniami, ale również poprzez udzielanie wyjątkowej protekcji ekspresji, która jest oficjalnie akceptowana”. W tym ujęciu penalizacja ekspresyjnego bezczeszczenia sztandaru jest istotowo odpowiednikiem wprowadzenia zakazu „przeszkadzania patriotycznym wypowiedziom”²⁸¹. Nieco dokładniej precyzuje to zagadnienie Kent Greenawalt. Konstytucjonalista przyznaje początkowo, iż w pierwszym rzędzie poprawka wymierzona jest w wypowiedzi symboliczne transmitujące radykalnie niechętny stosunek do polityki amerykańskiej (choć dotyczy także zachowań nieekspresyjnych, jak np. użycie flagi w celu rozpalenia ogniska). Gdyby bowiem sztandar został podpalony podczas patriotycznego happeningu przedstawiającego scenę, w której grupa pozytywnych bohaterów powstrzymuje osobę podejmującą takie działanie, to zapewne mało kto postulowałby ukaranie uczestników podobnego spektaklu (mimo że czyn popełniony w jego trakcie – przynajmniej przez jednego z nich – wyczerpywał ustawowe znamiona przestępstwa). Istnieje zatem bardzo wysoka korelacja między czynami zabronionymi przez nowelizację oraz zachowaniami natury komunikacyjnej związanymi z określonym światopoglądem. Greenawalt nawią-

²⁷⁸ G. P. Fletcher, *Loyalty: an essay on the morality of relationships*, New York 1993, s. 134 – 135.

²⁷⁹ Argumenty te przytaczaliśmy (i będziemy jeszcze przytaczać) dokładniej w innych miejscach książki.

²⁸⁰ Tak np. R. J. Goldstein, *The great...*, s. 89.

²⁸¹ J. H. Ely, *On constitutional ground*, Princeton 1996, s. 186 – 187. Por. S. Goldberg, *Culture clash: law and science in America*, New York and London 1996, s. 87.

zuje także do historii legislacji i przekonuje, iż analiza parlamentarnych dyskusji dostarcza przytłaczającą liczbę dowodów na prawdziwość tezy, że celem działań prawodawcy była aktywność ujawniająca intencjonalny brak szacunku wobec flagi. Mimo pozornie neutralnego języka nowej regulacji, zamierzeniem państwa było po prostu wyeliminowanie niepożądanego ekspresji. Argument Greenawalta idzie jednak dużo dalej. Nawet gdyby bowiem rząd był faktycznie zainteresowany jedynie ochroną fizycznej integralności flagi, a zwykła trywializacja narodowego sztandaru konstytuowałaby dlań równie poważny problem jak jego odrzucenie, to i tak analizowane przepisy naruszałyby zasadę neutralności. Skoro flaga spełnia rolę symboliczną (reprezentując naród, jego jedność, wyznawane przezeń wartości itp.), to wyróżnienie jej jako przedmiotu szczególnej pieczy nie może nie wiązać się z kontekstem ekspresyjnym²⁸². Mówiąc nieco inaczej, w świetle koncepcji Ely'ego i Greenawalta, każde zastosowanie do symbolicznych wypowiedzi norm traktujących flagę w odmienny sposób, aniżeli zwykły kawałek płótna (jeśli pozostaniemy przy tradycyjnej formie, w jaką przyoblekany jest ów narodowy emblemat), oraz penalizujących jej niewłaściwe traktowanie stanowi przejaw kolidującej z pierwszą poprawką dyskryminacji treściowej.

Przejdźmy zatem do przedstawienia *votum separatum* Stevensa. Jak trafnie pisze Rodney A. Smolla, uzasadnienie to było utrzymane w znacznie spokojniejszym tonie w porównaniu ze zdaniem odrębnymi zgłoszonymi przy okazji rozpatrywania sprawy *Texas vs. Johnson*²⁸³. Stevens rozważał wręcz przyłączenie się do większości składu orzekającego i przywołanie w tym kontekście reguły *stare decisis*. Wydaje się, iż takie uspokojenie tonacji uzasadnienia było uwarunkowane relatywnym ostudzeniem się społecznych emocji oraz triumfem szczególnego *esprit de corps* obowiązującego generalnie w Sądzie Najwyższym, który manifestuje się z większą intensywnością z chwilą pojawienia się ostrej krytyki rozstrzygnięć ze strony innych aktorów społeczno-politycznych²⁸⁴. Mimo takiego koncyliacyjnego nastawienia sędzia nadal pozostawał sceptyczny w stosunku do brennanowskich analiz. Punkt wyjścia refleksji Stevensa ponownie i niewątpliwie stanowiło uznanie sztandaru państwowego za przedmiot zasługujący na szczególną ochronę z uwagi na jego symboliczną rolę społeczną. W ocenie sędziego flaga jest ekspresyjnym symbolem, ucieleśniającym narodowe aspiracje, formującym wspólną

²⁸² K. Greenawalt, *O'er the Land of the Free: flag burning as speech*, *UCLA Law Review*, vol. 37, s. 922 – 941.

²⁸³ R. A. Smolla, *Free speech in an open society*, New York 1992, s. 92.

²⁸⁴ Wspomniane uczucie grupowej solidarności ujawnia się zwłaszcza w momentach domniemanego podważania autorytetu SN przez legislatywę, egzekutywę oraz znaczących polityków.

wież pomiędzy obywatelami oraz wzmacniającym zbiorową mobilizację²⁸⁵. Podkreślając, iż wartość sztandaru jest praktycznie niemierzalna i niemożliwa do precyzyjnego opisanie, sędzia pisał równocześnie, że sztandar „w chwili narodowego kryzysu inspiruje i motywuje przeciętnych obywateli do osobistych poświęceń w imię osiągnięcia przez zbiorowość jej fundamentalnych celów” i „przypomina o znaczeniu stałego dążenia do urzeczywistnienia ideałów cechujących nasze społeczeństwo”. Flaga jest unikalnym symbolem, reprezentującym „wolność, równość i tolerancję – ideały, których Amerykanie w toku historii wytrwale bronili i o których namiętnie debatowali. Flaga ucieleśnia nasze przywiązanie do tych ideałów”. Co charakterystyczne, dla Stevensa sztandar jest emblematem względnie neutralnym treściowo; nie sposób traktować go bowiem jako manifestacji konkretnej filozofii politycznej (wyraża on jedynie ogólną aprobatę dla abstrakcyjnych koncepcji wolności, równości i tolerancji również wobec tych, z którymi się nie zgadzamy)²⁸⁶. Jak podsumował sędzia, państwo, kryminalizując profanację flagi, realizuje doniosły interes publiczny polegający na ochronie symbolicznej wartości sztandaru.

Kluczowe znaczenie w kontekście dalszych wywodów posiadało kolejne założenie Stevensa, zgodnie z którym urzeczywistnianie wspomnianego interesu przez penalizację bezczeszczenia sztandaru nie jest związane z tłumieniem poglądów czy idei (które pragnie ewentualnie zakomunikować osoba popełniająca ten czyn), albowiem nie zależy ono od konkretnych konotacji niesionych przez dany przekaz. Jak przekonywał w tym aspekcie sędzia, palenie flagi jest zachowaniem niejednoznacznym treściowo, ponieważ

²⁸⁵ Por. A. Tsesis, *The Thirteenth Amendment and American freedom: a legal history*, New York 2004, s. 139, 193.

²⁸⁶ Według Stevensa, transmitowany przez flagę przekaz „does not take a stand upon our disagreements, except to say that those disagreements are best regarded as competing interpretations of shared ideals. It does not judge particular policies, except to say that they command respect when they are enlightened by the spirit of liberty and equality. To the world, the flag is our promise that we will continue to strive for these ideals. To us, the flag is a reminder both that the struggle for liberty and equality is unceasing, and that our obligation of tolerance and respect for all of our fellow citizens encompasses those who disagree with us – indeed, even those whose ideas are disagreeable or offensive”. Nie sposób zgodzić się z pejoratywną oceną Jamesa McBride’a, którego zdaniem uzasadnienie Stevensa (podobnie zresztą jak wcześniejsze zdania odrębne) ograniczyło się w interesującym nas w tym miejscu aspekcie do „obsesyjno-kompulsywnych” inwokacji sławiących unikalny charakter flagi państwowej z pominięciem dokładniejszego wyłożenia epistemicznych i społecznych okoliczności przemawiających za ochroną sztandaru. McBride wprost zarzuca Stevensowi posługiwanie się logiką i argumentacją właściwą z natury uproszczonym przemówieniom polityków, [w:] *idem*, „*Is nothing sacred?*”: *flag desecration, the Constitution and the establishment of religion*, Saint John’s Law Review, vol. 65, s. 308. Wydaje się, że Stevens na tyle, na ile tylko jest to możliwe, trafnie zdefiniował symboliczne znaczenie i społeczną rolę amerykańskiej flagi. Oczywiście każdą tego typu próbę można uznać za niekompletną, ale symbolika narodowa rzeczywiście posiada pewien nienamacalny wymiar, trudny do uchwycenia w kategoriach werbalnych (stąd też wynika zresztą emotywna i perswazyjna siła ekspresyjnego bezczeszczenia sztandaru).

„podpalacz sztandaru może chcieć po prostu wyrazić nienawiść, pogardę czy wrogość względem Stanów Zjednoczonych [lub] pragnąć ujawnić tym czynem głębię swych osobistych przekonań na temat jakiegoś zagadnienia; prowokując użycie wobec siebie siły państwa, podpalacz flagi twierdzi: «Moja dezaprobata dla danych posunięć politycznych jest tak duża, iż jestem gotów zaryzykować doznanie fizycznego uszczerbku (a nawet więzienie) w celu zwrócenia uwagi na mój punkt widzenia» [...] Podpalacz flagi może też chcieć wytoczyć oskarżenie o nieuczciwość przeciwko obywatelom amerykańskim, którzy się z nim nie zgadzają. Poprzez podpalenie symbolu ucieleśniającego zbiorowe przywiązanie Ameryki do zasad wolności i równości, podpalacz flagi zarzuca większości porzucenie swych zobowiązań oraz imputuje jej, iż żywiony przez nią szacunek dla sztandaru stanowi wyłącznie przejaw hipokryzji”. Stevens konkludował zatem, że „poglądy wyrażane przez konkretny akt podpalenia sztandaru z konieczności są determinowane przez czasowy i polityczny kontekst”. Jak jednak utrzymywał, uzasadniony interes publiczny w ochronie symbolicznej roli flagi jest „taki sam, niezależnie od tego, które motywy stanowiły katalizator dla” osoby decydującej się na zbeczeszczenie sztandaru. Tę dość zawiłą argumentację można sprowadzić do relatywnie prostego *dictum*: skoro profanowanie flagi jest wypowiedzią wieloznaczną i może wynikać ze zróżnicowanych pobudek, a nowelizacja penalizuje każdy casus desakralizacji w oderwaniu od doktrynalnych bądź ideologicznych konotacji, to przedmiotowa poprawka nie konstytuuje niedopuszczalnego cenzurowania antypatycznych poglądów. Można zatem wysnuć wniosek, że Stevens postrzegał zbeczeszczenie flagi jako formę przekazu, która może być wypełniona różną treścią (a kryminalizacja formy nie oznacza w tym przypadku kryminalizacji treści)²⁸⁷. Sędzia przyznał jednak równocześnie, że analizowana regulacja narusza prawo obywatelskie do wyboru preferowanego sposobu ekspresji, które również objęte jest gwarancjami pierwszej poprawki²⁸⁸. W jego ocenie, wspomniane uprawnienie nie powinno być lekceważone; stanowi bowiem „jeden z kluczowych składników koncepcji wolności, którą flaga ma symbolizować”. Co więcej, związane jest ze społecznym interesem polegającym na uwzględnianiu wszystkich głosów w debacie publicznej. Według sędziego, pierwsza poprawka nie gwarantuje *nudum ius* do transmitowania określonych poglądów, ale też prawo do ich **efektywnej** komunikacji. Jak dowodził sę-

²⁸⁷ Przyjęcie tej pozornie mało istotnej konstatacji przez Sąd Najwyższy mogłoby diametralnie zmodyfikować zakres konstytucyjnej ochrony przysługujący wypowiedziom symbolicznym. Konsekwentna aplikacja wskazanej tezy – ignorującej słynne McLuhanowskie powiedzenie – pozwalałaby bowiem władzy publicznej na regulowanie właściwie każdej niewerbalnej ekspresyjnej aktywności pod pretekstem normowania formy, a nie treści, przekazu. Oczywiście Stevens – zapewne dostrzegając rzeczzone niebezpieczeństwo – zaproponował w tym zakresie szereg zastrzeżeń.

²⁸⁸ Por. L. W. Levy, *Seasoned...*, s. 116.

dzia, uprawnienie to nie jest jednakże absolutne. Podłożenie bomby na Kapitolu, przeprowadzenie gigantycznego pokazu fajerwerków bądź też zorganizowanie parady nagości modelek w parku – zastosowanie takich metod ekspresji niewątpliwie powiększa efektywność przekazu; fakt ten wszelako nie immunizuje ich totalnie spod regulacyjnej władzy państwa²⁸⁹.

Ostatecznie zatem w przeświadczeniu Stevensa, werdykt w przedmiotowym procesie powinien być funkcją wyważenia dwóch (w gruncie rzeczy ekspresyjnych) wartości: symbolicznej roli sztandaru państwowego oraz wagi uprawnienia jednostek do swobodnej selekcji formy ich ekspresyjnej aktywności. Przyznając, iż „rozsądni sędziowie mogą mieć odmienne opinie” w kwestii rezultatu takiej kalkulacji, Stevens uznał jednak, iż owo bilansowanie zdecydowanie przemawia na rzecz traktowania bezczeszczenia flagi jako przestępstwa. Sędzia wysunął tutaj trzy główne argumenty związane z: 1) unikalną społeczną rolą flagi, 2) istnieniem dostępnych dla mówcy alternatywnych (aczkolwiek – jak rozpoznawał Stevens – mniej efektywnych) metod zakomunikowania pożądanych treści oraz 3) wywołanym zachowaniami desakralizacyjnymi drastycznym pogorszeniem się statusu sztandaru w amerykańskim społeczeństwie²⁹⁰. Zasadny jest tedy pogląd Marianne Constable, że w mniemaniu Stevensa kryminalizacja profanowania flagi prowadzi do „strategicznej maksymalizacji w społeczeństwie indywidualnych interesów związanych ze sferą ekspresji”, albowiem, nie pozbawiając dysydentów szansy na prezentację swoich poglądów, umożliwia zarazem oddanie sztandarowi przez całą społeczność należnych mu honorów. Rozumowanie to jest niewątpliwie ufundowane na pryncypiach moralnego oraz politycznego utylitaryzmu i konsekwencjalizmu²⁹¹. W moim przekonaniu, szukanie ideowych źródeł doktryn prawnych, dotyczących zakresu wolno-

²⁸⁹ Zob. B. J. Bleise, *Freedom of speech and flag desecration: a comparative study of German, European and United States law*, Denver Journal of International Law and Policy, vol. 20, s. 489.

²⁹⁰ Jak z ubolewaniem twierdził sędzia, „what makes these cases particularly difficult for me is what I regard as the damage to the symbol that has already occurred as a result of this Court’s decision to place its stamp of approval on the act of flag burning. A formerly dramatic expression of protest is now rather commonplace. In today’s marketplace of ideas, the public burning of a Vietnam draft card is probably less provocative than lighting a cigarette. Tomorrow flag burning may produce a similar reaction. There is surely a direct relationship between the communicative value of the act of flag burning and the symbolic value of the object being burned. The symbolic value of the American flag is not the same today as it was yesterday. Events during the last three decades have altered the country’s image in the eyes of numerous Americans, and some now have difficulty understanding the message that the flag conveyed to their parents and grandparents – whether born abroad and naturalized or native born. Moreover, the integrity of the symbol has been compromised by those leaders who seem to advocate compulsory worship of the flag even by individuals whom it offends, or who seem to manipulate the symbol of national purpose into a pretext for partisan disputes about meaner ends. And, as I have suggested, the residual value of the symbol after this Court’s decision in *Texas v. Johnson* is surely not the same as it was a year ago”.

²⁹¹ M. Constable, *op. cit.*, s. 109.

ści słowa, we wspomnianych poglądach filozoficznych w znacznym stopniu koliduje z linią orzeczniczą SN, prowadząc ostatecznie do udzielenia jednej ze stron debaty publicznej (na podstawie subiektywnego rachunku zysków i strat) zezwolenia na posiłkowanie się unormowaniami państwowymi w celu obrony swojego stanowiska na rynku idei. Wydaje się także, iż w najbardziej rudymenarnym wymiarze wyrok Stevensa motywowany jest tradycyjną koncepcją demokracji republikańskiej. Sędzia *de facto* odwoływał się bowiem w przedstawionej interpretacji ustawy zasadniczej do takich kategorii myśli politycznej, jak patriotyzm i cnota obywatelska. Najgłębsza doktrynalna podbudowa też Stevensa stała przeto w immanentnej sprzeczności z wizją deliberatywnego liberalizmu, którą eksponował w swoim uzasadnieniu Brennan²⁹². Fakt ten konkluzywnie zdaje się potwierdzać opinię o warunkowaniu omawianego jurydycznego sporu przez szerszy kontekst doktrynalny.

Na zakończenie tej partii książki czuję się zobowiązany do zaprezentowania czytelnikowi generalnego osobistego zdania w relewantnej materii. W mojej ocenie, konsekwentna aplikacja wypracowanych przez Sąd Najwyższy USA dyrektyw interpretacyjnych dotyczących klauzuli wolności słowa nieuchronnie prowadzi do objęcia ekspresyjnej profanacji sztandaru protekcją pierwszej poprawki. Omówione dwa wyroki najwyższego organu judykatury osadzone były na trwałych fundamentach doktrynalno-prawnych²⁹³, potwierdzały gotowość SN do udzielania konstytucyjnej ochrony choćby „najbardziej prowokacyjnej ekspresji”²⁹⁴, utwierdzały wymóg zachowania przez państwo neutralności światopoglądowej i treściowej względem wypowiedzi symbolicznych (w okolicznościach, w których skład orzekający został wyraźnie zdominowany przez orędowników politycznego konserwatyzmu)²⁹⁵ i stanowiły manifestację przekraczającego polityczne podziały przywiązania amerykańskiej jurysprudencji do szerokiego (nie-mal libertariańskiego) pojmowania gwarancji pierwszej poprawki oraz woli podejmowania aktywnych działań w jej obronie²⁹⁶. Wyroki ponownie w bardzo dobitny sposób pokazały, że, zgodnie z orzecznictwem SN, pierwsza poprawka wyklucza skuteczne powoływanie się na różne abstrakcyjne interesy publiczne (np. na potrzebę zachowania

²⁹² G. Molander, *Machiavellian jurisprudence: the United States Supreme Court's doctrinal approach to political speech under the First Amendment*, *Touro Law Review*, vol. 10, s. 631 – 632.

²⁹³ S. E. Rush, *Feminist judging: an introductory essay*, [w:] *Feminist jurisprudence, women and the law: critical essays, research agenda, and bibliography*, ed. by B. Taylor, S. E. Rush and R. J. Munro, Buffalo 1999, s. 605.

²⁹⁴ D. A. Downs, *Eichman...*, s. 83.

²⁹⁵ O. M. Fiss, *Silence on the street corner*, [w:] *Public values in constitutional law*, ed. by S. E. Gottlieb, Ann Arbor 1993, s. 209 – 210.

²⁹⁶ F. P. Lewis, *The context of judicial activism: the endurance of the Warren Court legacy in a conservative age*, Lanham 1999, s. 37 – 38.

narodowej jedności czy ochronę patriotycznych uczuć większości społeczeństwa) w celu usprawiedliwienia wprowadzenia ograniczeń ekspresyjnej aktywności²⁹⁷. Trafna jest jednocześnie ocena Samuela Walkera, że wyroki, poszerzając sferę wolności słowa nawet w tak kontrowersyjnym społecznie wymiarze, byłyby zapewne uznane przez poprzednie składy orzekające SN (w tym również przez generalnie libertariański „Sąd Warrena”) za emanację polityczno-prawnego radykalizmu²⁹⁸. Rozstrzygnięcia, nie posiadając zatem *stricte* precedensowego charakteru, stanowiły zarazem świadectwo rosnącego znaczenia zasady wolności słowa w amerykańskim modelu ustrojowym. Spoglądając na to zagadnienie z socjologicznego punktu widzenia, orzeczenia mogą być odczytane jako dowód docenienia i celebracji przez judykaturę postępującego różnicowania się, dywersyfikacji oraz inkluzyjności społeczeństwa Stanów Zjednoczonych²⁹⁹. Sąd Najwyższy dostrzegł także, iż kryminalizacja obraźliwych wypowiedzi symbolicznych (w tym profanowania symboli narodowych) leży w interesie rządzącego establishmentu, który usiłuje zachować istniejący porządek i postrzega godzące weń zachowania jako „przestępstwa przeciw naturze i pogwałcenie naturalnego stanu rzeczy”. Tymczasem siła perswazyjna grup kontrkulturowych wywodzi się zasadniczo z ich zdolności do zaszokowania przedstawicieli dominujących zbiorowości i z założenia musi się wiązać z możliwością bezczeszczenia tradycji i symboli³⁰⁰. Nie ukrywam równocześnie, że w mojej ocenie rozstrzygnięcia SN są słuszne również pod względem normatywnym. Zgadzam się bowiem z Archibaldem Coxem, którego zdaniem interes publiczny polegający na ochronie symboliki ucieleśniającej patriotyzm, obywatelską lojalność, poczucie narodowej jedności lub dumę ze zbiorowych osiągnięć i aspiracji nie powinien uzyskiwać prymatu nad indywidualną swobodą wypowiedzi. Podzielam więc konkluzję Coxa, że „państwo nigdy nie może karać ani za wyrażenie poglądów, ani za wybór symboli [służących takowej ekspresji – Ł. M.] ze względu na ich ideologiczne konotacje”, jeżeli nie pojawia się realne zagrożenie wystąpienia jasnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa dla istotnych konkurujących wartości³⁰¹. Sądzę, że za taką wartość nie można uznać psychicznego dobrostanu i komfortu jednostek, których wrażliwość i uczucia zostają

²⁹⁷ P. Hoffman, K. Martin, United States, [w:] *Secrecy and liberty: national security, freedom of expression and access to information*, ed. by S. Coliver, P. Hoffman, J. Fitzpatrick and S. Bowen, The Hague 1999, s. 485.

²⁹⁸ S. Walker, *In defense of American liberties: a history of the ACLU*, Carbondale 1999, s. VIII, IX, XXIII.

²⁹⁹ P. H. Schuck, *Diversity in America: keeping government at a safe distance*, Cambridge 2003, s. 321 *passim*.

³⁰⁰ Zob. C. Morrill, W. Bailey, *The reciprocal power of group identities and social styles: a note on a specimen deviant youth groups*, [w:] *Postmodern political communication: the fringe challenges the center*, ed. by A. King, Westport 1992, s. 61 – 64.

³⁰¹ A. Cox, *Freedom of expression*, Cambridge and London 1981, s. 61 – 62.

(bardzo często poważnie) urażone profanacją sztandaru³⁰². W szczególności pogląd ten wydaje się adekwatny w kontekście amerykańskim. Jak w bardzo umiarkowanym tonie utrzymuje Greenawalt³⁰³, chociaż rezygnacja z legalnej ochrony majestatu flagi poszerza zakres wolności słowa jedynie w niewielkim stopniu, to pokazuje równocześnie wagę, jaką w USA przypisuje się indywidualnym swobodom ekspresyjnym. Moim zdaniem, model obowiązujący w tym zakresie w Stanach Zjednoczonych może pełnić rolę wzorotwórczą oraz zasługuje na skopiowanie w realiach polskich bądź europejskich³⁰⁴. Greenawalt zwraca ponadto uwagę na fakt, że istniejąca na poziomie irracjonalnym nadmierna rewerencja w stosunku do sztandaru państwowego nie jest bynajmniej zupełnie nieszkodliwa społecznie. Może bowiem prowadzić do pomylenia wartości symbolizowanych przez flagę z nią samą, wywołać uwiad krytycznego namysłu nad postępowaniem władz publicznych (np. w odniesieniu do spraw zagranicznych) oraz ułatwić polityczne manipulowanie przez rządzących podstawowymi wartościami. Z tych też powodów pozbawiające narodowy symbol nimbu wyjątkowości profanowanie flagi może w pewnym zakresie pozytywnie przekształcać uczucia i emocje żywione przez zbiorowość.

Z wyłuszczonych powyżej względów uważam radykalną krytykę orzeczeń SN w kwestii ekspresyjnego bezczeszczenia flagi (w rodzaju tej sformułowanej przez Borka bądź Marriona) za całkowicie nieuzasadnioną. Podkreślić należy, że w dyskursie zwolenników kryminalizacji podobne wypowiedzi pojawiają się bardzo często. Tytułem przykładu powołajmy stanowisko przedstawione przez Mortona A. Kaplana. Komentator wychodzi z założenia, że sztandar jest nierozzerwalnie zrośnięty z instytucjami państwa, które symbolizuje: „Każdy sąd, każde ciało legislacyjne, każdy urząd posiada amerykańską flagę. Każda formacja wojska amerykańskiego dzierży flagę i instaluje ją

³⁰² Skłonny byłbym zaś zaliczyć tutaj istotny wzrost poziomu indywidualnego lub zbiorowego bezpieczeństwa, który wydaje się kompensować utratę pewnych elementów jednostkowej wolności. Por. J. Rosen, *Was the Flag Burning Amendment unconstitutional?*, Yale Law Journal, vol. 100, s. 1091 – 1092.

³⁰³ K. Greenawalt, *O'er...*, s. 941 – 947.

³⁰⁴ Jak słusznie (aczkolwiek może z nadmiernym patosem) pisze Patrick Garry, skoro amerykańska kultura i tożsamość nie jest homogeniczna i podlega ciągłym redefinicjom, to zasadne jest porównywanie Stanów Zjednoczonych do „tablicy, która jest nieustannie zapisywana. Wypowiedzi to kreda, a cenzura to gąbka używana na tej tablicy”. Z tego powodu cenzurowanie ekspresji „zaprzecza amerykańskiemu doświadczeniu”, a wolny rynek idei musi w maksymalnym możliwym wymiarze odzwierciedlać tę złożoną naturę społeczeństwa, [w:] *idem, An American paradox: censorship in a nation of free speech*, Westport 1993, s. 79 – 80. Narodowe kultury czy tożsamości przeważające w państwach europejskich generalnie są oczywiście bardziej jednolite i spetryfikowane. Jednak obserwując żywotność amerykańskiej kultury i patriotyzmu, można odnieść wrażenie, że wspomniana otwartość bynajmniej nie uszczupla siły tamtejszego przywiązania do narodowych tradycji i obywatelskiej identyfikacji, upadek szacunku wobec których jest nieustannym przedmiotem ubolewania wielu europejskich intelektualistów.

na znak zwycięstwa. Każdy nieprzyjaciel zdejmuje flagę po zajęciu naszych pozycji”. Według Kaplana, z uwagi na wskazane instytucjonalne znaczenie sztandaru państwowego, w stosunku do działań bezczeszczących flagę należy zawiesić obowiązywanie zasady neutralności władzy wobec różnych rodzajów ekspresji³⁰⁵. Jak dalej dowodzi Kaplan, profanacja sztandaru jest „wymierzonym przeciwko państwu” zachowaniem wywrotowym, a zarazem postępowaniem dziecinny i kontrproduktywnym. Udzielenie jej ochrony pierwszej poprawki podważa szacunek dla samej idei wolności słowa i stwarza niebezpieczny precedens polegający na fetyszycacji wypowiedzi symbolicznych. Równocześnie, rozciągnięcie protekcji prawnej nad flagą dostarcza aksjologicznej legitymizacji dla podjęcia przez obywateli działań w obronie państwa w momencie, w którym instytucje demokratyczne znajdują się w obliczu poważnych zagrożeń. Kaplan konkluduje przeto, że przedmiotowe decyzje Sądu Najwyższego są dysfunkcjonalne z punktu widzenia fundamentalnych interesów narodowych³⁰⁶. Sądzę, że tak daleko posunięte oskarżenia nie mają żadnej wartości merytorycznej, ale stanowią raczej próbę delegitymizacji moralnej oponenta.

Obiektywizm nakazuje jednak w tym momencie dostrzec, iż także dyskurs antypenalizacyjny bywa przesiąknięty demagogią i uproszczeniami. Przykładowo William W. van Alstyne nie waha się zestawić poglądu osób akceptujących kryminalizację profanowania flagi z mentalnością chińskich przywódców, siłowo tłumiących protest obywatelski na Placu Niebiańskiego Spokoju. Jego zdaniem, wprowadzanie prawnej ochrony narodowych symboli to próba dekretowania sztucznej narodowej jedności (nieistniejącej spontanicznie w ludzkich sercach i umysłach), właściwa dla państw totalitarnych sakralizujących określone emblematy czy idee oraz wyjmujących je spod krytyki³⁰⁷. Lauren B. E. Freeman przekonuje natomiast, iż zwolennicy penalizacji usiłują przenieść debatę o dyskursywnej przyzwoitości z płaszczyzny wolności słowa na płaszczyznę ikonograficzną, żądającą od jednostek „lojalnej autocenzury i osobistej dyscypliny”. Roszczenie takowe jest przejawem Americana Nervosa, specyficznego schorzenia społecznego polegającego na kompulsywnym dławieniu się narodowym rytuałem i symboliką³⁰⁸. Z kolei Calvin R. Massey upatruje w unormowaniach antydesakralizacyjnych zakorze-

³⁰⁵ Kaplan zastrzega jednak, iż zakaz profanacji nie dotyczyłby ekspresji polegającej np. na dołączeniu do flagi transparentu z napisem „Hańba”. W jego ocenie, ten rodzaj wypowiedzi, apelującej do sumień współobywateli, skłania w większym stopniu do refleksji czy introspekcji aniżeli choćby palenie sztandaru, które ukierunkowane jest w pierwszej kolejności na wywołanie oburzenia i zbulwersowania wśród adresatów takiego przekazu.

³⁰⁶ M. A. Kaplan, *Law in a democratic society*, St. Paul 1993, s. 144 – 147.

³⁰⁷ W. W. van Alstyne, *Freedom of speech and...*, s. 102 – 103.

³⁰⁸ L. B. E. Freeman, *Queer nationality*, [w:] *National identities and post-Americanist narratives*, ed. by D. E. Pease, Durham 1994, s. 151.

nionej w syndromie autorytarnym próby nałożenia kagańca na ekspresję³⁰⁹. Dla osoby dość dobrze pamiętającej polską rzeczywistość lat 80., powyższe supozycje wydają się mocno oderwane od realiów. Trudno mi też podzielić entuzjazm wielu zwolenników dekryminalizacji beczeszczania sztandaru, łatwo zauważalny w ich przepełnionych parafrazami enuncjacjach³¹⁰. W moim przekonaniu, traktowanie rezygnacji z prawnej ochrony narodowej symboliki jako miarodajnego probierza statusu zasady wolności ekspresji w danym modelu ustrojowym, jako swoistego metra z Sevres w odniesieniu do kwestii przestrzegania w nim praw obywatelskich, jest daleko idącą przesadą. Owszem, SN miał słuszną, obejmując czyny Johnsona, Eichmana *et consortes* gwarancjami pierwszej poprawki. Jednak hipotetyczne popełnienie przezeń błędu w ocenie np. podpalenia flagi (zachowania będącego czymś pośrednim między „dziecinadą a postępkiem zasługującym na pogardę”³¹¹) nie rzutowałoby znacząco na obowiązujący w USA zakres indywidualnej swobody wypowiedzi. Jestem jednocześnie głęboko przeświadczony, że sprawy Texas vs. Johnson i Stany Zjednoczone vs. Eichman należy zakwalifikować (jeśli nie ze *stricte* dogmatycznego, to na pewno z aksjologicznego i socjologicznego punktu widzenia) do tzw. trudnych przypadków („hard cases”), w których prawnicze sądy i wybory okazują się rozbieżne, racjonalni interpretatorzy dochodzą do diametralnie przeciwstawnych wniosków, a żadna ze stron sporu nie dysponuje ultymatywnym argumentem konkluzywnie podważającym optykę antagonisty³¹². Nie mogę więc zgodzić się ze stanowiskiem Tushneta, według którego akceptacja zakazu beczeszczania sztandaru jest całkowicie nie do pogodzenia z jakąkolwiek racjonalną i koherentną doktryną interpretacji konstytucyjnej w odniesieniu do wolności słowa, a poglądy orędowników kryminalizacji wykraczają poza pole logicznie uzasadnialnego konfliktu, który może powstać na tle wykładni ustawy zasadniczej i konkretnego aktu normatywnego³¹³. W mojej ocenie, podobne wypowiedzi także są próbą – tym razem intelektualnej – delegitymizacji przeciwnika. Sądzę bowiem, iż niektóre z bardziej umiarkowanych konstatacji reprezentan-

³⁰⁹ C. R. Massey, *Hate speech, cultural diversity, and the foundational paradigms of free expression*, UCLA Law Review, vol. 40, s. 108 – 109.

³¹⁰ Por. chociażby *The conscience of the Court: selected opinions of Justice William J. Brennan, Jr. on freedom and equality*, ed. by S. L. Sepinuck and M. P. Trewharth, Carbondale 1999, s. 54; H. Schwartz, *The Supreme Court and public policy*, [w:] *Is the Supreme Court the guardian of the Constitution?*, ed. by R. A. Licht, Washington 1993, s. 146.

³¹¹ S. L. Carter, *op. cit.*, s. 211.

³¹² Zob. B. Bix, *Law, language, and legal determinacy*, Oxford 1995, s. 49; W. Lucy, *Understanding and explaining adjudication*, New York 1999, s. 5. Owa niekonkluzywność dotyczy w szczególności rozstrzygnięcia sporu pomiędzy rzecznikami oryginalistycznej i dynamicznej interpretacji ustawy zasadniczej.

³¹³ M. V. Tushnet, *Weak courts...*, s. 80 – 81; *idem*, *Interpretation in legislatures and courts: incentives and institutional design*, [w:] *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*, ed. by R. W. Bauman and T. Kahana, Cambridge 2006, s. 356 – 357.

tów orientacji propenalizacyjnej zasługują na rzetelne rozważenie. W tym kontekście przytoczyć można choćby słowa Kmieca, który podkreśla, że proskrypcja profanacji flagi nie konstytuuje znaczącego ograniczenia wolności słowa, gdyż ze względu na „nie-dookreśloność znaczeniową sztandaru, jego podpalenie stanowi bardzo nieartykułowany typ wypowiedzi. Jedyne kontekst odsłania istotę ekspresji osoby dopuszczającej się zbezczeszczenia. W konsekwencji, ochrona flagi pozostawia szeroki margines swobody” dla wyrażania konkretnych poglądów ideowych czy doktrynalnych za pomocą alternatywnych werbalnych bądź symbolicznych instrumentów. Zakaz desakralizacji sztandaru nie wiąże się przeto – zgodnie z diagnozą Kmieca – z intruzyjnym narzucaniem jednostkom przez państwo określonych przekonań światopoglądowych oraz nie pociąga za sobą ryzyka ześlizgiwania się po równi pochyłej w stronę wprowadzania dalszych ograniczeń ekspresyjnych swobód³¹⁴. Na uwagę zasługuje również teza Kennetha D. Warda, którego zdaniem penalizacja profanowania sztandaru nie koliduje w istotny sposób z żadnymi interesami i wartościami konstytucyjnymi, albowiem „ani możliwość udziału w definiowaniu aksjologii sankcjonowanej przez daną zbiorowość, ani możliwość realizowania partykularnych celów” ekspresyjnych (a więc dwie filozoficzne podwaliny usprawiedliwiające szeroki zakres wolności słowa) nie są przez takową regulację podważane. Co więcej, chociaż autor przekazu „może poprzez spalenie flagi przyciągnąć zainteresowanie większej publiczności, to zapalne środki użyte do zakomunikowania danej treści odwracają uwagę od jej istoty [...] Podpalenie sztandaru najprawdopodobniej wyzwoli tak daleko idącą pogardę wobec mówcy, że odbiorcy będą mniej skłonni zastanawiać się nad danym komunikatem”. Jak konkluduje ponadto Ward, przedmiotowe rozstrzygnięcia SN redukują także ogólny respekt społeczny dla postanowień pierwszej poprawki (skoro bowiem klauzula wolności słowa chroni tak obraźliwą ekspresję, to nie zasługuje na szczególną admirację)³¹⁵. O ile przywołana argumentacja nie jest dla mnie w pełni przekonująca, o tyle wydaje się uprawomocnić tezę, iż uchwalenie poprawki do ustawy zasadniczej delegalizującej profanację flagi nie uszczuplałoby poważnie wolności ekspresji.

Warto wreszcie zastanowić się, w kontekście rzeczonych wyroków SN, nad zagadnieniami aktywizmu, wstrzemięźliwości sędziowskiej oraz domniemanej antydemokratyczności decyzji judykatury. Nie tylko bowiem wśród adherentów radykalnego oryginalizmu *à la* Bork można napotkać pogląd, że orzeczenia stanowią doskonałą

³¹⁴ D. W. Kmiec, *op. cit.*, s. 590 – 591. Kmiec precyzuje tu, rzecz jasna, argumentację sędziego Rehnquista.

³¹⁵ K. D. Ward, *Free speech and the development of liberal virtues: an examination of the controversies involving flag-burning and hate speech*, University of Miami Law Review, vol. 52, s. 760 – 761, 764 – 765.

egzemplifikację postępującej politycznej emancypacji władzy sądowniczej, jej rosnącego interwencjonizmu w „administracyjny proces kreowania polityki” oraz zyskiwania na znaczeniu przez perspektywę postrzegającą sądy jako ośrodki politycznych innowacji³¹⁶. Jak zauważa Michael Foley, tego typu wyroki dają asumpt oraz „dostarczają paliwa resentymentowi antysądowemu”, jak również „stymulują oskarżenia, zgodnie z którymi sędziowska aktywność jest ekscesywna, nieuprawniona, nieproporcjonalna i fundamentalnie antydemokratyczna”. Na podstawie analizowanych decyzji wielokrotnie były wysuwane sugestie, że Sąd Najwyższy nie tylko usurpuje sobie rolę trzeciej izby parlamentu (angażującej się w determinowanie kształtu polityki oraz zastępującej „demokratyczną opinię konstytucyjnym fundamentalizmem”), ale wręcz postrzega się jako władza najwyższa. Często wygłaszanym zarzutem wobec jurysprudencji SN (uzasadnianym analizowanymi wyrokami) było rzekome odchodzenie przezeń od odkrywania i wykładni treści norm ustawy zasadniczej na rzecz dostosowywania prawa do pożądanego politycznie rezultatu (poprzez rozumowania ufundowane na wzajemnie sprzecznych przesłankach, łatwo dostrzegalnych uprzedzeniach lub kolidujących interpretacjach), prowadzące ostatecznie do radykalnej rekonfiguracji koncepcji „rządów prawa” w antywiększościowym kierunku³¹⁷. Szczególnie interesujące wydaje się tu stanowisko Roberta J. Lipkina, który, akceptując co do istoty werdykty Sądu Najwyższego w kwestii bezczeszczenia sztandaru, mimo to stwierdza, że SN powinien uznać rozważaną przy okazji rozpoznawania sprawy *Stany Zjednoczone vs. Eichman* nowelizację ustawy o ochronie flagi za zgodną z konstytucją z powodów instytucjonalnych (a nie interpretacyjnych). Według Lipkina, Sąd był zobligowany do uwzględnienia faktu, że choć zgodnie z jego najlepszą oceną aktywność desakralizacyjna mieści się w ramach swobody wypowiedzi, to jednak legislatura opowiada się za konkurencyjną interpretacją ustawy zasadniczej. W modelu ustrojowym USA „instytucjonalne zagadnienie, kto decyduje, która wykładnia uzyskuje priorytet, jest bardziej fundamentalne aniżeli kwestia treści wykładni”. Jeśli więc istnieje wynikający z racjonalnych przesłanek konflikt interpretacyjny między judykaturą a prawodawcą, to wola przedstawicieli narodu powinna posiadać prymat. W przeciwnym bowiem wypadku – zdaniem Lipkina – mamy do czynienia z przyznaniem władzy sądowniczej praktycznie nieograniczonych kompetencji, prowadzącym niemal do „sędziowskiej tyranii” oraz niwelacji tradycyjnej zasady „checks and balances”. Lipkin dodaje również, że taki jurydyczny absolutyzm zniechęca demokratycznie wybrane instytucje do „podejmowania nieskrępowanego dialogu na te-

³¹⁶ C. Clayton, *Recent trends in executive – legislative relations: the impact of government legal policy*, [w:] *Governance IV: problems, process, and interaction*, ed. by K. W. Thompson, Lanham 1993, s. 83.

³¹⁷ M. Foley, *American credo: the place of ideas in U. S. politics*, New York 2007, s. 110 – 112.

mat konstytucji”³¹⁸. Jak podsumowuje Barry R. Schaller, kontrowersyjność omawianych rozstrzygnięć polega przede wszystkim na wywyższeniu swobody ekspresji ponad uznane wartości kulturowe, co pozwala sformułować wątpliwość co do „zakresu, w którym orzeczenia Sądu Najwyższego – a właściwie jakiegokolwiek sądu – odzwierciedlają wartości usankcjonowane przez zbiorowość”. Schaller pisze także z ubolewaniem, że rozwiązywanie budzących tak wielkie emocje w społeczeństwie kwestii, jak kryminalizacja profanowania flagi, na drodze sędziowskich deliberacji, a nie przez proces polityczny, wyklucza poszukiwania konsensusu i kompromisu między rywalizującymi koncepcjami, interesami, doktrynami oraz filozofiami politycznymi³¹⁹. Tym samym zanikowi ulegać ma doniosła rola przedstawicielskiej legislatury jako miejsca artykulacji opinii³²⁰.

W odpowiedzi na powyższe zarzuty należy stwierdzić, że krytykowane orzeczenia są po prostu konsekwentnym zastosowaniem standardów wypracowanych przez Sąd Najwyższy w toku swojej interpretacyjnej aktywności. W szczególności stwierdzenie to odnosi się do testu O’Briena. Aby móc tedy traktować te rozstrzygnięcia jako naruszenie reguł wstrzemięźliwości sędziowskiej, trzeba równocześnie uznać, że także ustanowienie standardu O’Briena wiązało się z przekroczeniem przez SN jego konstytucyjnego mandatu. Wniosek ten, choć odrzucany przez zdecydowaną większość komentatorów, jest oczywiście możliwy do usprawiedliwienia. Jeśli jednak zakwalifikować test O’Briena jako racjonalne oraz legitymowane konstytucyjnie narzędzie jurydycznej analizy, to czy zanegowanie jego wyników w imię subiektywnych racji kulturowych nie byłoby szczególnie drastyczną manifestacją aktywistycznego paradygmatu? W moim przekonaniu, wyroki nie naruszają także podstawowych pryncypiów ludowładztwa (jeśli tylko zrezygnujemy z najbardziej symplifycznego – by nie powiedzieć prymitywnego – sposobu pojmowania tego modelu ustrojowego jako „rządów większości”³²¹). Konstytucyjna, liberalna czy też republikańska demokracja nie koncentruje się przecież wyłącznie na kwestii źródeł władzy, ale również obejmuje szereg normatywnych presumpcji na temat jej zakresu (spośród których przyznanie jednostkom maksymalnie szerokiej swobody ekspresyjnej zdaje się zajmować jedno z naczelných miejsc). Jak pisze Ronald Dworkin, przedmiotowe decyzje Sądu Najwyższego nie mogą być kwalifikowane jako

³¹⁸ R. J. Lipkin, *Which Constitution? Who decides?*, *Cardozo Law Review*, vol. 28, s. 1118 – 1120.

³¹⁹ B.R. Schaller, *A vision of American law: judging law, literature, and the stories we tell*, Westport 1996, s. 26.

³²⁰ Por. Monteskiusz, *O duchu praw*, Kety 1997, s. 139.

³²¹ Co paradoksalne, na gruncie amerykańskiej myśli społeczno-politycznej do tej zwulgaryzowanej koncepcji demokracji odwołują się przeważnie środowiska konserwatywne.

antydemokratyczne, jeżeli założymy (a autor uznaje taką przesłankę za trafną), że penalizacja zbezczeszczenia flagi narusza – poprzez bezzasadne ograniczenie swobody wypowiedzi – wymogi demokratycznej samorządności, która stanowi jeden z doniosłych aksjologicznych fundamentów ustawy zasadniczej. Jak utrzymuje tedy komentator, wskutek analizowanych orzeczeń demokracja została wręcz naprawiona czy uratowana, a żadna jednostka nie została zmuszona do poniesienia nieusprawiedliwionych na gruncie konstytucyjnej teorii moralnej kosztów („nie uchybiono niczyjej zdolności do udziału w samorządnej społeczności [...] niczyja równość nie została zakwestionowana [...] nikogo nie pozbawiono etycznych korzyści wynikających z prawa do deliberowania na temat zasad” panujących w amerykańskim społeczeństwie). Podjęcie przez SN odmiennego rozstrzygnięcia wiązałoby się natomiast z podminowaniem materialnych podwalin systemu demokratycznego, a „perwersją byłoby uznanie tego faktu za zwycięstwo demokracji w jakimkolwiek wymiarze”. Dworkin przypomina również w tym kontekście truizm, że większość – samodzielnie lub też za pośrednictwem swoich przedstawicieli – także może potencjalnie naruszać zasady demokracji, chronione przez odpowiednie postanowienia ustawy zasadniczej³²². Podobnie wypowiada się Ute Krüdewagen, której zdaniem obydwie orzeczenia wynikają z najbardziej fundamentalnych przesłanek ustroju politycznego Stanów Zjednoczonych. Jak argumentuje autorka, zgodnie z zasadą suwerenności ludu to obywatele dysponują prawem do definiowania treści i znaczenia symboli narodowych, które przecież „posiadają jedynie subiektywny sens nadawany im przez interpretatora”. Wprowadzenie karalności profanowania sztandaru państwowego byłoby więc tożsame z uzurpowaniem sobie przez władzę uprawnień do narzucania jednostkom swoich, zakorzenionych w ideologii, preferencji interpretacyjnych; akceptacja takiej praktyki w sposób oczywisty zaprzeczałaby ideałom amerykańskiej demokracji³²³. Ostatecznie wydaje się więc, iż oskarżenia SN o aktywizm oraz o dezawuowanie ludowładztwa były w większym stopniu narzędziami politycznej krytyki aniżeli obiektywnym opisem normatywnej rzeczywistości.

Spoglądając na spór odnośnie do konstytucyjności antydesakralizacyjnych unormowań z perspektywy ponad dwóch dekad, dostrzegalny po obydwu stronach barykady poziom emocji wydaje się wręcz trudny do pojęcia. *Mutatis mutandis*, przypomina to nieco polskie dyskusje u progu lat 90. XX wieku dotyczące legalizacji „miękkiej pornografii”. Tak drastyczny spadek zainteresowania opinii publicznej określoną problematy-

³²² R. Dworkin, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge 1996, s. 32 – 33 (stosowny fragment został też opublikowany w cytowanym już zbiorze pod redakcją Thomasa Christiano).

³²³ U. Krüdewagen, *Political symbols in two constitutional orders: the flag desecration decisions of the United States Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, s. 706.

ką zazwyczaj świadczy pejoratywnie o jakości dyskursu. Moja sceptyczna waloryzacja analizowanej debaty jasno zresztą wynika z dotychczasowych wywodów. Pozwólmy sobie zatem na bardziej optymistyczne zakończenie tego fragmentu książki, przywołując pogląd George'a P. Fletchera (którego ambiwalencję w omawianej kwestii mieliśmy już okazję podkreślić). Jak dowodzi konstytucjonalista, wyrokiem Sądu Najwyższego USA w sprawach *Texas vs. Johnson* oraz *Stany Zjednoczone vs. Eichman* można postawić wiele racjonalnych zarzutów (że błędnie konceptualizują profanowanie flagi jako „słowo” w rozumieniu pierwszej poprawki, że nie rozróżniają treści oraz formy przekazu, że bezpodstawnie odmawiają emocjonalnemu przywiązaniu obywateli do sztandaru oraz newralgicznego narodowego emblematu – odmiennie niż takim interesem, jak prawa autorskie, własność prywatna i osobista reputacja – statusu wartości przebijającej zasadę wolności słowa i upoważniającej władzę publiczną do wyciszania określonych komunikatów). Niezależnie od takich ocen trzeba jednakże przyznać, iż orzeczenia te trwale zakorzeniły się w konstytucyjnej tożsamości Amerykanów. Rozstrzygnięcia eksponują bowiem fakt, że wypowiedzi stanowią medium, poprzez które obywatele Stanów Zjednoczonych najpełniej wyrażają swą autonomię i emancypację spod kurateli państwa. Tym samym kontrowersyjne decyzje SN powinny być traktowane jako swoiste ucieleśnienie specyficznego amerykańskiego ducha z „irrewerencją nieprzerwanej amerykańskiej rewolucji”. Ostatecznie zatem – w przekonaniu Fletchera – wyroki potwierdziły, iż obrona wolności słowa i pierwszej poprawki to „część bycia Amerykaninem”, a poszanowanie osobistych ekspresyjnych swobód jednostki jest konstytutywnym elementem tamtejszej kultury³²⁴. Finalne konsekwencje sporu nie należą więc chyba do najgorszych...

3. Inne przypadki zastosowania standardu O'Briena

Standard O'Briena ustanowił także kryteria pozwalające Sądowi Najwyższemu na ocenę zgodności z konstytucją unormowań nakładających – rzeczywiste bądź rzekome – akcydentalne brzemiona na ekspresję inną niż wypowiedzi symboliczne³²⁵. Badanie wskazanych regulacji koncentrowało się przede wszystkim wokół takich zagadnień, jak waga chronionego interesu publicznego, jego związek ze swobodami ekspresyjnymi oraz neutralność światopoglądowa i treściowa przedmiotowych przepisów. W niektó-

³²⁴ G. P. Fletcher, *Constitutional identity*, [w:] *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*, ed. by M. Rosenfeld, Durham 1994, s. 226 – 232.

³²⁵ Chodzi tu oczywiście przede wszystkim o wypowiedzi mieszczące się w ramach kategorii „speech plus”; w niektórych przypadkach SN stosował jednak test O'Briena także do regulacji odnoszących się do „pure speech”.

rych przypadkach SN szczegółowo i *expressis verbis* rozważał te kwestie przez pryzmat testu O'Briena; w innych sytuacjach powołanie się na rzeczony standard posiadało natomiast charakter jedynie lapidarnej wzmianki. Niezależnie jednak od sposobu przywoływania przez Sąd Najwyższy tegoż precedensu przy rozstrzyganiu konkretnych procesów, test O'Briena był jednym z zasadniczych narzędzi w instrumentarium SN stosowanym w sprawach dotyczących pierwszej poprawki. Nasza analiza pozostawałaby przeto niekompletna bez choćby skrótowego przedstawienia najważniejszych wyroków tego rodzaju. Uwzględnienie powyższego wątku pozwoli nam lepiej zrozumieć istotę standardu i jaśniej ukazać schematy rozumowania prawniczego przyjęte w tym zakresie przez judykaturę.

1: Schacht vs. Stany Zjednoczone³²⁶ – casus wiązał się z ustawą federalną czyniącą przestępstwo z nieautoryzowanego noszenia munduru (bądź też jego dystyngtywnej części) amerykańskich sił zbrojnych. Uregulowanie uzupełnione było zastrzeżeniem, zgodnie z którym kryminalizacja taka nie dotyczyła aktorów występujących w filmach albo spektaklach teatralnych, jeśli tylko rzeczony przedstawienia nie miały na celu zdyskredytowania armii USA. Pod sądny Daniel J. Schacht, będąc odzianym w mundur, uczestniczył w teatrze ulicznym (happeningu), którego polityczne przesłanie stanowiła krytyka militarnej obecności USA w Wietnamie. Akcję i treść spektaklu trudno uznać za wielce skomplikowane. Dwie osoby (w tym Schacht), „uzbrojone” w wypełnione czerwoną cieczą pistolety na wodę, strzelały do odpowiednio ubranej „ofiary” odgrywającej rolę wietnamskiego cywila, wykrzykując równocześnie hasło „Bądź dzielnym Amerykaninem”. Gdy ofiara upadała na ziemię, żołnierze zbliżali się do niej, po czym jeden z nich obwieszczał publiczności, że „zabiją” osobą jest kobieta w ciąży. Scena została odegrana kilkakrotnie podczas antywojennej manifestacji. Schachta skazano w niższej instancji na karę grzywny w wysokości 250 dolarów oraz karę pozbawienia wolności w wysokości 6 miesięcy. SN jednomyślnie uchylił powyższy wyrok i orzekł o częściowej niekonstytucyjności badanej regulacji z uwagi na zasadę wolności słowa. W świetle obowiązujących precedensów, decyzja Sądu o generalnej relewantności pierwszej poprawki do ulicznego happeningu była właściwie oczywista³²⁷. SN podkreślił zarazem, że

³²⁶ 398 U. S. Reports 58 (1970).

³²⁷ Warto w tym miejscu wskazać, że czyn Schachta nie konstituował wypowiedzi symbolicznej w rozumieniu przyjętym w ramach książki, albowiem zachowanie to wystąpiło w szczególnym kontekście przedstawienia teatralnego, które co do zasady – jeżeli pozostaje w obszarze fikcji – jest przykładem „czystego słowa”. Sytuacja wyglądałaby inaczej, gdyby Schacht nosił mundur (w celach ekspresyjnych) w życiu codziennym. Inaczej np. F. Schauer, *Speech and speech – obscenity and obscenity: an exercise in the interpretation of constitutional language*, *Georgetown Law Journal*, vol. 67, s. 906 oraz F. W. Bogdan, *Congressional prohibition of contemptuous flag burning suppresses constitutionally protected free speech*, *Washington and Lee Law Review*, vol. 40, s. 1542. Należy zarazem dodać, iż sądy niższych instancji niejednokrotnie stosowały standard O'Briena w odniesieniu do unormowań ograni-

nie istnieją żadne usprawiedliwione przesłanki, które przemawiałyby za zawężającą wykładnią ustawowego pojęcia „spektakl teatralny”, limitującą jego zakres znaczeniowy wyłącznie do dzieł profesjonalnych. W ocenie Sądu, przedstawienia artystyczne nie muszą być odgrywane w budynkach czy też na konwencjonalnych scenach, nie muszą być produkowane przy użyciu znaczących nakładów finansowych oraz nie muszą być wyrafinowane estetycznie. Sędziowie wskazali, że „od niepamiętnych czasów plenerowe spektakle teatralne, często wystawiane przez amatorów, spełniały ważne funkcje rozrywkowe i edukacyjne”, a przedmiotowe przedstawienie, aczkolwiek być może prymitywne, grzeszące amatorstwem i niesympatyczne, nie różni się w istotny sposób od dzieł profesjonalnych (które także mogą przecież ujawniać podobne ułomności). Jak trafnie zauważa David A. Schlossman, Sąd Najwyższy uznał tym samym roszczenie politycznego aktywisty uczestniczącego w ściśle amatorskim happeningu do obdarzenia go „przywilejami zazwyczaj kojarzonymi z występami zawodowców”³²⁸.

W dalszej kolejności SN skonstatował, powołując się na standard O’Brien, że samodzielnie rozpatrywany zakaz nieautoryzowanego noszenia munduru nie narusza norm konstytucyjnych. Sąd nie przeprowadził jakiegś dogłębnej i wnikliwej analizy legitymizującej owo stanowisko. Wolno jednakże domniemywać, że jego zdaniem regulacja taka dotyczyłaby głównie zachowań (a nie ekspresji)³²⁹, realizowałaby ważny interes publiczny niezwiązany z tłumieniem wolności słowa³³⁰ oraz nie wprowadzałaby dyskryminacji światopoglądowej bądź treściowej (nakładając tym samym na ekspresję usprawiedliwione akcydentalne brzemie). Sąd zakwestionował natomiast konstytucyjność przepisu umożliwiającego selektywną penalizację noszenia munduru w trakcie aktyw-

czających swobodę ekspresji symbolicznej polegającej na noszeniu określonego stroju (np. wprowadzających obowiązkowe mundurki szkolne czy zakazujących noszenia mundurów policyjnych) bądź korzystaniu z pewnych akcesoriów (np. delegalizujących noszenie charakterystycznych masek Ku-Klux-Klanu), [w:] D. McFadden, *A First Amendment analysis of military regulations restricting the wearing of military uniforms by members of the Individual Ready Reserve who participate in politically themed theatrical productions*, Boston College Law Review, vol. 49, s. 1159.

³²⁸ D. A. Schlossman, *Actors and activists: politics, performance, and exchange among social worlds*, New York 2002, s. 21.

³²⁹ Por. J. W. Hinchey, *The First Amendment freedom of speech: a rediscovery of absolutes*, Mercer Law Review, vol. 23, s. 513.

³³⁰ Wydaje się, że głównym interesem tego rodzaju jest zapobieżenie konfuzji polegającej na bezpodstawnym zidentyfikowaniu osoby odzianej w mundur jako członka sił zbrojnych. Nie zgadzam się natomiast z poglądem McFaddena, w którego przeświadczeniu interesem tym jest zapewnienie w armii porządku i dyscypliny oraz zagwarantowanie cywilnego zwierzchnictwa nad siłami zbrojnymi. McFadden utrzymuje, że „inkorporowanie munduru do aktu politycznego może zasugerować, że albo armia jako całość, albo konkretni żołnierze nie są skłonni akceptować rozkazów wydawanych przez ich militarnych lub cywilnych zwierzchników”, [w:] *idem, op. cit.*, s. 1169. Nie kwestionując trafności tej ostatniej obserwacji, nie sądzę zarazem, by tak zdefiniowany interes nie posiadał charakteru ekspresyjnego w rozumieniu trzeciego warunku testu O’Brien.

ności artystycznej w zależności od merytorycznych treści przekazu komunikowanego danym dziełem. Zdaniem SN, ustawodawca – uchwalając rzeczony przepis – „w praktyce uczynił przestępstwem wypowiedanie przez odzianego w strój wojskowy aktora podczas występu sformułowań krytycznych wobec postępowania czy zamierzeń armii. Aktor – jak każdy mieszkaniec naszego kraju – dysponuje konstytucyjnym prawem do wolności wypowiedzi, obejmującym uprawnienie do krytykowania rządzących podczas spektaklu [...] W kontekście analizowanej dziś sprawy, Schacht mógł brać udział w dowolnym happeningu zawierającym pochwałę armii, ale [...] mógł być skazany za przestępstwo federalne, gdyby ją atakował”. Penalizacja czynu podsądnego była zatem uwarunkowana nie tyle jego fizycznymi znamionami, co politycznym przekazem transmitowanym przedmiotowym zachowaniem (a pośrednio poglądami aktora)³³¹. Jak konkludował SN, uregulowania otwierające możliwość karania obywateli za wyrażanie politycznych preferencji są „niedopuszczalne w kraju, który posiada Pierwszą Poprawkę”. Orzeczenie jest przeto przykładem (i to jednym z pierwszych) zastosowania „najważniejszej zasady związanej z Pierwszą Poprawką”, jaką stanowi reguła neutralności treściowej, pozwalająca „wszystkim [prawie wszystkim – Ł. M] poglądom, dobrym i złym”, konkurować na rynku idei o akceptację odbiorców³³². Z perspektywy konstytucyjnej wykluczona jest tedy sytuacja, w której wypowiedzi afirmujące aktywność władz publicznych są traktowane odmiennie w porównaniu z ekspresją polemiczną wobec niej³³³. Wyrok wiódł przeto do z pozoru paradoksalnych rezultatów, albowiem teoretycznie (jak odnotowuje m.in. Stone) Sąd Najwyższy przyjął w nim, że „neutralny treściowo przepis zakazujący większej liczby wypowiedzi jest w mniejszym stopniu problematyczny z punktu widzenia Pierwszej Poprawki niż regulacja zawierająca rozróżnienia treściowe, która w skromniejszym zakresie ingeruje w ekspresję”³³⁴. Oczywiście rozumowanie powyższe ufundowane jest częstokroć na niewypowiedzianym wprost założeniu, zgodnie z którym legislatura, nie mogąc ustanowić restrykcji o dyskryminacyjnym charakterze, będzie raczej skłonna całkowicie zrezygnować z ograniczania wolności sło-

³³¹ Por. I. G. Dimitrakopoulos, *Individual rights and liberties under the U. S. Constitution: the case law of the U. S. Supreme Court*, Leiden 2007, s. 749.

³³² R. A. Sedler, *Essay on freedom of speech: the United States versus the rest of the world*, Michigan State Law Review, 2006, s. 382.

³³³ S. W. Gard, *The absoluteness of the First Amendment*, Nebraska Law Review, vol. 58, s. 1069. Jak trafnie zauważa Geoffrey R. Stone, przedmiotowe orzeczenie w gruncie rzeczy dotyczyło nie tyle wolności słowa jako takiej (w odniesieniu do ekspresji polegającej na noszeniu munduru wojskowego), co raczej obowiązku równego traktowania mówców komunikujących przeciwstawne poglądy polityczne, doktrynalne czy ideowe, [w:] *idem*, *Free speech in the Twenty-First century: ten lessons from the Twentieth century*, Pepperdine Law Review, vol. 36, s. 279. Przedmiotem refleksji Sądu Najwyższego była więc tak wolność słowa, jak i równość wobec prawa.

³³⁴ G. R. Stone, *Free speech...*, s. 281 – 282.

wa niż wprowadzać ogólne zakazy, oparte na zupełnie odmiennych racjonalizacjach. Zauważmy równocześnie, iż SN, kwalifikując co do zasady kryminalizację nieautoryzowanego noszenia munduru jako uprawnione działanie ustawodawcy, nie stwierdził bynajmniej, że bezwzględne zastosowanie takowego prawa do produkcji filmowych bądź też spektakli teatralnych nie naruszałoby postanowień pierwszej poprawki. Ostatecznie zatem (przynajmniej w moim przekonaniu) Sąd Najwyższy uprawomocnił ograniczenie wolności wypowiedzi symbolicznej polegającej na swobodnym odziewaniu się w strój wojskowy bez stosownego upoważnienia (*per analogiam* rozumowanie to można prawdopodobnie rozciągnąć również na mundury policyjne, ubiory strażackie itp.), ale nie wykluczył nieautoryzowanego posługiwania się tym akcesorium w kontekście „pure speech”. Jak trafnie konkluduje John A. Carr, Sąd zaaprobował tezę, iż usprawiedliwiony interes armii może legitymizować nałożenie restrykcji na wolność słowa (a w szczególności na podejmowanie aktywności symbolicznej); jednak ewentualne zakazy muszą być uzgodnione z całościowo ujmowanymi interpretacjami pierwszej poprawki oraz z wynikającymi z nich doktrynami prawnymi³³⁵.

2: Eisenstadt vs. Baird³³⁶ – proces dotyczył prawa obowiązującego w stanie Massachusetts, które penalizowało (wprowadzając określone wyłączenia) dystrybucję środków antykoncepcyjnych. Podosądny William Baird, podczas wykładu na Uniwersytecie Bostońskim, wręczył jednej ze słuchaczek piankę antykoncepcyjną, za który to czyn groziła kara dwóch i pół roku więzienia. Większość SN uznała przepis stanowy za sprzeczny z ustawą zasadniczą z uwagi na klauzulę równej opieki prawnej (unormowanie odmiennie traktowało osoby pozostające w związkach małżeńskich i osoby samotne). Z naszej perspektywy interesujące jest natomiast uzasadnienie wspierające sporządzone przez sędziego Douglasa. Otóż jednym z argumentów zwolenników skazania Bairda (powołujących się na wyrok w sprawie Stany Zjednoczone vs. O'Brien) było stwierdzenie, że pod sądny został ukarany jedynie za swoje czyny, a nie za słowa. Tymczasem wedle Douglasa zachowanie Bairda ewidentnie mieściło się w granicach pierwszej poprawki. Jak dowodził sędzia, posługiwanie się przez nauczyciela przedmiotem, którego dotyczy dany wykład, oraz demonstrowanie go słuchaczom jest tradycyjną techniką edukacyjną używaną w celu osiągnięcia korzyści natury komunikacyjnej. Skoro zatem konstytucja obejmuje ochroną także ekspresję niewerbalną, to zastosowanie przedmiotowej regulacji do zachowania Bairda nie jest nałożeniem na rzeczoną wypowiedź akcydentalnego brzemienia zgodnie z standardem O'Briena, ale działaniem wymierzonym bezpośrednio w wolność słowa. Wyrok skazujący nie służył wszak realizacji

³³⁵ J. A. Carr, *Free speech in the military community: striking a balance between personal rights and military necessity*, *The Air Force Law Review*, vol. 45, s. 358.

³³⁶ 405 U. S. Reports 438 (1972).

żadnego ważnego interesu publicznego o charakterze nieekspresyjnym (choćby ochronie zdrowia obywateli), ale stanowił przejaw ideologicznej cenzury. Douglas konkludował, że pryncypia „Społeczeństwa Dialogu, wyrażane przez Pierwszą Poprawkę” nie pozwalają penalizować – pod pretekstem regulacji czynów – tradycyjnych technik akademickich.

3: *Healy vs. James*³³⁷ – proces dotyczył decyzji prezydenta stanowego college’u, który odmówił oficjalnego uznania radykalnej organizacji studenckiej SDS, obawiając się wzniecania przez jej członków zamieszek oraz wystąpienia istotnych utrudnień w prowadzeniu zajęć. Brak tego uznania powodował szereg ujemnych następstw np. w zakresie ubiegania się o fundusze bądź korzystania z sal college’u w celu odbywania zebrań. Prezydent umotywował swoją decyzję postanowieniami statutu uczelni, które m.in. zakazywały studentom naruszania prywatności innych osób, niszczenia cudzej własności i przeszkadzania w prowadzeniu zajęć. Chociaż SN zanegował rozstrzygnięcie prezydenta, to jednak skonstatował zarazem, że udowodnienie na płaszczyźnie faktualnej, iż SDS w istotny sposób zamierza ignorować wspomniane powyżej zapisy statutu, uprawomocniałoby decyzję władz uczelni na podstawie standardu O'Briena. Ograniczenie wolności słowa (obejmującej również uprawnienie do ekspresyjnego zrzeszania się) byłoby bowiem w takiej sytuacji jedynie incydentalnym następstwem podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia zachowaniom utrudniającym funkcjonowanie placówki.

4: *Police Department of the City of Chicago vs. Mosley*³³⁸ – sprawa dotyczyła chicagowskiego ordynansu, który zabraniał pikietowania w odległości 150 stóp od budynku szkolnego; zakaz ten nie dotyczył manifestacji związanych ze sprawami pracowniczymi, jeśli władze placówki pozostawały z pracownikami w sporze zbiorowym. SN wskazał, że unormowanie nie spełnia kryterium neutralności treściowej, naruszając tym samym trzeci warunek standardu O'Briena. Selektywne ograniczanie ekspresyjnych zachowań w oparciu o treść przekazu nie pomaga w tym przypadku w najmniejszym stopniu w urzeczywistnianiu ważnego interesu publicznego.

5: *Procunier vs. Martinez*³³⁹ – SN zastosował *per analogiam* test O'Briena (przyznając zarazem, że przedmiotowy precedens nie odnosi się bezpośrednio do badanej sprawy) przy ewaluacji procedur kalifornijskiej służby więziennej, zezwalających na cenzurowanie otrzymywanej czy wysyłanej przez więźniów korespondencji. Sąd stwierdził, że praktyka ta jest dopuszczalna w sytuacji, w której urzeczywistniany zostaje waż-

³³⁷ 408 U. S. Reports 169 (1972).

³³⁸ 408 U. S. Reports 92 (1972). Zob. również *Carey vs. Brown*, 447 U. S. Reports 455 (1980).

³³⁹ 416 U. S. Reports 396 (1974).

ny interes publiczny niezwiązany z tłumieniem ekspresji (zapewnianie bezpieczeństwa i porządku lub resocjalizacja więźniów), a regulujące przepisy nie zezwalają na nadmiernie rygorystyczne cenzurowanie poczty, umożliwiające *de facto* pracownikom więziennictwa tłumienie każdego komunikatu, który jest uznawany przez nich za niestosowny, niewłaściwy lub zawierający jętrzące stwierdzenia polityczno-ideowe. Sąd uznał zatem rzeczony przepis za konstytucyjne akcydentalne brzemię.

6: *Saxbe vs. Washington Post Co.*³⁴⁰ – SN (nie powołując się *expressis verbis* na test O’Brien) zakwalifikował jako zgodny z konstytucją przepis federalny zakazujący więźniom udzielania wywiadów dziennikarzom. Istotą argumentacji Sądu Najwyższego była konstatacja, że choć zakaz uszczupla szeroko rozumianą wolność prasy, to jest on jedynie skonkretyzowaną wersją ogólnego przepisu zabraniającego kontaktu z osadzonymi osobom innym aniżeli ich znajomi, krewni, prawnicy i duchowni. Regulacja nakłada zatem konstytucyjne akcydentalne brzemię na ekspresję. Trzech sędziów podpisało się pod *votum separatum*, pisząc, iż choć blankietowy zakaz wywiadów realizuje ważny interes publiczny, to jednak narusza czwarty warunek testu.

7: *Wooley vs. Maynard* – sprawa dotyczyła unormowania stanu New Hampshire, nakazującego, by tablice rejestracyjne pojazdów niewykorzystywanych w ramach działalności gospodarczej były opatrzone wygrawerowanym mottem stanowym: „Być wolnym lub zginąć”. Według SN, przepis ów, nie spełniając kryteriów wyznaczonych przez standard O’Brien, narusza pierwszą poprawkę poprzez zmuszanie obywateli do ekspozycji hasła, z którym mogą się osobiście nie zgadzać. New Hampshire podawało dwie racjonalizacje regulacji: ułatwienie identyfikacji pojazdów oraz promowanie indywidualizmu i dumnej historii stanu. Pierwszy z interesów nie jest w ogóle zabezpieczony przez narzucanie obywatelom wspomnianego obowiązku; drugi z nich nie jest natomiast neutralny z perspektywy ideologicznej. SN konkludował równocześnie, iż żadna z takich racjonalizacji nie spełnia kryteriów „surowego nadzoru sędziowskiego”.

8: *Linmark Associates, Inc. vs. Willingboro Tp.*³⁴¹ – proces dotyczył przepisu ordynansu miasta Willingboro, który zakazywał umieszczania na terenach mieszkalnych tablic ze słowami „na sprzedaż” lub „sprzedane”. Zdaniem Sądu Najwyższego, taka selektywna prohibicja nie jest neutralna pod względem treściowym, albowiem nie sposób jej usprawiedliwić bez odwołania się do merytorycznej istoty przekazu (deklarowanym celem władz miasta było zapobieżenie masowemu i panicznemu wyprzedawaniu nieruchomości przez białą ludność, prowadzącemu w konsekwencji do zmiany rasowego profilu społeczności z wszystkimi tego rezultatami).

³⁴⁰ 417 U. S. Reports 843 (1974).

³⁴¹ 431 U. S. Reports 85 (1977).

9: Consolidated Edison Co. of New York, Inc. vs. Public Service Commission of New York³⁴² – proces dotyczył nowojorskiej regulacji wprowadzonej przez Komisję ds. Służby Publicznej, która zabraniała dostarczycielom mediów dołączania do przesyłanych klientom rachunków wkładek czy ulotek dotyczących „zagadnień politycznych”. Z oczywistych względów przepis ten nie stanowił, zdaniem SN, pośredniego (akcydenalnego) ograniczenia wolności słowa. Co więcej – jak podkreślał Sąd – uregulowanie takie „godzi w samo serce wolności wypowiedzi”.

10: Metromedia, Inc. vs. City of San Diego³⁴³ – zdaniem SN, standard O'Brien uprawomocnia neutralne treściowo unormowania zabraniające umieszczania w granicach miasta billboardów o szeroko rozumianym charakterze reklamowym z uwagi na realizowanie przez takie przepisy ważnego interesu publicznego (troska o bezpieczeństwo ruchu drogowego i estetykę miasta).

11: National Association for the Advancement of Colored People vs. Claiborne Hardware Co. – sprawa dotyczyła bojkotowania i nawoływania do bojkotu (przez organizację broniącą praw czarnoskórej ludności) przedsiębiorców, którzy stosowali w swojej działalności gospodarczej praktyki segregacyjne. Sąd Najwyższy dostrzegł, iż aktywność taka, pozostając generalnie w sferze oddziaływania pierwszej poprawki, może wywoływać poważne skutki ekonomiczne. Jak odnotował SN, państwo posiada konstytucyjne uprawnienie do wprowadzania prawodawstwa odnoszącego się do materii gospodarczych, nawet jeśli regulacje takie wywierają incydentalny wpływ na wolności chronione pierwszą poprawką. Aczkolwiek podczas tzw. ery Lochnera Sąd Najwyższy dość konsekwentnie odmawiał władzy publicznej kompetencji do głębokiego ingerowania w spontaniczny porządek ekonomiczny³⁴⁴, to w drugiej połowie lat 30. nastąpił ostateczny „zierzch leseferystycznie zorientowanego konstytucjonalizmu”³⁴⁵. Od tej chwili

³⁴² 447 U. S. Reports 530 (1980).

³⁴³ 453 U. S. Reports 490 (1981). Por. również *Members of City Council of City of Los Angeles vs. Taxpayers for Vincent*, 466 U. S. Reports 789 (1984).

³⁴⁴ Por. np. *Lochner vs. New York*, 198 U. S. Reports 45 (1905); *Allgeyer vs. Louisiana*, 165 U. S. Reports 578 (1897); *Adair vs. Stany Zjednoczone*, 208 U. S. Reports 161 (1908); *Coppage vs. Kansas*, 236 U. S. Reports 1 (1915); *Adkins vs. Children's Hospital*, 261 U. S. Reports 525 (1923); *Morehead vs. New York*, 298 U. S. Reports 587 (1936); *Jay Burns Baking Co. vs. Bryan*, 264 U. S. Reports 504 (1924); *Ribnik vs. McBride*, 277 U. S. Reports 350 (1928). Eliminowane regulacje dotyczyły m.in. maksymalnych norm czasu pracy, płacy minimalnej i niedopuszczalności uznania przynależności do związku zawodowego za przesłankę upoważniającą pracodawcę do rozwiązania stosunku zatrudnienia. Powyższa linia orzecznicza wzbudzała (i nadal wzbudza) bardzo poważne kontrowersje w amerykańskim dyskursie prawniczym (por. M. J. Perry, *We The People: the Fourteenth Amendment and the Supreme Court*, New York 1999, s. 3 – 4. Na temat „ery Lochnera” zob. szerzej M. J. Phillips, *op. cit.*, *passim*; H. Gillman, *The Constitution besieged: the rise and demise of Lochner era police powers jurisprudence*, Durham and London 1993, *passim*).

³⁴⁵ B. R. Twiss, *Lawyers and the Constitution: how laissez faire came to the Supreme Court*, New York 1962, s. 253. Por. np. *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* 300 U. S. Reports 379 (1937);

li unormowania dotyczące kwestii gospodarczych zaczęły być oceniane tylko poprzez pryzmat kryterium racjonalności. W przedmiotowej sprawie SN stwierdził jednak, że szeroki zakres kompetencji regulacyjnych państwa w sferze ekonomiki nie stanowi dostatecznej przesłanki, która legitymizowałaby interwencję władz publicznych w „pokojową aktywność polityczną” (nawet w sytuacji, w której bojkot wyrządza przedsiębiorcom dotkliwe straty finansowe).

12: *Minneapolis Star and Tribune Co. vs. Minnesota Commissioner of Revenue*³⁴⁶ – nałożenie na prasę specjalnego (dyskryminującego) podatku, niefunkcjonującego w innych dziedzinach gospodarki, jest bezpośrednim naruszeniem klauzuli wolności słowa, albowiem unormowanie ustanawiające takową daninę nie przechodzi pomyślnie czwartego warunku testu O’Briena. W razie niemożności wykazania przez rządzących fundamentalnego interesu publicznego, który uzasadniałby selektywne opodatkowanie gazet (a także *per analogiam* radia, telewizji czy też internetu), regulacja jest niezgodna z konstytucją³⁴⁷. Istnieje bowiem realne niebezpieczeństwo, że przyznanie państwu takiego uprawnienia podważałoby kontrolną funkcję sprawowaną w amerykańskim systemie politycznym przez dziennikarzy, którzy mogliby (pragnąc zwyczajnie uniknąć podatkowego odwetu) moderować swój krytycyzm wobec piastujących władzę.

13: *Wayte vs. Stany Zjednoczone*³⁴⁸ – w lipcu 1980 r. prezydent USA wydał proklamację, która nakazywała osobom spełniającym określone kryteria wieku i płci zarejestrować się w komisji wojskowej pod rygorem sankcji karnych. Podsądny nie dopełnił tego wymogu i poinformował Kancelarię Prezydenta oraz organy wojskowe, że sama instytucja poboru budzi w nim obiektywne wątpliwości natury moralnej. Ze względów praktycznych akty oskarżenia z tytułu niezastosowania się do wprowadzonego proklamacją obowiązku były wnoszone jedynie w stosunku do osób, które w podobny sposób otwarcie zadeklarowały odmowę przestrzegania przepisu (względnie zostały zadenuncjowane). Zdaniem SN, takie wybiórcze egzekwowanie prawnych obowiązków mieści się w ramach określonych standardem O’Briena. Rząd posiada kompetencję do ufundowanej na racjonalnych przesłankach selekcji osób łamiących prawo, na których karanie się decyduje; polityka ta jest niezwiązana z intencją tłumienia ekspresji; postępowanie państwa umożliwia realizację doniosłego interesu rządowego, jakim jest niezwłoczne, pozbawione ryzyka błędu oraz działające prewencyjnie ściganie przestępców; selektywne wnoszenie aktów oskarżenia nie redukuje obywatelskiej wolności słowa w stopniu więk-

³⁴⁶ 460 U. S. Reports 575 (1983).

³⁴⁷ Sąd wskazał zarazem, że względy fiskalne nie stanowią w tym przypadku dostatecznego usprawiedliwienia.

³⁴⁸ 470 U. S. Reports 598 (1985).

szym niż jest to konieczne z uwagi na mechanizm poboru (choć zniechęca do publicznego wyrażania sprzeciwu wobec niego).

14: *Stany Zjednoczone vs. Albertini*³⁴⁹ – zastosowanie przepisu upoważniającego dowódcę bazy wojskowej do zakazania konkretnej osobie wstępu na jej teren w sytuacji, w której osoba owa zamierza podjąć działania chronione co do zasady przez pierwszą poprawkę (np. wygłaszanie przemówień politycznego czy też dystrybucja ulotek), nie narusza ustawy zasadniczej. Norma jest niedyskryminująca treściowo; kontrola osób przebywających na terenie bazy wojskowej w sposób oczywisty mieści się porządku konstytucyjnym; regulacja realizuje istotny interes publiczny (tj. zapewnienie bezpieczeństwa instalacji militarnych); przepis stanowi po prostu efektywny, a nie nadmiernie restrykcyjny, sposób urzeczywistniania wspomnianego interesu. Jak wskazał SN, żaden zapis ustawy zasadniczej nie wymaga, aby komendant bazy nie mógł podejmować działań prewencyjnych mających na celu eliminację potencjalnego zagrożenia.

15: *City of Los Angeles vs. Preferred Communications, Inc.*³⁵⁰ – sprawa dotyczyła odmówienia przez władze miejskie udzielenia aplikantowi koncesji na prowadzenie stacji kablowej. Miasto argumentowało swe stanowisko praktycznymi trudnościami związanymi z zagwarantowaniem więcej niż jednej stacji telewizyjnej dostępu do stosownych urządzeń użyteczności publicznej (tj. przewodzących prąd podziemnych kabli bądź słupów naziemnych). Przyznając, że takowe czynniki mogą w oparciu o test O'Briena usprawiedliwiać negatywną decyzję odpowiednich organów, Sąd Najwyższy podkreślił zarazem, iż będące przesłanką odmowy zagrożenia muszą posiadać rzeczywisty i poważny charakter, a działania władz winny urzeczywistniać doniosły interes społeczny uzasadniający konieczność limitowania dostępu do publicznej własności. Jak konkludował SN, odmowa musi być oparta na wiarygodnych okolicznościach faktycznych.

16: *Arcara vs. Cloud Books*³⁵¹ – standard O'Briena nie jest właściwym miernikiem przy ocenie konstytucyjności nakazu zlikwidowania księgarni z materiałami pornograficznymi, wydanego z uwagi na wykorzystywanie tego miejsca przez poszukujące klientów prostytutki (w oparciu o normę upoważniającą władze do zamknięcia budynku stanowiącego zagrożenie dla zdrowia publicznego). Test O'Briena dotyczy bowiem tylko wypowiedzi symbolicznych oraz „speech plus” (niekiedy również „czystego słowa”). W tym przypadku sankcja została natomiast wymierzona za aktywność nieekspresyjną z punktu widzenia pierwszej poprawki (nakłanianie do nabycia płatnych usług seksualnych). Przedmiotowe postępowanie organów państwa nie może więc podlegać zakwe-

³⁴⁹ 472 U. S. Reports 675 (1985).

³⁵⁰ 476 U. S. Reports 488 (1986).

³⁵¹ 478 U. S. Reports 697 (1986).

stionowaniu na podstawie czwartego warunku testu O'Briena jako nadmiernie obciążająca swobodę ekspresji.

17: *Federal Trade Commission vs. Superior Court Trial Lawyers Association*³⁵² – kontrowersja związana była z urządzonym przez pełnomocników praktykujących w Dystrykcie Kolumbia bojkotem polegającym na zorganizowanej odmowie przyjmowania do prowadzenia wszelkich spraw urzędowych do momentu podniesienia stawek wynagrodzenia przysługujących za taką usługę prawniczą. Sąd Najwyższy skonstatawał, iż przedmiotowe zachowanie ma dualistyczny charakter. Z jednej strony zawiera bowiem doniosły w kontekście pierwszej poprawki element ekspresyjny; z drugiej jest natomiast konsekwencją ekonomicznego porozumienia, zawartego przez dotychczas konkurujące ze sobą podmioty. Według SN, ze względu na fundamentalne znaczenie, jakie posiadają dla porządku społeczno-gospodarczego przepisy mające na celu zwalczanie praktyk monopolistycznych i zapewnienie wolnej konkurencji, prawomocne jest – na gruncie testu O'Briena – zastosowanie do takiego zachowania unormowań antytrustowych. Interes publiczny w eliminacji zmów cenowych uzyskuje w rzeczonym przypadku priorytet nad indywidualnym interesem ekspresyjnym. Co więcej, SN zaakceptował pogląd, że każda horyzontalna zmowa cenowa między konkurentami może podlegać antytrustowym sankcjom, niezależnie od skali jej ekspresyjności (jak również od rynkowej pozycji uczestniczących w niej konspiratorów).

18: *Leathers vs. Medlock*³⁵³ – selektywne zwolnienie z ogólnego obowiązku podatkowego tylko niektórych mediów (np. prasy drukowanej) nie narusza pierwszej poprawki w odniesieniu do pozostałych (np. radia, telewizji czy sieci kablowych), jeżeli wyłączenie to posiada treściowo neutralny charakter, tzn. nie ma na celu uprzywilejowania lub też dyskryminowania nadawcy konkretnych – ujętych treściowo – przekazów (np. kanałów emitujących programy erotyczne).

19: *Simon & Schuster, Inc. vs. Members of the New York State Crime Victims Board*³⁵⁴ – owa bardzo kontrowersyjna społecznie sprawa dotyczyła przepisu (ufundowanego na racjonalnym założeniu, iż sprawca czynu zabronionego nie może czerpać zeń korzyści majątkowych), który nakazywał wydawcom książek opowiadających o prawdziwych przestępstwach oraz opartych na informacjach uzyskanych od skazanych za dany czyn wpłacanie należnych tym ostatnim honorariów autorskich do depozytu z przeznaczeniem na pomoc ofiarom. W ocenie SN zakaz ten nie jest neutralny treściowo, gdyż nakłada na ekspresję selektywne obciążenia finansowe w zależności od jej treści.

³⁵² 493 U. S. Reports 411 (1990).

³⁵³ 499 U. S. Reports 439 (1991).

³⁵⁴ 502 U. S. Reports 105 (1991).

Unormowanie nie wprowadza zatem incydentalnego ograniczenia sfery wolności słowa i podlega ocenie pod kątem zgodności ze standardem „strict scrutiny”.

20: *Alexander vs. Stany Zjednoczone*³⁵⁵ – nawiązując do precedensu ustanowionego w wyroku w sprawie *Arcara vs. Cloud Books*, Sąd Najwyższy wskazał, iż orzeczenie o przypadku rzeczy i środków finansowych (sankcja wymierzona na podstawie aktu o zwalczaniu zorganizowanej przestępczości), które mogły być potencjalnie – zgodnie z deklaracją oskarżonego – użyte w celu ekspresyjnym w przyszłości, nie narusza pierwszej poprawki. Opierając się na identycznym rozumowaniu jak w przypadku poprzedniego wyroku, SN odmówił tu zastosowania standardu O'Briena z uwagi na fakt, iż przestępcze działania podsądnego nie wikły klauzuli wolności wypowiedzi, będąc pozbawionymi nieobojętnego konstytucyjnie komponentu ekspresyjnego.

21: *Turner Broadcasting System vs. Federal Communications Commission*³⁵⁶ – Sąd Najwyższy rozważał tu kwestię konstytucyjności przepisów nakazujących stacjom kablowym emitowanie określonych programów telewizji naziemnej. Regulacja ta została zakwalifikowana przez SN jako neutralna treściowo (nie preferowała i nie dyskryminowała przekazów o specyficznym i skonkretyzowanym wydźwięku i tematyce politycznej, ideowej lub artystycznej), realizująca istotny interes publiczny niezwiązany z tłumieniem ekspresji – np. gwarantowanie odbiorcom jak najszerszego dostępu do maksymalnie zróżnicowanych źródeł informacji czy zapewnienie równych warunków konkurowania pomiędzy nadawcami (przyczynienie się przez przepis do urzeczywistnienia takowych interesów musi być jednakowoż rzetelnie uargumentowane na płaszczyźnie faktualnej) – oraz nieograniczająca wolności słowa w zakresie istotnie większym niż jest to konieczne dla zabezpieczenia wskazanych legitymowanych interesów zbiorowych.

22: *Boy Scouts of America vs. Dale*³⁵⁷ – standard O'Briena nie stanowi pomocnego instrumentu orzeczniczego w rozważeniu kwestii, czy zastosowanie norm zabraniających dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w celu zmuszenia organizacji społecznej do przyjmowania w poczet swych członków osób o upodobaniach homoeretycznych narusza konstytucyjne prawo do ekspresyjnego stowarzyszenia się. Sąd Najwyższy stwierdził, że relewantna aplikacja tych regulacji w sposób bezpośredni uszczupla uprawnienia obywatelskie wynikające z pierwszej poprawki i podlega tym samym

³⁵⁵ 509 U. S. Reports 544 (1993).

³⁵⁶ 512 U. S. Reports 622 (1994). Zob. również *Turner Broadcasting System vs. Federal Communications Commission*, 520 U. S. Reports 180 (1997). Por. jednak *Denver Area Educational Telecommunications Consortium vs. Federal Communications Commission*, 518 U.S. Reports 727 (1996).

³⁵⁷ 530 U. S. Reports 640 (2000).

ocenie w oparciu o surowszy standard niżli ten przewidziany dla tylko akcydentalnych brzemion (nie przechodząc zresztą pomyślnie tego ostatniego testu).

23: *Lorillard Tobacco Co. vs. Reilly*³⁵⁸ – restrykcje wykluczające dopuszczalność określonych sposobów sprzedaży wyrobów tytoniowych (np. zabraniające sprzedaży samoobsługowej czy nakazujące umieszczanie przedmiotowych towarów za ladą) ograniczają wprawdzie wolność słowa w kontekście wypowiedzi komercyjno-reklamowych, ale czynią to w zgodzie z testem O'Briena. Regulacje służą bowiem ważnemu interesowi publicznemu (utrudnienie nieletnim dostępu do rzeczonych produktów) niezwiązanemu z ekspresyjnym kontekstem zachowania sprzedawców i są ujęte na tyle wąsko, że nie uszczuplają nadmiernie swobody wypowiedzi.

24: *Rumsfeld vs. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*³⁵⁹ – sprawa dotyczyła aktu Kongresu Stanów Zjednoczonych, który uzależniał przyznanie szkołom wyższym określonych funduszy od umożliwienia przez nie prowadzenia przez wojsko rekrutacji do sił zbrojnych na terenie kampusów na identycznych zasadach, jak te obowiązujące w przypadku pracodawców cywilnych. Jednym z argumentów negującej konstytucyjność zapisu organizacji (zrzeszającej niektóre szkoły oraz wydziały prawa) było naruszanie przez unormowanie przysługującej im wolności słowa poprzez zmuszanie ich do tolerowania na własnym terenie nieakceptowanej ekspresji, do wysyłania informacyjnych e-maili czy też do wywieszania stosownych plakatów. W przeświadczeniu Sądu Najwyższego, dyskryminacyjne traktowanie armii w porównaniu z innymi pracodawcami nie jest wystarczająco „immanentnie ekspresyjne”, aby zasługiwać na protekcję pierwszej poprawki. Nawet gdyby jednak zakwalifikować rzeczone zachowania jako wypowiedzi symboliczne, to i tak przedmiotowe unormowanie pozostawałoby nie sprzeczne z kryteriami przewidzianymi przez standard O'Briena. Regulacja urzeczywistnia bowiem ważny nieekspresyjny interes państwa (zapewnienie nieprzerwanego dopływu kandydatów do służby wojskowej) oraz nie redukuje w sposób dysproporcjonalny zakresu swobody wypowiedzi.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że dokonana przez SN wykładnia postanowień testu O'Briena nie zawężyła w znacznym stopniu przysługującego prawodawcy pola manewru. Co do zasady, Sąd Najwyższy raczej akceptował przedstawione przez stronę rządową powody i racjonalizacje kontrowersyjnych unormowań (kwalifikując przyświecające ich ustanowieniu przesłanki jako ważne interesy publiczne), rzadko kwestionował istnienie wątpliwego niekiedy na płaszczyźnie faktualnej związku przyczynowo-skutkowego między uchwaleniem regulacji a zabezpieczeniem takich intere-

³⁵⁸ 533 U. S. Reports 525 (2001).

³⁵⁹ 547 U. S. Reports 47 (2006).

sów, konsekwentnie odrzucał interpretację czwartego warunku standardu jako wymogu narzucającego obowiązek poszukiwania najmniej restrykcyjnych dla ekspresji alternatywnych sposobów realizacji tychże interesów (dostateczne okazywało się w tym kontekście relatywnie wąskie ujęcie przepisów, czyli nieograniczanie przez nie swobody wypowiedzi w stopniu wyraźnie większym, aniżeli jest to potrzebne, oraz ich elementarna bądź nawet minimalna instrumentalno-pragmatyczna efektywność). Zarazem jednak Sąd generalnie (por. jednak *Metromedia, Inc. vs. City of San Diego*) wymagał rygorystycznego przestrzegania zasady neutralności treściowej oraz żądał, by interesy społeczne realizowane przez relewantne unormowania rzeczywiście posiadały charakter niezwiązany czy to z ekspresją, czy to z jej tłumieniem. Jak przekonamy się w następnym fragmencie książki, ta ostatnia prawidłowość została w odniesieniu do jednej z postaci wypowiedzi symbolicznej wyraźnie zignorowana, co w konsekwencji bardzo radykalnie zredukowało protekcyjne walory standardu O'Briena.

4. „Taniec nago” jako ekspresja symboliczna – modyfikacja standardu O'Briena?

Jak mieliśmy okazję podkreślać, uformowana przez amerykańską jurysprudencję doktryna wolności słowa w sferze wypowiedzi symbolicznych rodziła się i kształtowała w odniesieniu do doniosłych politycznie, intelektualnie i ideowo oraz newralgicznych emocjonalnie stanów faktycznych. Mówiąc nieco inaczej, obowiązujący w tym zakresie w Stanach Zjednoczonych paradygmat był owocem prawniczej refleksji oraz debaty na temat zaiste fundamentalnych dla współczesnej amerykańskiej społeczności (*mutatis mutandis* również dla wielu społeczeństw zachodniego świata) problemów. Sposób rozstrzygnięcia szeregu ideowo-polityczno-prawnych dylematów związanych z ekspresją gloryfikującą totalitarne propozycje ustrojowe, dyskursem nienawiści, nieposłuszeństwem obywatelskim bądź wypowiedziami znamionującymi wrogość lub niechęć wobec symboliki narodowej czy brak lojalności w stosunku do państwa zdaje się miarodajną determinantą statusu wolności słowa w danej zbiorowości, stanowiąc jednocześnie przy tym adekwatny probierz jej społeczno-politycznego znaczenia. Wskazana prawidłowość nie posiadała jednakże charakteru bezwyjątkowego. W dalszej części pracy przeanalizujemy linię orzeczniczą Sądu Najwyższego w sprawie szczególnego rodzaju ekspresji symbolicznej – czyli „tańca nago” – która wydaje się plasować w hierarchii ważności (zgoda, że nieuchronnie arbitralnej) wyraźnie niżej aniżeli np. oprotestowanie postępowania rządu bądź propagowanie poglądów nieakceptowanych przez władzę z powodów aksjologicznych. Pamiętać wszelako należy, że z pozoru trywialne sprawy

mogą niekiedy wywołać nader poważne konsekwencje natury doktrynalnej³⁶⁰. W interesującym nas przypadku, *prima facie* dość banalny casus „tańca nago” zaowocował bynajmniej niebagatelną modyfikacją przyjmowanej przez Sąd Najwyższy interpretacji podstawowego jurydycznego narzędzia służącego ochronie swobody wypowiedzi symbolicznych, jakim jest standard O’Briena. Z socjologicznej perspektywy wytłumaczenie tego faktu nie nastrocza przesadnych trudności. Relewantne decyzje SN jawią się bowiem w znacznym stopniu jako pochodna charakterystycznego dla Amerykanów stosunku do seksu i erotyki (w tym także do tak zorientowanej tematycznie ekspresji). Jak trafnie odnotowuje Rita Nakashima Brock, „dominująca kultura amerykańska została ukształtowana przez dziedzictwo religijnego dualizmu chrześcijaństwa [...] W kulturze popularnej oraz w polityce społecznej wartości chrześcijańskie w odniesieniu do seksu czy zmysłowości w dalszym ciągu wywierają przemożny wpływ, czego wyrazem jest zarówno pruderyjne traktowanie ciała ludzkiego, jak i kontrreakcja wobec tego nastawienia, polegająca na przypisywaniu seksualności nadmiernego znaczenia”³⁶¹. David Wagner zwraca z kolei uwagę na fakt, że amerykańskie społeczeństwo niejednokrotnie ujawnia tendencję do wykazywania niemalże „obsesyjnego” zainteresowania zagadnieniami związanymi z seksualnością, kulminującego często w próbach zmierzających do wprowadzenia nadzoru zbiorowości nad prywatnymi (lub półprywatnymi) zachowaniami. Według Wagnera, w latach 80. i 90. w Stanach Zjednoczonych rozkwitła mentalność „nowego purytanizmu” (obserwacja ta zdaje się również współcześnie utrzymywać walor aktualności). Jak pisze autor, specyficzne dla amerykańskiego doświadczenia są też eksplodujące okresowo ruchy czy kampanie społeczne piętnujące wady, nałogi i grzechy współobywateli oraz dążące do zwalczania ich poprzez regulacje prawne³⁶². Rozpoznając kontrowersje dotyczące kwestii „tańca nago”, Sąd Najwyższy nie pozostał indyferentny wobec wspomnianego powyżej tła, a jego orzeczenia były w znacznej mierze dostosowane do purytańskich sentymentów istotnego segmentu amerykańskiej opinii publicznej. Przed przystąpieniem do dokładnego omówienia rzeczonych wyroków musimy jednak pokrótce przedstawić (z konieczności w nader ogólnym zarysie) rozstrzygnięcia SN w dwóch obszarach, które oddziaływały na status „tańca nago” w kontekście pierwszej poprawki. Chodzi tutaj o orzeczenia w sprawie ekspresji pornograficznej (czyli „obsceniczej” wedle obowiązującej w sądownictwie USA terminologii) oraz o wyro-

³⁶⁰ Por. chociażby M. D. Dubber, *The police power: patriarchy and the foundations of American government*, New York 2005, s. 115.

³⁶¹ R. N. Brock, *Politicians, pastors, and pimps: Christianity and prostitution policies*, [w:] *God forbid: religion and sex in American public life*, ed. by K. M. Sands, Oxford 2000, s. 248.

³⁶² D. Wagner, *The New Temperance: the American obsession with sin and vice*, Boulder 1997, s. 4 – 5.

ki *à propos* regulacji wprowadzających ograniczenia czasu, miejsca albo sposobu wypowiedzi.

A. Wypowiedzi obsceniczne a pierwsza poprawka

Spółeczno-polityczny spór pomiędzy orędownikami reglamentacji dostępu obywateli do materiałów o charakterze pornograficznym (postulującymi już to ustanowienie sankcji karnej za ich posiadanie albo rozpowszechnianie, już to wprowadzenie rozmaitych utrudnień natury administracyjnej dla przedsiębiorców prowadzących działalność w tej sferze gospodarki, już to posłużenie się w celu wyeliminowania czy ograniczenia takiej ekspresji różnymi środkami cywilnoprawnymi) i zwolennikami wycofania się państwa z takiej ingerencji oraz traktowania pornografii na identycznych zasadach, jak każdej innej kategorii wypowiedzi, stanowił (chyba zresztą nadal stanowi) w Stanach Zjednoczonych istotny element debaty w kwestii wolności słowa i jej granic. W kontekście amerykańskim najbardziej prominentnymi przedstawicielami pierwszego z tych stanowisk wydają się rzecznicy religijnie zorientowanego konserwatyizmu. Ich poglądy zakorzenione są w moralistycznych interpretacjach teleologicznych, dotyczących celu i funkcji systemu państwowego oraz porządku prawnego. Zgodnie ze wskazaną optyką jednym z podstawowych *ratio existendi* społeczności politycznej jest zwalczanie nieetycznych zachowań. Jak dowodzi lider amerykańskiej chrześcijańskiej prawicy Pat Robertson, odmowa konsekwentnego prawnego tępienia niemoralnego postępowania stanowi zakwestionowanie pryncypiów etyki Chrystusowej, ufundowanej na „transcendentalnym kodeksie moralnym, na absolutnych standardach dobra i zła”³⁶³. Inny reprezentant tego nurtu doktrynalnego, John W. Whitehead, wskazuje, że „porządek prawny posiada swoje korzenie w religii”. Rozstrzygając określony spór, sądy *ex definitione* muszą podjąć decyzję o charakterze etycznym niezależnie od tego, czy decydują się na egzekwowanie norm moralnych przy użyciu przymusu prawnego, czy też rezygnują ze stosowania takiego instrumentu. Dla Whiteheada porządek normatywny jest manifestacją „religii państwowej”, a jego treść dostarcza dowodów ukazujących, co dana społeczność polityczna uznaje za dobre lub złe³⁶⁴. Paradygmat ten wiąże się przeto ewidentnie z odrzuceniem poglądu o ontologicznej realności zasady aksjologicznej, światopoglądowej, a nawet religijnej, neutralności państwa. Zarówno akt stanowienia prawa, jak też i rezygnacja z uchwalenia danych przepisów są decyzjami o charakterze moralnym. Przenosząc wspomnianą teorię na obszar refleksji związanej z wolnością

³⁶³ P. Robertson, *Courting disaster: how the Supreme Court is usurping the power of Congress and the People*, Nashville 2004, s. 225.

³⁶⁴ J. W. Whitehead, *The separation illusion: a lawyer examines the First Amendment*, Milford 1982, s. 59.

ekspresji, otrzymujemy oczywistą konkluzję, zgodnie z którą niemoralność wypowiedzi jest przesłanką usprawiedliwiającą w dostatecznym stopniu jej legalne zwalczanie, a odmowa podjęcia takowego działania wynika bezpośrednio z błędnych aksjologicznie założeń. Krótko mówiąc, konserwatywne rozumowanie suponuje, że wypowiedzi pornograficzne mogą być zakazane bądź ograniczane, albowiem są etycznie złe.

Pogląd ten dobrze komponuje się za znamienym dla części omawianych środowisk skrajnie kasandrycznym oglądem współczesnej rzeczywistości. Korelacja między zaiste katastroficzną diagnozą i moralistycznymi postulatami jest łatwo dostrzegalna chociażby w enuncjacjach D. Jamesa Kennedy'ego, którego zdaniem promowana dzisiaj koncepcja rozdziału moralności i prawa stanowi wręcz przejaw cichej rewolucji, radykalnie przekształcającej zachodnią kulturę prawną i podmywającą fundamenty naszej cywilizacji. Proces ten polega na odchodzeniu od pryncypiów tradycyjnej etyki chrześcijańskiej (w której myśl prawo stanowione powinno być odbiciem bożej sprawiedliwości) w kierunku zsekularyzowanej oraz subiektywistycznej etyki humanistycznej, zgodnie z którą prywatna moralność nie może być przedmiotem represyjnych działań prawodawcy. Tymczasem – jak argumentuje Kennedy – każda legislacja z konieczności dotyczy spraw etycznych. Autor wymienia tutaj „normy prawne penalizujące zabijanie ludzi, gdyż morderstwo jest niemoralne; normy prawne wymierzone przeciwko złodziejstwu, gdyż kradzież jest niemoralna; normy prawne kryminalizujące gwałt, gdyż gwałt jest niemoralny”. W przekonaniu Kennedy'ego, rozumowanie sprzeciwiające się prawnej ochronie moralności pozostaje zatem wewnątrznie niekoherentne. Jego dostrzegalny współcześnie tryumf prowadzi zarazem niestety w prostej linii do upadku moralnego, będącego pochodną legalizowania tak nieetycznych zachowań i praktyk, jak „aborcja, stosunki homoseksualne, rozwody, eutanazja, hazard, pornografia czy samobójstwo”³⁶⁵. Radykalizm wywodów Kennedy'ego – również i w zestawieniu z głównym nurtem amerykańskiego chrześcijańskiego konserwatyizmu – pozwala nam uwypuklić fakt, że, zdaniem zwolenników owego nurtu filozofii politycznej, pornografia powinna być legalnie zwalczana tak z powodów deontycznych (jako zło samo w sobie), jak i konsekwencjalistycznych (jako jeden z podstawowych katalizatorów moralnej degrengolady współczesnego świata)³⁶⁶. Warto dodać, iż w ostatnich kilku dekadach konserwatyści zyskali w tej materii niespodziewane sojuszniczki wśród niektórych przedstawicielek tzw. feminizmu radykalno-kulturowego (m.in. Andrea Dworkin i Catharine A. MacKin-

³⁶⁵ D. J. Kennedy, *Defending the First Amendment*, Fort Lauderdale 1989, s. 34 – 45.

³⁶⁶ Jak podsumowuje George W. Spicer, perspektywa konserwatywna postrzega ekspresję pornograficzną jako istotowo niemoralną, a samo jej formułowanie jako wyrządzenie przez autora przekazu krzywdy odbiorcom swojej wypowiedzi (nawet jeśli szkoda ta jest nienamalcalna, niebezpośrednia i odległa w czasie – Ł. M.), [w:] *idem*, *The Supreme Court and fundamental freedoms*, New York 1959, s. 46 – 47.

non), w których ujęciu ekspresja pornograficzna najczęściej krzywdzi oraz dehumanizuje kobiety na trzy sposoby: 1) zachęca bądź stymuluje mężczyzn do brutalnych zachowań seksualnych (molestowanie, bicie, gwałcenie); 2) zniesławia i poniża kobiety, prezentując je jako osoby pozbawione szacunku w stosunku do samych siebie; 3) prowokuje mężczyzn do myślenia o kobiecie jako „obywatelce drugiej kategorii”³⁶⁷. Środowisko to okazało się wystarczająco wpływowo w amerykańskich realiach, aby odnieść nawet pewne (aczkroć krótkotrwałe) sukcesy na płaszczyźnie legislacyjnej³⁶⁸.

Rzeczników przeciwstawnego poglądu możemy oczywiście odnaleźć przede wszystkim wśród zwolenników klasycznie rozumianego liberalizmu³⁶⁹. Przedstawiciele takiej optyki nie znajdują dostatecznych aksjologicznych przesłanek do wykluczenia ekspresji pornograficznej poza obszar wolnej komunikacji. Przykładowo Nadine Strossen argumentuje, iż ograniczanie swobody ekspresji seksualnej stanowi bezpodstawne naruszenie – zagwarantowanych pierwszą poprawką – praw jednostek do „czytania, myślenia, mówienia, śpiewania, pisanania, malowania, tańczenia, marzenia, filmowania i fotografowania, tak jak sobie życzą”. Karne, administracyjne i cywilnoprawne reglamentowanie pornografii podważa ustaloną przez SN regułę, zgodnie z którą legalne restrykcje umniejszające zakres wolności słowa są konstytucyjnie dopuszczalne wtedy i tylko wtedy, gdy istnieje „obserwowalny i bezpośredni związek przyczynowy między wypowiedzią a niezwłocznym wystąpieniem szkody”. Przyjęcie rozumowania propagatorów rozwiązań restrykcyjnych prowadziło logicznie do sytuacji, w której w kompetencji rządu leżałoby „delegalizacja palenia flagi oraz nauczania doktryny marksistowskiej, gdyż ekspresja ta może spowodować erozję patriotyzmu oraz osłabienie naszego kapitalistycznego modelu gospodarowania; wypowiedzi zwolenników supremacji białych bądź orędowników czarnego nacjonalizmu mogłyby podlegać kryminalizacji, albowiem mogą one sprowadzać segregację rasową; pokojowe demonstracje na rzecz (albo przeciwko) praw obywatelskich, praw kobiet, praw gejów, a właściwie na rzecz każdej kontrowersyjnej sprawy, mogłyby zostać zakazane z uwagi na możliwość prowokowania przez nie gwałtownych kontrmanifestacji; reklamowanie alkoholu, tytoniu i niezliczonych innych produktów mogłyby podlegać ograniczeniom w celu zapobieżenia złym skutkom zdrowotnym płynącym z ich spożywania; ekspresja feministyczna mogłaby

³⁶⁷ R. P. Tong, *Myśl feministyczna. Wprowadzenie*, Warszawa 2002, s. 90.

³⁶⁸ Por. R. F. Hixson, *Pornography and the Justices: the Supreme Court and the intractable obscenity problem*, Carbondale 1996, s. 201 – 208.

³⁶⁹ Uwzględniając treść orzeczeń Sądu Najwyższego w omawianej kwestii, możemy pominąć w tym miejscu opinie tych uczestników debaty, którzy wskazują na – faktyczne czy domniemane – korzyści społeczne płynące z dopuszczalności pornografii bądź podkreślają praktyczne trudności związane z wyegzekwowaniem w praktyce stosownych przepisów reglamentujących wypowiedzi pornograficzne.

podlegać supresji ze względu na wywoływane przez nią niebezpieczeństwo dla «tradycyjnych wartości rodzinnych» oraz miru albo też spokoju domowego; ogłoszenia klinik aborcyjnych i inne kategorie wypowiedzi popierające kobiece prawo wyboru mogłyby być tłumione z uwagi na pragnienie zapobieżenia przerwaniu życia potencjalnej istoty ludzkiej; również [...] ekspresja antypornograficzna mogłaby podlegać restrykcjom, albowiem stanowi zagrożenie dla cennych uprawnień konstytucyjnych”. Jak konkluduje tedy Strossen, uczynienie dla pornografii wyjątku w amerykańskim systemie ochrony wolności kreowałoby (a po części faktycznie kreuje) nader niebezpieczny precedens³⁷⁰. Liberalny paradygmat (zarazem dylemat) w sprawie pornografii dobrze ilustruje nieco melancholijna konstatacja Rodney’a A. Smolli, który pisze, iż „nieszczęśny adwokat broniący wolności słowa, zmuszony do reprezentowania pism typu «Playboy», «Penthouse» czy «Hustler» (a także nazistów czy Ku-Klux-Klanu), ostatecznie może wyłącznie przywołać najbardziej fundamentalną zasadę związaną z Pierwszą Poprawką, zasadę, która tak często jest powtarzana, że ulega trywializacji i przekształca się w slogan. Ta zasada wynika z wiary w otwartą i nieskrępowaną wymianę wypowiedzi [...] Ta wiara mówi, iż wszelkie próby separacji dobrej i złej ekspresji okazują się w efekcie znacznie groźniejsze niż nietolerowanie sytuacji, w której to intruzyjny rząd podejmuje decyzje w sprawie takiego oddzielania”³⁷¹. Aczkolwiek część liberałów posiada świadomość faktu, iż przedstawiane przez nich argumenty tracą w ostatnich dekadach swoje walory perswazyjne także wśród środowisk prawniczych (co jednak nie przekłada się póki co na sferę orzeczniczą)³⁷², to sprzeciw wobec motywowanej czysto moralistycznymi względami ingerencji państwa w swobodę słowa nadal pozostaje ważną (konstytutywną) cechą klasycznie rozumianego liberalizmu amerykańskiego.

W tym momencie możemy przystąpić do związanej rekapitulacji stanowiska SN w sprawie ekspresji pornograficznej. Generalnie należy stwierdzić, iż *summa summa-*

³⁷⁰ N. Strossen, *Defending pornography: free speech, sex, and the fight for women’s rights*, New York 1995, s. 14, 39 – 40.

³⁷¹ R. A. Smolla, *Suing the press: libel, the media, & power*, New York – Oxford 1986, s. 179 – 180.

³⁷² Przykładowo Bruce W. Sanford z ubolewaniem odnotowuje (w kontekście wyraźnej rewitalizacji dyskursu konserwatywnego, rosnących wpływów zwolenniczek feminizmu radykalno-kulturowego czy też zwiększającej się popularności stanowiska opowiadającego się za penalizacją mowy nienawiści) przesunięcie w debacie na temat pierwszej poprawki od analizowania kwestii praw jednostki w kierunku rozważania odpowiedzialności za wypowiadane słowa. Proces ten – w ocenie Stanforda – znamionuje i zwiastuje odchodzenie od ujmowania klauzuli wolności słowa w kategoriach normatywnej gwarancji indywidualnych uprawnień oraz wolnego rynku idei (zgodnie z którym „możliwość wyrażenia jakiegokolwiek stanowiska (innego aniżeli grożące natychmiastowym powstaniem szkody) jest sama w sobie cenną wartością, wzbogacającą publiczną debatę”) oraz zastępowanie go przekonaniem, iż swoboda głoszenia pewnych rodzajów wypowiedzi „powinna być ograniczona, ponieważ sama ich ekspresja zagraża naszemu wyobrażeniu cywilizowanego społeczeństwa”, [w:] *idem, Don’t shoot the messenger: how our growing hatred of the media threatens free speech for all of us*, New York 1999, s. 183.

rum zajmował on w tym zakresie raczej umiarkowaną i kompromisową pozycję doktrynalną, oscylując pomiędzy restrykcyjnym oraz permissywnym ekstremum. Dominująca w sądownictwie USA interpretacja pierwszej poprawki (nawiązująca w znacznym stopniu do tradycji brytyjskiego *common law*) od początku konsekwentnie wykluczała wypowiedzi obsceniczne (a więc nie „pornograficzne”) spod zasięgu oddziaływania konstytucyjnej klauzuli wolności słowa. Godzi się w tym miejscu przypomnieć chociażby stwierdzenie sędziego Franka Murphy’ego z uzasadnienia orzeczenia w sprawie *Chaplinsky vs. State of New Hampshire*, które zrównywało – pod względem braku przewidzianej ustawą zasadniczą ochrony – ekspresję obsceniczną z „fighting words” bądź też ze sformułowaniami zniesławiającymi. Racjonalizacją tej konstatacji (systematycznie później podtrzymywaną w jurysprudencji Sądu Najwyższego) była ocena wypowiedzi obscenicznych jako zasadniczo bezwartościowych z punktu widzenia ich użyteczności społecznej³⁷³. Rzecz jasna, najbardziej problematycznym zagadnieniem pozostawało w tym aspekcie ustanowienie wiążącej, przejrzystej i miarodajnej definicji legalnej pojęcia „obsceniczny”. Jak odnotowuje Haig A. Bosmajian, „trudności z osiągnięciem konsensusu w sprawie zdefiniowania terminu «obsceniczność» przez całe lata przesładowały Sąd Najwyższy”³⁷⁴. SN zajął stanowisko w tej materii po raz pierwszy dopiero w 1957 roku³⁷⁵. Do tego momentu sprawa ekspresji erotycznej była przedmiotem uregulowań stanowych, których treść i aplikacja (jak również zapal władzy do prowadzenia stosownych postępowań sądowych) pozostawały terytorialnie zróżnicowane. Najczęściej stosowanym lokalnie standardem był jednak niesłychanie rygorystyczny tzw. test Hicklina, zgodnie z którym materialem obscenicznym jest wypowiedź posiadająca tendencję do deprawowania i korumpowania tych, których umysły są podatne na tak niemoralne wpływy i do których tenże przekaz może dotrzeć. Chcąc w pełni uświadomić czytelnikowi drastycznie prohibytywny charakter standardu Hicklina, wystarczy powiedzieć, iż w niektórych stanach na jego podstawie za obsceniczne zostały uznane tak znane dzieła, jak *Ulisses* Jamesa Joyce’a, *Zwrotnik Raka* i *Zwrotnik Koziorożca* Henry’ego Millera czy wreszcie *Kochanek Lady Chatterley* D. H. Lawrence’a³⁷⁶. Fakty te potwierdzają słuszność poglądu Rochelle Gurstein, która pisze, iż „w przeciwieństwie do naszych współczesnych dysput na temat obsceniczności, w których prawo do wolności

³⁷³ Por. J.P. Levine, *Constitutional law and obscene literature: an investigation of bookseller censorship practices*, [w:] *The impact of Supreme Court decisions*, ed. by T. L. Becker and M. M. Feeley, New York 1973, s. 122.

³⁷⁴ H. A. Bosmajian, *The principles and practice of freedom of speech*, New York 1971, s. 264.

³⁷⁵ *Roth vs. Stany Zjednoczone*, 354 U. S. Reports 476.

³⁷⁶ D. S. Moretti, *Obscenity and pornography: the law under the First Amendment*, New York 1984, s. 1 – 4.

słowa jest traktowane priorytetowo w zestawieniu z praktycznie każdą inną kwestią”, na gruncie tradycyjnej linii orzeczniczej obowiązującej w sądownictwie Stanów Zjednoczonych jednostkowa wolność musiała zazwyczaj ustępować przed wymogami stawianymi przez powszechne poczucie przyzwoitości³⁷⁷.

W każdym razie wyrok w sprawie *Roth vs. Stany Zjednoczone* położył kres tak elastycznym wykładniom pojęcia „obsceniczny”. Zgodnie z orzeczeniem taka kwalifikacja badanego materiału jest uzależniona od uzyskania twierdzącej odpowiedzi na pytanie, czy, spoglądając na problem z perspektywy przeciętnego obserwatora stosującego współczesne standardy funkcjonujące w społeczności, podstawowy przekaz interpretowanej całościowo ekspresji odwołuje się do lubieżnego zainteresowania (tj. wzbudza podniecenie seksualne) odbiorców. Sąd Najwyższy (piórem Brennana) skonstatował także, iż posiadanie przez dzieło jakiegokolwiek kompensującej wartości społecznej wyklucza możliwość uznania ekspresji za „obsceniczną”. Aprobując tedy tezę o bezwartościowości czy wręcz szkodliwości obscenów, SN przyjął zarazem zawężającą wykładnię rzeczowego terminu oraz uznał za kolidujące z pierwszą poprawką próby radykalnego wyeksmitowania wszelkich wykraczających poza konserwatywne standardy erotycznych bądź seksualnych wypowiedzi z wolnego rynku idei. Stanowisko to można zasadnie określić jako umiarkowane³⁷⁸. W trakcie następnych kilkunastu lat Sąd Najwyższy wydał szereg wyroków precyzujących (a częściowo modyfikujących) standard *Rotha* i ograniczających regulacyjne bądź penalizacyjne działania państwa³⁷⁹. Sędziowie nie byli jednakowoż w stanie porozumieć się w kwestii ustanowienia kolejnego ujednoliconego standardu definiowania „obsceniczności”, a wspomniane powyżej orzeczenia konstituowały nader nieprzejrzysty *collage* uzasadnień, uzasadnień wspierających i zdań odrębnych, zakorzenionych w diametralnie różnych interpretacjach klauzuli wolności słowa, ufundowanych na radykalnie odmiennych racjonalizacjach oraz zawierających szereg niejasnych sformułowań. Wielu sędziów czuło się także osobiście sfrustrowa-

³⁷⁷ R. Gurstein, *The repeal of reticence: a history of America's cultural and legal struggles over free speech, obscenity, sexual liberation, and modern art*, New York 1996, s. 184.

³⁷⁸ Por. Ch. H. Sheldon, *The Supreme Court: politicians in robes*, Beverly Hills 1970, s. 114 – 115.

³⁷⁹ Zob. np. *Kingsley Pictures Corp. vs. Regents of the University of the State of New York*, 360 U. S. Reports 684 (1959); *Manual Enterprises Inc. vs. Day, Postmaster General*, 370 U. S. Reports 478 (1962); *Jacobellis vs. Ohio*, 378 U. S. Reports 184 (1964) (uzasadnienie wspierające *Pottera Stewarta* zawiera chyba najśłynniejszy *passus* w orzecznictwie SN na temat ekspresji obscenicznej: „Być może nigdy nie będę w stanie zdefiniować [czym jest twarda pornografia – L. M.], ale wiem, kiedy mam ją przed oczyma”); *Memoirs vs. Massachusetts* 383 U. S. Reports 413 (1966); *Ginzburg vs. Stany Zjednoczone*, 383 U. S. Reports 463 (1966); *Mishkin vs. New York*, 383 U. S. Reports 502 (1966); *Redrup vs. State of New York*, 386 U. S. Reports 767 (1967); *Ginsberg vs. New York*, 390 U. S. Reports 629 (1968); *Stanley vs. Georgia*, 394 U. S. Reports 557 (1969); *Paris Adult Theatre I vs. Slaton*, 413 U. S. Reports 49 (1973) *Kaplan vs. California*, 413 U. S. Reports 115 (1973). Ze względu na poruszaną w książce problematykę, szczegółowe przedstawianie tych orzeczeń nie wydaje się potrzebne.

nych procedurą tzw. redrupowania, która wymuszała na nich konieczność zapoznawania się z „dziełami” o bardzo wątpliwej wartości artystycznej i estetycznej w celu zawyrokowania o ich prawdziwej lub rzekomej obsceniczności³⁸⁰. Usiłując wydobyć się ze wskazanego doktrynalnego impasu, SN wydał w 1973 roku orzeczenie w sprawie *Miller vs. California*, wprowadzające obowiązujący do dnia dzisiejszego standard definiowania „obsceniczności”³⁸¹. Na gruncie wyroku, uznanie materiału za „obsceniczny” uzależnione jest od spełnienia przezeń trzech kryteriów. Pierwsze z nich stanowi powtórzenie formuły zawartej w teście Rotha (przeciętny obserwator, stosując współczesne standardy funkcjonujące w społeczności i opierając się na całościowej wykładni danej ekspresji, konkluduje, że odwołuje się ona do lubieżnego zainteresowania odbiorców). Drugim warunkiem jest tu ewidentnie obraźliwy charakter wypowiedzi, zawierającej opis lub obraz zachowania seksualnego, precyzyjnie zdefiniowanego przez stosowne przepisy.

³⁸⁰ Kapitalne anegdoty związane z procedurą oceniania przez Sąd Najwyższy USA obsceniczności produkcji filmowych przedstawiają Bob Woodward i Scott Armstrong: „Movie day was the humorous highpoint of most terms. Year after year, several of the Justices and most of the clerks went either into a basement storeroom or to one of the larger conference rooms to watch feature films that were exhibits in obscenity cases that had been appealed to the Court [...] During his later years, Harlan watched the films from the first row, a few feet from the screen, able only to make out the general outlines. His clerk or another Justice would describe the action. “By Jove”, Harlan would exclaim. “Extraordinary”. Clerks frequently mocked Stewart’s approach to obscenity, calling out in the darkened room: “That’s it, that’s it, I know it when I see it”. Marshall’s quips were the best. The previous term, a pornographic movie had used the familiar ruse of posing as an educational film. The actor playing a psychologist had concluded by stating: “And so our nymphomaniac subject was never cured”. Marshall retorted: “Yeah, but I am”. Podczas innego posiedzenia, „the last thirteen minutes [of the movie – *L. M.*] consisted of an attempted hijacking of the plane carrying the female protagonist by an Irish Communist bound for Cuba. He gave a talk on the comparative merits of Communist and Western societies. “Ah, the redeeming social value,” Marshall said [...] The second movie was *Sexual Freedom in Denmark*, a feature documentary that had been released two years before. A very serious commentator explained the harmful effects of Liberal Danish sexual attitudes, and showed a photograph of a penis in the last stages of syphilis. The dull narrative was punctuated by drawings of sexual and reproductive functions in color. Blackmun sat stone-faced, ignoring the banter from Marshall and the clerks. Marshall turned to him when the lights came on as the projectionist changed reels. “Well, Harry, I didn’t learn anything, how about you?”. Blushing, Blackmun joined the rest of the room in a hearty laugh”, [w:] *idem, The Brethren: inside the Supreme Court*, New York 1979, s. 198 – 199.

³⁸¹ 413 U. S. Reports 15 (autorem uzasadnienia był ówczesny prezes SN Warren F. Burger; pewne uściślenia testu są zawarte [w:] *Jenkins vs. Georgia*, 418 U. S. Reports 153 (1974) i *Pope vs. Illinois*, 481 U. S. Reports 497 (1987)). Oczywiście wyrok nie oznaczał bynajmniej zakończenia kontrowersji prawnych związanych z ekspresją erotyczną. SN niejednokrotnie był jeszcze zmuszony do wypowiedzania się choćby w takich kwestiach, jak zagadnienie dystrybucji materiałów pornograficznych za pomocą instrumentów komunikacji elektronicznej (telewizja naziemna, telewizja kablowa, Internet) czy też pornografia z udziałem dzieci (w którym to zakresie państwo ma kompetencje regulacyjne również w odniesieniu do wypowiedzi natury erotycznej wykraczających poza kryterium „obsceniczności” zdefiniowane w sprawie *Miller vs. California*; por. *New York vs. Ferber*, 458 U. S. Reports 747 (1982) oraz *Ashcroft, Attorney General vs. Free Speech Coalition*, 535 U. S. Reports 234 (2002)). Ponieważ jednak problem wypowiedzi obscenicznych jest przedmiotem naszego zainteresowania tylko w kontekście „tańca nago”, czujemy się zwolniony z obowiązku prezentacji orzeczeń SN w tych materiach.

Trzecie kryterium to brak w holistycznie interpretowanym materiale poważnej literackiej, artystycznej, politycznej bądź naukowej wartości. Wydaje się, iż również to orzeczenie należy kwalifikować jako próbę znalezienia kompromisu między antagonistycznymi pryncypiami. Z jednej strony SN stara się bowiem ochronić społeczną wrażliwość oraz zbiorowe interesy przemawiające za ograniczeniem dostępności wulgarnej pornografii (aprobując w tym zakresie istnienie różnych lokalnych rozwiązań, odmiennie delimitujących sferę dozwolonych wypowiedzi erotycznych); z drugiej jednak podkreśla konieczność zagwarantowania swobody ekspresji artystycznej czy naukowej, która nie może być determinowana osobistymi idiosynkrazjami obywatela (z tego też powodu orzeczenie nie odwołuje się do standardu przeciętnego obserwatora w kontekście oceny wartości relewantnego materiału)³⁸². Współcześnie test Millera pojmowany jest bardzo liberalnie. Ekspresja pornograficzna jest w Stanach Zjednoczonych właściwie powszechnie i bez większego trudu dostępna, a władze publiczne praktycznie zrezygnowały z jej zwalczania (pod warunkiem, że jest skierowana do zainteresowanych nią osób dorosłych). Jak konkluduje z pewnym przekąsem Nan Levinson, przemysł dostarczający rozrywek erotycznych po wielu latach restrykcji finalnie odniósł w USA sukces komercyjny w zaiste amerykańskim stylu³⁸³.

B. Regulacje dotyczące czasu, miejsca lub sposobu wypowiedzi

Wypowiedzi symboliczne, „speech plus”, a częstokroć również i „czyste słowo”, nie są formułowane w społeczno-materialnej próżni. Z natury rzeczy występują w określonym czasie i miejscu; niejednokrotnie wymagają posłużenia się przez nadawcę komunikatu określonymi przedmiotami; niekiedy wiążą się z określonymi konsekwencjami oderwanymi bezpośrednio od treści ekspresji. Innymi słowy, wypowiedzi przeważnie pojawiają się oraz funkcjonują w nader zróżnicowanych kontekstach czasowych, przestrzennych, faktycznych itp. O ile państwo zasadniczo nie może – na gruncie pierwszej poprawki – ograniczać sfery wolności słowa z uwagi na treść ekspresji (chyba że regulacja przejdzie test „surowego nadzoru sędziowskiego”), o tyle wspomniany kontekst może być przedmiotem rozmaitych, odpowiednio umotywowanych, restrykcji nakładanych przez władzę na pozostającą w zasięgu oddziaływania konstytucyjnej klauzuli swobody wypowiedzi aktywność obywateli. Normowanie okoliczności, w których funkcjonuje ekspresja, jest bowiem – przynajmniej co do zasady – czymś fundamentalnie

³⁸² Por. np. M. Lerner, *Nine scorpions in a bottle: great judges and cases of the Supreme Court*, New York 1994, s. 253 – 254.

³⁸³ N. Levinson, *Outspoken: free speech stories*, Berkeley – Los Angeles 2003, s. 149. Oczywiście takie diagnozy nie dotyczą tak wynaturzonych przykładów ekspresji, jak np. pornografia z udziałem małoletnich lub zwierząt.

odmiennym od ingerowania w jej treść³⁸⁴. Jak zwięźle konkludują Robert Trager i Donna L. Dickerson, „aczkolwiek rządowi w Stanach Zjednoczonych częstokroć nie wolno zakazywać (lub karać) wypowiedzi, to posiada on kompetencję do wymuszania zmiany jej lokalizacji, modyfikacji sposobu jej prezentacji lub przesunięcia pory jej komunikowania. Państwo jest uprawnione do regulowania, gdzie, kiedy oraz w jaki sposób ludzie się wypowiadają, jeśli tylko posłuży się w tym celu akceptowalnymi z punktu widzenia ustawy zasadniczej unormowaniami”³⁸⁵. Na poziomie generalnym takowe założenie nie wydaje się szczególnie kontrowersyjne. Nawet najbardziej zagorzały zwolennik koncepcji wolności słowa najprawdopodobniej nie będzie bronił rzekomego prawa obywatela do rozgłaszania swych doktrynalnych poglądów przez megafon o godzinie drugiej nad ranem, prawa artysty do zaprezentowania erotycznego (acz nieobscenicznego) widowiska teatralnego przed bramą przedszkola czy prawa właściciela posesji do postawienia na niej gigantycznego i górującego nad okolicznymi domostwami billboardu z krzykliwą kolorystyką reklamującego np. środki higieny osobistej (nie mówiąc już np. o olbrzymim plakacie gloryfikującym Adolfa Hitlera).

Państwo nie posiada oczywiście pełnej dowolności w stanowieniu norm regulujących czas, miejsce czy sposób przekazu. Charakteru truzimu nabiera również konstatacja, że zakres uprawnionych prawotwórczych kompetencji władz publicznych we wskazanej dziedzinie – acz delimitowany na podstawie jednakowego standardu – pozostaje zróżnicowany w zależności od konkretnego kontekstu. Jak klarownie stwierdza Jethro K. Lieberman, „zakaz hałasowania w oczywisty sposób funkcjonuje odmiennie, kiedy mówcy biorą udział w publicznym festynie, aniżeli w sytuacji, kiedy znajdują się w bibliotece publicznej”³⁸⁶. Analogicznie, np. swoboda manifestowania na tradycyjnych forach publicznych może być w obliczu pierwszej poprawki ograniczona w znacznie mniejszym stopniu aniżeli wolność pikietowania cudzej rezydencji. W rezultacie wieloletniej i wielopłaszczyznowej ewolucji orzecznictwa, SN finalnie ustanowił następujący test pozwalający ocenić konstytucyjność unormowań należących do analizowanej kategorii: 1) przepis powinien być wąsko sformułowaną regulacją służącą realizacji istotnego interesu rządowego; 2) przepis musi być możliwy do usprawiedliwienia bez odwoływania się do treści normowanej ekspresji; 3) przepis ma pozostawiać otwartymi dla autora przekazu inne, alternatywne kanały pozwalające wyrazić mu określony komunikat. Zgodnie z przyjmowaną powszechnie w amerykańskiej literaturze przedmiotu kon-

³⁸⁴ Por. S. L. Emanuel, *Constitutional law*, Larchmont 1999 – 2000, s. 454.

³⁸⁵ R. Trager, D. L. Dickerson, *Freedom of expression in the 21st century*, Thousand Oaks 1999, s. 138.

³⁸⁶ J. K. Lieberman, *The evolving Constitution: how the Supreme Court has ruled on issues from abortion to zoning*, New York 1992, s. 539.

wencją, dla uproszczenia narracji test ten nazywać będziemy „standardem TPM” (od pierwszych liter słów „time, place, manner”). Aby lepiej uświadomić czytelnikowi istotę przedmiotowych unormowań, warto przywołać w tym miejscu ustalenia Roberta M. O’Neilla, który podaje przykłady legitymowanych ustawą zasadniczą interesów urzędywistnianych przez przepisy dotyczące czasu, miejsca lub sposobu przekazu: zapewnienie przepustowości ruchu ulicznego; minimalizacja potencjalnego sporu o dostęp do określonego forum; zagwarantowanie równego prawa do korzystania z określonych urządzeń publicznych; zapewnienie porządku i bezpieczeństwa (które może być naruszone w wyniku niekontrolowanego starcia zantagonizowanych grup demonstrantów); zabezpieczenie możliwości skorzystania z instytucji użyteczności publicznej zgodnie z ich przeznaczeniem; ograniczenie nadmiernego hałasu; ochrona ładu estetycznego (sformalizowanego w normach architektonicznych bądź planach zagospodarowania przestrzennego); obrona obywateli przed oszustwami (uprawnniająca państwo np. do kontrolowania próśb o charytatywne donacje)³⁸⁷. Katalog ten nie może oczywiście pretendować do miana wyczerpującego wyliczenia. Interesy rządowe okazują się wszak – jak przekonamy się poniżej – bardzo różne w różnych kontekstach.

Standard O’Brien i standard TPM już *prima facie* zdają się pozostawać zbliżone. Obydwa testy mieszczą się w ramach „pośredniego nadzoru sędziowskiego”, a pokrewieństwo między nimi uwidocznione jest także w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w którym niejednokrotnie owe narzędzia analityczne są (mogłyby być) właściwie stosowane wymiennie, a rezultaty tej aplikacji w równym stopniu są (mogłyby być) traktowane jako podstawa danego wyroku³⁸⁸. Wystarczy przypomnieć tutaj rozstrzygnięcia SN w sprawach *Police Department of the City of Chicago vs. Mosley*, *Metromedia, Inc. vs. City of San Diego* lub też *Stany Zjednoczone vs. Albertini*, w których alternatywne odwołanie się do obydwu standardów było faktycznie bądź też potencjalnie równo-uprawnione³⁸⁹. Oczywiście przez wzgląd na pryncypia scholastycznej skrupulatności warto niekiedy podejmować uwieńczone merytorycznym powodzeniem próby wskaza-

³⁸⁷ R. M. O’Neill, *Free speech: responsible communication under law*, New York 1966, s. 49 – 54.

³⁸⁸ Por. A. Bhagwat, *The test that ate everything: intermediate scrutiny in First Amendment jurisprudence*, *University of Illinois Law Review*, 2007, s. 784, 801 i *passim*. W tym znakomitym studium autor nawołuje zresztą do „dysagregacji” standardu „intermediate scrutiny” z uwagi na wymogi doktrynalnej przejrzystości.

³⁸⁹ Wprawdzie z genetycznego punktu widzenia test O’Brien dotyczył wypowiedzi symbolicznych, to jednak – poprzez rozumowanie inferencyjne – Sąd Najwyższy uznał jego adekwatność również w odniesieniu do ekspresji o zasadniczo „lingwistycznym” charakterze (F. Schauer, *The aim and the target in free speech methodology*, *Northwestern University Law Review*, vol. 83, s. 564).

nia, który z dwóch testów jest bardziej odpowiedni w danych okolicznościach³⁹⁰. Tytułem przykładu, przepis zakazujący wznoszenia budowli o wysokości przekraczającej pięć metrów (obejmujący również billboardy) winien być rozpatrywany w oparciu o test O'Briena; z kolei przepis zakazujący w sposób skonkretyzowany budowy billboardów o wskazanym rozmiarze winien podlegać ocenie pod kątem zgodności z standardem TPM. Ze *stricte* pragmatycznego punktu widzenia prowadzenie takich rozważań jest jednak akademickim rozdzielaniem włosa na czworo, albowiem – jak wolno przypuszczać – decyzje SN byłyby w powyższych przypadkach identyczne. Niewątpliwie należy natomiast zaakcentować fakt, że podobieństwo omawianych standardów nie oznacza bynajmniej ich tożsamości. W swoich pierwotnych brzmieniach oraz konsekwencjach testy O'Briena i TPM są jednak dystynktywnie odmienne. Obydwa standardy zgodnie wymagają od analizowanej regulacji spełnienia kryterium neutralności treściowej. Na gruncie testu O'Briena, urzeczywistniany przez unormowanie interes publiczny musi posiadać charakter nieekspresyjny (m.in. zapewnienie sprawnego funkcjonowania mechanizmu poboru do wojska, uniemożliwienie podszycia się pod członka sił zbrojnych poprzez nieautoryzowane noszenie munduru, wprowadzenie instrumentów zabezpieczających przed wybuchem pożaru). Realizacja wspomnianych interesów wyłącznie incydentalnie (inaczej mówiąc, mimochodem) może implikować ograniczenie konstytucyjnej swobody ekspresji. Tymczasem w odniesieniu do norm dotyczących czasu, miejsca lub sposobu przekazu, przedmiotowy interes publiczny może mieć albo charakter nieekspresyjny (analogicznie jak w przypadku standardu O'Briena), albo ekspresyjny, ale niezwiązany z treścią ekspresji. Potencjalne restrykcje nie mogą przeto być motywowane faktem, że państwo uznaje jakieś wypowiedzi za niemoralne, obraźliwe czy nieprzyzwoite oraz, potępiając ich treść, decyduje się na wprowadzenie ograniczeń. Natomiast niewykluczone jest usprawiedliwienie prohibywnego postępowania legislatury formalnymi (nietreściowymi) składnikami wypowiedzi (czasem, miejscem lub sposobem jej przekazania), które owocują – negatywnie waloryzowanymi – tzw. drugorzędnymi skutkami (traumatyzowanie kobiet chcących przeprowadzić zabieg przerywania ciąży wskutek manifestacji przeciwników legalizacji aborcji tuż przed bramą kliniki, szkodliwy wpływ ostentacyjnie reklamujących się kin z produkcjami erotycznymi na wartość po-

³⁹⁰ Dokonanie takiego rozróżnienia nie zawsze jest proste, ale – moim zdaniem – zawsze możliwe. Teoretycznie np. norma prawna zakazująca manifestowania na terenie bazy wojskowej bez zgody jej komendanta może być równie dobrze kwalifikowana jako przestrzenne ograniczenie wolności słowa (oceniane przez pryzmat standardu TPM), jak i jako nałożenie akcydentalnego brzemienia na ekspresję, będącego specyfikacją generalnego zakazu wstępu na terytorium placówki bez uzyskania stosownego zezwolenia (podlegające ewaluacji pod kątem spełniania warunków testu O'Briena). Ponieważ jednak potencjalny demonstrant jest uprawniony do sformułowania swego komunikatu w innym miejscu (tj. poza terenem bazy), logika nakazywałaby w takim przypadku zastosowanie standardu TPM.

bliskich nieruchomości, naruszenie prywatności adresatów ekspresji przez wykorzystanie mechanizmu „pojmanego odbiorcy”, zmuszającego niezyczące sobie tego osoby do wysłuchania danego komunikatu³⁹¹ itp.).

Uprawniona jest tedy konkluzja, iż test TPM jest – pod omówionym wcześniej względem – łatwiejszy do spełnienia niż test O’Briena. Takie ukształtowanie doktryny prawnej zdaje się w pełni racjonalne, ponieważ konsekwencje pozytywnej aplikacji przez Sąd Najwyższy drugiego ze standardów mogą być znacznie drastyczniejsze. Zgodna z ustawą zasadniczą na podstawie testu O’Briena regulacja wypowiedzi może bowiem w ostatecznej instancji powodować całkowity zakaz posługiwania się określonym rodzajem ekspresji (choćby wykluczając bezwyjątkowo legalną możliwość ekspresyjnego niszczenia karty powołania do wojska). Tymczasem standard TPM zakłada, że państwu nie wolno zamknąć przed autorem przekazu alternatywnych kanałów pozwalających mu zaprezentować pożądany komunikat. Inaczej mówiąc, unormowania TPM bynajmniej nie pozbawiają obywateli uprawnienia do sformułowania identycznych treściowo wypowiedzi w innym miejscu, o innej porze bądź też w inny sposób. Podstawową różnicę pomiędzy testami jeszcze dogodniej jest zobrazować w kontekście wypowiedzi symbolicznych. Przepisy, które podlegają ocenie przez pryzmat standardu O’Briena, co do zasady regulować powinny każde wyczerpujące określone znamiona zachowanie (definiowane przez legislaturę) niezależnie od jego ekspresyjnego potencjału. Przykładowo, z prawnego punktu widzenia nie jest tu doniosłą okolicznością, czy powodem nieumyślnego i zawinionego wywołania pożaru jest ekspresyjne podpalenie portretu prezydenta czy nieekspresyjne konstytucyjnie spalenie śmieci. Odwołując się do jeszcze innej egzemplifikacji, zastosowanie spełniającej o’brienowskie kryteria normy jest prawomocne w odniesieniu do każdego przypadku celowego zniszczenia cudzego mienia (nieważne, czy zachowanie to było aktem bezrefleksyjnego wandalizmu czy też manifestacją moralnego lub politycznego sprzeciwu wobec postępowania legalnego właściciela tej rzeczy). Natomiast zakres oddziaływania regulacji TPM może dotyczyć tylko kon-

³⁹¹ Jak słusznie odnotowuje Wojciech Sadurski, pojęcie „pojmanego odbiorcy” trzeba rozumieć figuratywnie. Sytuacja ta nie zachodzi tylko w przypadku ograniczenia (lub wyeliminowania) fizycznej mobilności odbiorcy, ale również w okolicznościach, w których uniknięcie przekazu pociąga za sobą nadmierne koszty lub trudności. Zachowując generalną rezerwę co do wprowadzania przesadnej ochrony odbiorców przed niepożądanymi przez nich wypowiedziami, Sadurski traktuje jako wyjątek m.in. narażenie niechętnego widza na łatwe zetknięcie się z materiałami pornograficznymi (*idem, A right to speak and a right not to listen*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 257 – 259). Z tego też powodu regulacja dotycząca miejsca przekazu może np. wykluczać możliwość wystawiania spektaklu erotycznego pod miejskim ratuszem. W ostatnich latach podobny problem pojawił się w Polsce w kontekście wystawiania w miejscach publicznych niesłychanie drastycznych fotografii dokumentujących przebieg i konsekwencje zabiegu przerywania ciąży, które to działanie *de facto* zmuszało wielu przechodniów do zapoznania się z naprawdę szokującymi obrazami.

kretniej wypowiedzi symbolicznej. Inaczej mówiąc, unormowanie może być wprost wymierzone jedynie w pewne ekspresyjne zachowanie (jak zaobserwujemy przy analizie orzecznictwa Sądu Najwyższego w kwestii konstytucyjności prohibicji „tańczenia nago” w lokalach serwujących alkohol). W tym miejscu ponownie musimy podkreślić, że wspomniane różnice między testami wynikają z ich pierwotnych ogólnych sformułowań. Ewoluujące wyroki SN doprowadziły wszelako do daleko idącego kolapsu omawianych standardów, którego najbardziej widowym oraz brzemienym w konsekwencje przejawem jest transplantacja pojęcia „drugorzędne skutki” w obręb rozważań związanych z aplikacją testu O'Briena, dokonana właśnie w toku rozpatrywania casusu „tańca nago”. Zanim przejdziemy do przeanalizowania tych rozstrzygnięć, warto – chociażby dla celów komparatystycznych – przedstawić kilka orzeczeń, w których SN oceniał regulacje typu TPM.

1: *Young vs. American Mini Theatres*³⁹² oraz *Renton vs. Playtime Theatres, Inc.*³⁹³ – obydwie sprawy dotyczyły lokalnych planów zagospodarowania przestrzennego, które – z większą bądź mniejszą restrykcyjnością – nakazywały dyspersję lub koncentrację lokali oferujących rozrywkę dla dorosłych (m.in. kin emitujących nieobsceniczne filmy pornograficzne) oraz przestrzenne oddzielenie ich od budynków mieszkalnych, hoteli, szkół, kościołów itp. Według SN, przepisy takie konstytuują sensowną odpowiedź na szereg problemów wynikających z funkcjonowania podobnych przybytków, zabezpieczają ważne interesy społeczne niezwiązane bezpośrednio z treścią regulowanej ekspresji (ochrona jakości życia w mieście, zapobieganie przestępczości, zagwarantowanie ekonomicznej wartości nieruchomości, zapewnienie opłacalności sklepów czy placówek świadczących usługi dla ludności itp.) oraz nie eliminują całkowicie możliwości transmitowania określonych wypowiedzi (pozostawiając tym samym otwartymi alternatywne kanały komunikowania ekspresji). Sporządzający uzasadnienie wyroku w pierwszej ze spraw sędzia Stevens sformułował też – ważną w perspektywie „tańca nago” – zasadę, zgodnie z którą przypisywane [prawdopodobnie niesłusznie – Ł. M.] Wolterowi powiedzenie: „Nie zgadzam się z tym, co mówisz, ale będę do śmierci bronił twojego prawa do mówienia”, trafnie oddające aksjologię leżącą u podstaw pierwszej poprawki, odnosi się w wyrażnie mniejszym stopniu do ekspresji natury seksualnej aniżeli do wypowiedzi politycznych i filozoficznych: „Przyznajemy, że Pierwsza Poprawka nie toleruje całościowej supresji materiałów erotycznych, jeżeli posiadają one jakąś artystyczną wartość; pozostaje zarazem rzeczą oczywistą, że interes społeczny polegający na ochronie tej kategorii wypowiedzi jest zupełnie innego – i ewidentnie mniejszego – rzędu

³⁹² 427 U. S. Reports 50 (1976).

³⁹³ 475 U. S. Reports 41 (1986).

aniżeli interes wynikający z nieskrępowanej debaty politycznej, który zainspirował ponadczasowe stwierdzenie Woltera. Niezależnie od tego, czy polityczna oracja lub filozoficzna dyskusja budzi w nas zachwyt czy też pogardę, każde dziecko jest zdolne zrozumieć, dlaczego nasze zobowiązanie do ochrony wolności słowa pozostaje w obydwu sytuacjach niezmiennione. Jednakże niewielu spośród nas posłałoby swoich synów bądź córki na wojnę, aby bronić obywatelskiego prawa do oglądania «prawnie zdefiniowanych zachowań seksualnych», emitowanych w pobliskim kinie. Chociaż zatem Pierwsza Poprawka wyklucza dopuszczalność totalnego zakazu takowej komunikacji, to uznajemy, że państwo może powołać się na treść przedmiotowych materiałów jako podstawę do umiejscowienia ich w odrębnej kategorii normatywnej od innych produkcji filmowych”. W konkluzji należy ponownie zaakcentować fakt, iż – w świetle powyższych wyroków – przepisowi wymierzonemu w definiowaną przy użyciu kryterium treściowego ekspresję (np. traktującemu nieobsceniczną pornografię odmiennie od pozostałych kategorii wypowiedzi) mimo wszystko może przysługiwać atrybut neutralności w rozumieniu przewidzianym przez standard TPM³⁹⁴.

2: Bethel School District nr 403 vs. Fraser – ukaranie zwolennika kandydata do samorządu uczniowskiego za wygłoszenie podczas odbywającego się w szkole zebrania przemówienia pełnego aluzji natury seksualnej nie pozbawia sprawcy czynu praw gwarantowanych pierwszą poprawką. Z uwagi na realizowaną przez placówki oświatowe misję edukacyjną, konieczność ochrony dzieci przed niemoralnymi wpływami i obowiązek zaszczepiania uczniom wartości etycznych, wypowiedzi dopuszczalne w innych kontekstach czasowo-przestrzennych mogą podlegać represji ze strony władzy w razie formułowania ich na szczególnym forum szkoły.

3: Boos vs. Barry³⁹⁵ – sprawa dotyczyła obowiązującego w Dystrykcie Kolumbia przepisu, który zabraniał manifestowania w promieniu pięćdziesięciu metrów od zagranicznej placówki dyplomatycznej z hasłami mogącymi ściągnąć na dane państwo odium krytyki lub przyczynić się do obniżenia jego reputacji. Sąd Najwyższy stwierdził, że unormowanie stanowi dyskryminujące treściowo ograniczenie wolności słowa, podlegające testowi „strict scrutiny” (którego zresztą nie zdaje), a nie neutralną regulację miejsca przekazu. O’Connor (autorka uzasadnienia) podkreślała, że przepis odmiennie traktuje wypowiedzi w zależności od przekazywanych przez nie treści; nie jest przy tym wymierzony w drugorzędne skutki ekspresji, ponieważ pojęcie to nie obejmuje merytorycznych reakcji odbiorców przekazu, sprowokowanych przesłaniem wypowiedzi. Jak konkludowała sędzia (w raczej bezprecedensowy sposób udzielając państwu wskazó-

³⁹⁴ Zob. też City of Los Angeles vs. Alameda Books, Inc., 535 U. S. Reports 425 (2002).

³⁹⁵ 485 U. S. Reports 312 (1988).

wek, jak należy legitymizować ograniczające wolność słowa normy, aby uniknąć ich podważenia), do drugorzędnych skutków analizowanej ekspresji można byłoby potencjalnie zaliczyć spowodowanie zatłoczenia przed bramą placówki, utrudnianie wejścia i wyjścia bądź też wreszcie naruszenie procedur bezpieczeństwa. Dowiedzenie, iż zidentyfikowane treściowo wypowiedzi wywołują takowe konsekwencje, uprawomocniłoby tezę o neutralnym charakterze przedmiotowej regulacji, pozwalając Sądowi Najwyższemu ocenić ją przez pryzmat względnie łagodnego testu TPM.

4: *Frisby vs. Schultz* – ordynans miasta Brookfield zakazujący pikietowania na przeciwko lub w otoczeniu domu mieszkalnego osoby, która jest obiektem formułowanej przez demonstrantów treści, stanowi konstytucyjnie legitymowane ograniczenie dotyczące miejsca przekazu. Norma jest neutralnym treściowo środkiem mającym zapewnić urzeczywistnienie istotnego interesu publicznego, jakim jest ochrona miru domowego i prywatności. Regulacja jest równocześnie wąsko skonstruowana, albowiem eliminuje jedynie te oceniane negatywnie zachowania, które godzą we wspomniane powyżej interesy (czyli w obraźliwe lub zaburzające porządek rodzaje manifestacji skierowane przeciwko „pojmanym we własnym domu odbiorcom”). Przepisy nie pozbawiają także nikogo uprawnienia do wyrażania dowolnych – konstytucyjnie chronionych – treści poprzez posłużenie się szeroką paletą innych alternatywnych kanałów komunikacyjnych.

5: *Ward vs. Rock Against Racism*³⁹⁶ – sprawa dotyczyła regulacji, wprowadzonej przez Nowy Jork, uzależniającej *de facto* udzielenie zezwolenia na organizację plenerowego koncertu w tradycyjnie przeznaczonym do takich celów miejscu w Central Park od zgody wykonawców na posłużenie się dostarczonym przez miasto sprzętem nagłaśniającym, który obsługiwać miał wynajęty przez władze specjalista. W przekonaniu SN, przepis taki ma na celu zabezpieczenie istotnych interesów publicznych niezwiązanych z treścią ekspresji (ochrona obywateli przed nadmiernym hałasem czy umożliwienie innym osobom korzystania w warunkach relatywnego komfortu z terenu parku); jest wąsko sformułowany, albowiem – dążąc do realizacji wskazanych celów – nie nakłada na swobodę słowa restrykcji wyraźnie większych, aniżeli jest to konieczne; nie zakazując konkretnych treści, pozostawia otwartymi alternatywne kanały komunikacyjne.

6: *Burson vs. Freeman*³⁹⁷ – przepis stanu Tennessee zabraniający prowadzenia w dniu wyborów kampanii na rzecz kandydatów w odległości mniejszej aniżeli sto stóp od wejścia do siedziby komisji wyborczej nie może być traktowany jako niedyskryminujące treściowo, przestrzenne ograniczenie wolności słowa, albowiem różnicuje on prawny status wypowiedzi w zależności od jej merytorycznego charakteru. Zgodność

³⁹⁶ 491 U. S. Reports 781 (1989).

³⁹⁷ 504 U. S. Reports 191 (1992).

unormowania z pierwszą poprawką (a taka była ostatecznie konkluzja SN) jest więc uwarunkowana innymi przesłankami (np., zdaniem trzech sędziów, regulacja pozytywnie przechodziła test „surowego nadzoru sędziowskiego”). Wyrok ten znakomicie ilustruje dyferencjację poziomu ochrony ekspresji erotycznej oraz politycznej. O ile przepisowi wymierzonemu selektywnie w nieobsceniczne wypowiedzi pornograficzne może przysługiwać atrybut neutralności treściowej, o tyle wybiórcze regulowanie wyłącznie wypowiedzi politycznych praktycznie *ex definitione* dowodzi niemożności usprawiedliwienia przepisu bez odwoływania się do treści normowanej ekspresji. Niczego nie zmienia tutaj fakt, iż te ostatnie regulacje często mogą być przecież bez wysiłku teoretycznie konceptualizowane jako realizacja istotnego interesu państwowego, polegającego na zapobieganiu drugorzędnym skutkom związanym tylko z ekspresją polityczną (w przypadku analizowanego w tym miejscu unormowania, rzeczonym interesem byłoby np. zapewnienie uczciwego przebiegu wyborów).

7: *Forsyth County, Georgia. vs. The Nationalist Movement*³⁹⁸ – uzależnianie wysokości opłaty administracyjnej za uzyskanie zezwolenia na organizowanie manifestacji od przewidywanych prawdopodobnych kosztów utrzymania podczas nich porządku publicznego (które szacowane są w oparciu o analizę treści planowanych demonstracji) jest zabronionym ustawą zasadniczą różnicowaniem przysługującego obywatelom zakresu swobody ekspresji na podstawie reakcji odbiorców, a nie usprawiedliwioną próbą eliminacji drugorzędnych skutków wynikających z formułowania społecznie kontrowersyjnych bądź też politycznie bulwersujących wypowiedzi. Wyrok ten w jeszcze większym stopniu, aniżeli rozstrzygnięcie w sprawie *Burson vs. Frejman*, unaocznia daleko posuniętą dyskrecjonalność SN w definiowaniu „drugorzędnych skutków”.

8: *City of Cincinnati vs. Discovery Network, Inc.*³⁹⁹ – motywowany troską o estetykę przestrzeni miejskiej ordynans Cincinnati nakazujący usunięcie z terenów będących własnością publiczną stojaków służących do dystrybucji ulotek reklamowych nie jest neutralny treściowo, ponieważ bez stosownej racjonalizacji różnicuje ekspresję reklamową od innych kategorii wypowiedzi (nie nakazując usunięcia stojaków służących do rozpowszechniania prasy). Dyskryminacja ta uniemożliwia ponadto urzeczywistnienie zadeklarowanego celu ordynansu, a władze miejskie nie są w stanie dostatecznie uargumentować przyjęcia tak restrykcyjnego dla wolności słowa rozwiązania w kontekście rozsądnej kalkulacji wynikających zeń realnych zysków i kosztów. Na gruncie orzeczenia, jeżeli dwie kategorie wypowiedzi wywołują jednakowe drugorzędne skutki, to regulowanie wyłącznie jednej z nich w oparciu o takie usprawiedliwienie niemalże z de-

³⁹⁸ 505 U. S. Reports 123 (1992).

³⁹⁹ 507 U. S. Reports 410 (1993).

finicji jest przejawem braku neutralności treściowej (chyba że na płaszczyźnie faktualnej możliwe będzie udowodnienie, że normowana kategoria posiada szerszy negatywny zasięg).

9: *City of Ladue vs. Gilleo*⁴⁰⁰ – motywowany względami estetycznymi ordynans miasta Ladue zakazujący wystawiania na terenie własnej posesji wszelakich znaków, transparentów, tablic informacyjnych, sztandarów itp. (z wyjątkami wprost zdefiniowanymi w przepisie) w sposób pozwalający na ich dostrzeżenie z zewnątrz stanowi naruszenie klauzuli wolności słowa, gdyż pozbawia obywateli możliwości korzystania z ważnego medium służącego wyrażaniu poglądów czy emocji, dla którego praktycznie nie istnieją adekwatne alternatywne metody komunikacji.

10: *Madsen vs. Women's Health Center, Inc.*⁴⁰¹, *Schenck vs. Pro-Choice Network of Western New York*⁴⁰² oraz *Hill vs. Colorado*⁴⁰³ – w wyrokach tych Sąd Najwyższy stwierdził zgodność z klauzulą wolności słowa szeregu regulacji (przyobiekających formę bądź to postanowienia sądowego, bądź to decyzji legislacyjny) ograniczających możliwość podejmowania aktywności ekspresyjnej w określonej odległości już *to expressis verbis* od wejścia do kliniki aborcyjnej, już to od każdej placówki ochrony zdrowia. SN orzekł, iż wspomniane restrykcje stanowią nie tyle uszczuplenie wolności wypowiedzi, co ograniczenie prawa do swobodnego wyboru miejsca ekspresji. Społeczny interes usprawiedliwiający takie unormowania polega m.in. na zagwarantowaniu teraźniejszym czy przyszłym użytkownikom placówki (dotyczyło to oczywiście przede wszystkim kobiet w ciąży) nieustraszonego nadmiernie dostępu do zgodnych z prawem porad i usług medycznych (regulacje są zatem neutralne treściowo, ponieważ nie odwołują się do sformułowanego przez mówców przekazu). Jeśli proponowana strefa buforowa nie jest zbyt rozległa, to przedmiotowe normy spełniają wymóg wąskiego sformułowania. Wprowadzone zakazy nie blokują zarazem możliwości skorzystania z alternatywnych kanałów komunikacji w celu wyrażenia określonych poglądów (poczynając od demonstrowania poza wyznaczonym obszarem, poprzez wręczanie ulotek wyłącznie osobom nimi zainteresowanym, a kończąc na posługiwaniu się widocznymi z dalszej odległości materiałami graficznymi). Warto również dodać, że w przeświadczeniu SN oczywisty fakt, że wskazane regulacje w większym stopniu obciążają jedną ze stron debaty publicznej (tj. osoby sprzeciwiające się zabiegom przerywania ciąży), w najmniejszym stopniu nie rzutuje na ich niedyskryminacyjny treściowo charakter.

⁴⁰⁰ 512 U. S. Reports 114 (1994).

⁴⁰¹ 512 U. S. Reports 753 (1994).

⁴⁰² 519 U. S. Reports 357 (1997).

⁴⁰³ 530 U. S. Reports 703 (2000).

11: Stany Zjednoczone vs. Playboy Entertainment Group, Inc.⁴⁰⁴ – ustawa federalna obligująca nadawcę erotycznego kanału telewizyjnego do pełnego kodowania emitowanych programów lub transmitowania ich w porze nocnej (celem unormowania była oczywiście ochrona dzieci) stanowi nieneutralne treściowo ograniczenie wolności słowa, podlegające standardowi „strict scrutiny” (i nieprzechodzące tego surowego testu). Jak stwierdził autor uzasadnienia Kennedy, regulowane wypowiedzi są definiowane w oparciu o kryteria treściowe, a uzasadnienie normy odnosi się do pierwszorzędного skutku ekspresji, jakim jest jej wpływ na (młodych) widzów. Analiza orzeczenia skłania do poczynienia dwóch uwag istotnych w perspektywie wyroków w sprawie „tańca nago”. Po pierwsze, Sąd Najwyższy udowodnił, że nie pozostaje całkowicie indyferentny wobec ufundowanych na pierwszej poprawce roszczeń nadawców materiałów o charakterze erotycznym, związanych z uprawnieniem do ich komunikowania w szczególnych kontekstach. Po drugie, ewidentne trudności z koherentnym pogodzeniem tego orzeczenia z rozstrzygnięciami w sprawach *Young vs. American Mini Theatres* czy *Bethel School District nr 403 vs. Fraser*⁴⁰⁵ pokazują, że rozstrzygnięcia SN w sprawie regulacji typu TPM są dalekie od spójności i klarowności oraz stanowią częstokroć rezultat analiz prowadzonych *ad hoc*.

Standard TPM został także zastosowany przez Sąd Najwyższy przy ocenie uregulowania bezpośrednio ograniczającego swobodę wypowiedzi symbolicznej innej niż „taniec nago”. Z pozoru raczej trywialny casus przyniósł ostatecznie poważne konsekwencje na płaszczyźnie doktrynalnej⁴⁰⁶. Okoliczności faktyczne sprawy były względnie nieskomplikowane. W 1982 roku zaangażowana w obronę praw oraz interesów osób bezdomnych organizacja społeczna o nazwie *Community for Creative Non-Violence (CCNV)* złożyła wniosek do Służby Ochrony Parków Narodowych (NPS) o udzielenie jej (wymaganej prawnie) zgody na przeprowadzenie manifestacji w Parku Lafayette’a

⁴⁰⁴ 529 U. S. Reports 803 (2000).

⁴⁰⁵ Czyż – w świetle cytowanych słów sędziego Stevensa – niska wartość przedmiotowej ekspresji nie upoważnia ustawodawcy do umieszczenia jej w odrębnej kategorii normatywnej, jeśli istnieją ku temu racjonalne powody? Czyż troska o morale młodego pokolenia uprawomocniająca ograniczenie wolności słowa na terenie szkoły nie powinna równocześnie legitymizować zakazu nadawania jednoznacznie erotycznych programów poza porą nocną bez konieczności przejścia przezeń testu „strict scrutiny”? Czyż nieletni widz programów erotycznych nie jest – w sensie psychologicznym – wręcz paradygmatycznym przykładem „pojmanego odbiorcy”? Czyż wreszcie – co chyba najważniejsze – zasługuje na miano racjonalnego taki porządek normatywny, który pozwala ograniczać erotyczną ekspresję ze względu na możliwe zmniejszenie się wartości sąsiednich nieruchomości, a jednocześnie pozbawia państwo prawa do skorzystania z efektywnego instrumentu ochrony niedojrzałych jeszcze odbiorców przed pornograficznymi filmami? O ile odpowiedzi na powyższe pytania niekoniecznie muszą być przeczące, o tyle linia orzecznicza Sądu Najwyższego w zakresie regulacji typu TPM wydaje się ich po prostu nie dostarczać.

⁴⁰⁶ *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U. S. Reports 268 (1984).

(siedmioakrowy park ogrodowy zlokalizowany naprzeciwko Białego Domu) i na Narodowej Promenadzie (dwumilowy odcinek spacerowy prowadzący od Kapitolu do Pomnika Lincolna, zawierający szereg terenów zielonych). Demonstracja polegać miała m.in. na wzniesieniu we wspomnianych miejscach miasteczka namiotowego oraz na spędzeniu w nim nocy, aby przekonująco zobrazować i udramatyzować trudny los osób pozbawionych dachu nad głową (tak przynajmniej argumentowała CCNV). W odpowiedzi na żądania organizacji administracja parków narodowych zezwoliła na budowę miasteczka oraz na podjęcie przez manifestujących aktywności ekspresyjnej w ciągu dnia; odmówiła natomiast zgody na spędzenie przez demonstrantów nocy na sugerowanym przez nich terenie. Podstawę prawną dla takiego rozstrzygnięcia stanowiła regulacja NPS zabraniająca kempingu (którego szeroka definicja legalna obejmowała m.in. „spanie” oraz „przygotowywanie się do snu”) na obszarze parków narodowych poza miejscami specjalnie przeznaczonymi do takowych celów. CCNV odwołała się od rzezzonej decyzji do sądu, argumentując, iż odmowa udzielenia zgody uszczupliła konstytucyjną wolność słowa przyszłych manifestantów poprzez pozbawienie ich możliwości swobodnego posłużenia się wypowiedzią symboliczną, którą w tym kontekście nie było nic innego, jak po prostu spanie. Sąd dystryktowy nie podzielił stanowiska organizacji. Z kolei sąd apelacyjny (w wyniku długiej debaty i w warunkach braku konsensusu) uchylił owo orzeczenie i stwierdził, że działania administracji naruszały pierwszą poprawkę. Sprawa trafiła ostatecznie do Sądu Najwyższego, który stosunkiem głosów 7 do 2 nie zaakceptował wyroku zapadłego na szczeblu apelacyjnym. Uzasadnienie orzeczenia sporządził White (podpisali się pod nim bez zastrzeżeń Blackmun, Powell, Rehnquist, Stevens oraz O'Connor); lapidarne – choć emocjonalne – uzasadnienie wspierające oparte na odmiennej argumentacji przedstawił Burger; Marshall sformułował natomiast zdanie odrębne (do którego przyłączył się także Brennan).

Ustalenie, czy regulacja naruszała w tych partykularnych okolicznościach wolność słowa, wymagało w pierwszej kolejności określenia statusu przedmiotowego zachowania z punktu widzenia pierwszej poprawki⁴⁰⁷. Sąd Najwyższy jedynie fragmentarycznie postąpił tu zgodnie z dobrze utrwaloną doktrynalnie – jeśli nie jurydycznie – tradycją, nakazującą rozpoczęcie rozpatrywania spraw dotyczących ekspresji symbolicznej od wnikliwego rozpoznania właściwości postępowania będącego przedmiotem danej kontrowersji. Z jednej strony White niewątpliwie podtrzymał stanowisko o konieczności dokonywania rozróżnień w sprawach związanych z pierwszą poprawką między zachowaniem a słowem⁴⁰⁸. Sędzia powołał się *expressis verbis* na standard Spence'a oraz

⁴⁰⁷ Por. N. A. Robinson, *Environmental regulation of real property*, New York 2006, s. 7 – 15.

⁴⁰⁸ S. M. Kauffman, *Speech/conduct distinction and First Amendment protection of begging in the subways*, *Georgetown Law Journal*, vol. 79, s. 1823.

podkreślił, że co do zasady to na stronie utrzymującej, że jej prawa obywatelskie zostały pogwałcone, spoczywa obowiązek udowodnienia ekspresyjnego charakteru zachowania. Według White'a, przyjęcie poglądu o domniemanej ekspresyjności każdego czynu nie ma konstytucyjnej legitymacji⁴⁰⁹. Z drugiej jednak strony sędzia okazał się dość przychylnie nastawiony do roszczenia CCNV o uwzględnienie przy rozpoznawaniu sprawy perspektywy pierwszej poprawki. Nie wynikało to bynajmniej z *imperio rationis* organizacji. White zrezygnował tu bowiem z dogłębnej analizy cech spania w parku narodowym pod kątem choćby testu Spence'a oraz zaakceptował *a priori* tezę o jego ekspresyjnym wymiarze. Ujęcie takie z pewnością przyczyniło się do znacznego zamazania konturów terminu „słowo” w jurysprudencji SN⁴¹⁰. O ile stwierdzenie, jakoby Sąd Najwyższy *implicite* zakwestionował w uzasadnieniu dychotomię słowo/zachowanie, wydaje się zbyt daleko idące⁴¹¹, o tyle z całą pewnością zagadnienie takiej separacji nie było już na jego gruncie sprawą kluczową (niejednokrotnie również dyspozytywną dla dalszej treści wyroku). Podstawową determinantą orzeczenia stała się natomiast kwestia charakteru czy też właściwości kwestionowanego działania organów państwa⁴¹². Posunięcie to bez wątpienia doprowadziło do częściowego upodobnienia się konstytucyjnego statusu wypowiedzi niewerbalnych oraz „pure speech” i do pewnego dowartościowania ekspresji symbolicznej⁴¹³. Z tej zmiany paradygmatu nie należy jednakowoż wyprowadzać przesadnie radykalnych konkluzji. Zgadzam się bowiem z Frederickiem Schauerem, który podejrzewa, że podział ekspresji na werbalną i niewerbalną odegrał przy rozpatrywaniu analizowanej sprawy rolę większą, aniżeli może się to na pierwszy rzut oka wydawać. Nie można nawet wykluczyć, że ostatecznie negatywne dla CCNV rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego byłoby odmienne, gdyby organizacja próbowała przedstawić swój punkt widzenia w kwestii bezdomności w USA w bardziej tradycyjny sposób, bliższy klasycznemu pojmowaniu ekspresji⁴¹⁴. Co więcej, stanowisko White'a w konsekwencji mogło spowodować (i spowodowało) generalne obniżenie poziomu ochrony przysługującego bardziej oczywistym formom wypowiedzi symbolicznych po-

⁴⁰⁹ Por. H. M. Friedman, *Why do you speak that way? – symbolic expression reconsidered*, Hastings Constitutional Law Quarterly, vol. 15, s. 589.

⁴¹⁰ Por. A. Scalia, *A house with many mansions: categories of speech under the First Amendment*, [w:] *The Constitution, the law and freedom of expression 1787 – 1987*, ed. by J. B. Stewart, Carbondale 1997, s. 17.

⁴¹¹ H. M. Friedman, *op. cit.*, s. 591.

⁴¹² Zob. W. J. Burnett, *Wisconsin v. Mitchell: First Amendment fast-food style*, Temple Political & Civil Rights Law Review, vol. 4, s. 396.

⁴¹³ Por. K. L. Donabedian, *Flag desecration entitled to freedom of speech protection*, Suffolk University Law Review, vol. XXVI, s. 234 – 235.

⁴¹⁴ F. Schauer, *Intentions, conventions, and the First Amendment: the case of cross-burning*, The Supreme Court Review, 2003.

przez niejako naturalnie wynikające zeń rozluźnienie interpretacji standardów zabezpieczających wolność słowa. Identyczne umiejscowienie spania w parku i chociażby noszenia czarnych opasek na ramieniu w kontekście ustawy zasadniczej właściwie zawsze oznaczać będzie redukcję, a nie spotęgowanie, protekcyjnej siły pierwszej poprawki.

Jak zapewne zdążył się zorientować każdy czytelnik książki, osobiście jestem pozytywnie usposobiony wobec roszczeń prawnych zmierzających do możliwie jak najszerszej wykładni klauzuli wolności słowa w odniesieniu do zachowań niewerbalnych. Mimo tegoż nastawienia, white'owska konceptualizacja spania w parku jako wypowiedzi symbolicznej budzi w moim przekonaniu usprawiedliwione kontrowersje. Po pierwsze, powiązanie pomiędzy treściowym przekazem ekspresji a reprezentującym je zachowaniem jest w tym przypadku wyraźnie mniej bezpośrednie aniżeli przy paleniu krucyfiks, profanacji flagi państwowej, finansowaniu partii politycznej czy noszeniu określonego ubioru (np. kojarzonego z subkulturą młodzieżową). Po drugie, fakt spania na obszarze parku narodowego sam w sobie nie komunikuje obserwatorom niczego konkretnego na temat losu bezdomnych. Po trzecie, wątpliwe jest spełnianie przez to zachowanie drugiego warunku testu Spence'a, albowiem odbiorca przekazu nie jest przecież generalnie w stanie odróżnić spania ekspresyjnego od nieekspresyjnego. Odmowa traktowania przedmiotowego zachowania jako ekwiwalentu „słowa” w rozumieniu konstytucji stanowiła podwalinę uzasadnienia wspierającego sporządzonego przez Burgera. Prezes SN już na etapie posiedzenia niejawnego dał klarownie do zrozumienia, iż w jego mniemaniu powoływanie się przez CCNV na pierwszą poprawkę jest wytaczaniem argumentów frywolnych, absurdalnych oraz niezastługujących na poważną analizę⁴¹⁵. Przyznając, że manifestantom przyświecać miała intencja ekspresyjna, sędzia wskazywał jednocześnie, iż istnienie takiego zamiaru nie powinno przesądzać o uznaniu spania w parku za słowo w sensie przyjmowanym przez konstytucję. W jego ocenie, używanie pierwszej poprawki jako tarczy chroniącej podobne postępowanie jest jedynie szkodliwą trywializacją klauzuli wolności słowa. Nie będąc bynajmniej szczególnym admiratorem linii orzeczniczej Burgera, sądzę, że jego pogląd należy z wyłuszczonej wyżej powodów uznać za zasadny. Warto zarazem dodać, że logicznym następstwem uzasadnienia White'a jest w gruncie rzeczy przyznanie, że praktycznie każdy czyn zawierający chociażby najdrobniejszy składnik ekspresyjny konstituuje wypowiedź symboliczną⁴¹⁶ (co oczywiście pociąga za sobą szereg negatywnych skutków dla zakresu swobody sło-

⁴¹⁵ B. Schwartz, *Freedom of speech*, [w:] *The Burger Court: counter-revolution or confirmation?*, ed. by *idem*, New York – Oxford 1998, s. 101 – 102.

⁴¹⁶ Por. W. A. Donohue, *Twilight of liberty: the legacy of ACLU*, New Brunswick 2009, s. 190.

wa⁴¹⁷). Przykładowo, nietrudno bronić w oparciu o omawiany wyrok supozycji, jakoby samo prowadzenie badań naukowych (nie publikowanie ich wyników, ale fizyczne eksperymentowanie) także mieściło się w sferze oddziaływania pierwszej poprawki, a wszystkie obowiązujące w tym kontekście ograniczenia natury etycznej musiały przejść test zgodności z klauzulą wolności słowa⁴¹⁸. Jak konkluduje Hadley Arkes, dla niezaangażowanego obserwatora planowana demonstracja była wyłącznie wywoływaniem nieporządku na terenie parku narodowego, które dodatkowo mogło wpłynąć ujemnie na bezpieczeństwo Prezydenta. Według autora, relewantne zachowanie nie różniło się substancjalnie od świadomego przejechania samochodem na czerwonym świetle w celu oprostowania słabej przepustowości ruchu czy nadmiernego ograniczania przez kodeks drogowy wolności podróżowania. Arkes przywołuje również z aprobatą stwierdzenie jednego z sędziów orzekających w niższej instancji, który dostrzegł pełną analogię między żądaniem CCNV a ewentualnym roszczeniem o prawo do nocowania w parku narodowym wysuniętym przez turystów pragnących skrytykować wysokie ceny obowiązujące w stołecznych hotelach. Komentator podkreśla także, iż podobne roszczenia są *de facto* samounieważniające się. Jeśli bowiem usankcjonować wynikające rzekomo z pierwszej poprawki uprawnienie określonych grup do wyrażania swoich poglądów w taki sposób, to należy równocześnie potraktować z tą samą receptywnością (choćby w imię zawartego w czternastej poprawce do konstytucji zapisu o „równej opiece prawnej”) analogiczne żądania innych zbiorowości. Tym samym ekspresyjne prawa poszczególnych grup będą w praktyce wzajemnie się niwelować⁴¹⁹. Teza ta wydaje się słuszna. O ile np. spalenie krucyfiks, flagi państwowej czy karty powołania do armii w żaden sposób nie redukuje wolności słowa pozostałych uczestników rynku idei (którzy mogą podjąć polemikę czy zaangażować się w debatę na równych – przynajmniej formalnie – prawach), o tyle równowaga taka nie istnieje w przypadku spania w parku narodowym. Zakwalifikowanie tego ostatniego zachowania jako słowa nie tylko zatem banalizuje klauzulę wolności wypowiedzi, ale także nadmiernie i niepotrzebnie relatywizuje wynikające z niej uprawnienia jednostek.

⁴¹⁷ Por. D. M. Beatty, *Human rights and judicial review: a comparative perspective*, Dordrecht 1994, s. 75 – 76.

⁴¹⁸ Zob. M. Lewis, *Age of human cloning and the constitutional crisis that may result*, *Journal of Law & Family Studies*, vol. 6, s. 176. W tym miejscu można zresztą przytoczyć bardziej obrazowe przykłady. Pogląd White’a zdaje się np. implikować konieczność uwzględniania perspektywy narzucanej przez pierwszą poprawkę przy ocenie konstytucyjności wymierzenia kary – na podstawie generalnego przepisu – osobie oddającej mocz na płot okalający Biały Dom, jeśli czyn ten wyrażać miał dezaprobatę wobec politycznych przedsięwzięć prezydenta.

⁴¹⁹ H. Arkes, *Natural rights and the right to choose*, Cambridge 2002, s. 143 – 144.

Stanowisko White'a zostało jednak również podważone niejako z drugiej strony. Według Marshalla, pogląd prezentowany przez większość SN zapoznawał fundamentalne właściwości planowanego przez CCNV zachowania, które upoważniają je do skorzystania z protekcyjnych atrybutów pierwszej poprawki. Sędzia przekonywał, że ekspresyjne roszczenia organizacji nie zasługują na wyniosłe zbycie, którego wyrazem jest odmowa wnikliwej analizy istoty spania w parku narodowym jako elementu politycznej manifestacji i zastąpienie jej domniemaniem o symbolicznym charakterze postępowania. Członkowie CCNV nie próbują przecież „wyłudzić od państwa niezаслужonego przywileju”, ale chcą wypowiedzieć się w sprawach publicznych. Dokonana przez White'a bagatelizacja problematyki prowadzi w rezultacie do zignorowania ich konstytucyjnej argumentacji. Marshall dowodził, że deklarowanym celem demonstrantów było odtworzenie – na forum publicznym⁴²⁰ – realiów bezdomności i uświadomienie obywatelom skali związanych z nią uciążliwości, powodujących nawet zagrożenie życia dotkniętych tym nieszczęściem osób. Decyzja o nocowaniu w zimie pod gołym niebem (w dodatku w pobliżu majestatycznej rezydencji Prezydenta), kontekst politycznej demonstracji, satyryczne nazwy nadane miasteczkom namiotowym („Wioska Kongresowa” oraz „Reaganville”) – wszystkie te czynniki przesądzą o spełnianiu przez planowane działanie pierwszego warunku standardu Spence'a. Wedle sędziego, istniało także duże prawdopodobieństwo, że „polityczne znaczenie spania w parku będzie zrozumiane przez odbiorców”. Dotyczy to tak zwykłych obywateli, jak i mediów, które planowały relacjonować demonstrację. Zdolność rozpoznania ekspresyjnego potencjału manifestacji wynika z „nadzwyczajnej adekwatności zachowania manifestujących do społecznego problemu, który pragnęli uwypuklić”. Cytując pismo procesowe pełnomocnika CCNV, Marshall wskazywał, że „przez uczynienie spania integralnym składnikiem protestu, podsądni mogli wyrazić swoimi ciałami tragedię [bezdomnych – Ł. M.], fizycznie unaoczniając obojętność, w której wyniku [bezdomni – Ł. M.] cierpią, z dokładnością nieosiągalną nawet dla Dickensa”. Sędzia stwierdził zarazem, że choć w normalnych sytuacjach spanie jest biologiczną koniecznością i normalną częścią rozkładu dnia, a nie wehikułem dla wyrażania poglądów, to w szczególnym kontekście może być użyte jako nowatorska metoda komunikacji. Przypominając *casus Brown vs. Louisiana*, Marshall przekonywał, iż stanie w bibliotece także nie posiada zazwyczaj wiele wspólnego z formułowaniem wypowiedzi, co nie przeszkodziło SN w zakwalifikowaniu tego zachowania w placówce operującej zgodnie z regułami segregacji rasowej jako ekspresji (jego symboliczny charakter był również rozpoznawalny dla przeciętnego obserwatora). Sędzia nie zaprzeczał,

⁴²⁰ Sędzia przypominał w tym kontekście, że zarówno Park Lafayette'a, jak i Narodowa Promenada były w przeszłości „miejscami najgłośniejszych manifestacji politycznych w amerykańskiej historii”.

że przyjęcie proponowanego przezeń paradygmatu wiąże się z rozszerzeniem pola oddziaływania pierwszej poprawki na takie zachowania, jak choćby motywowany względami politycznymi terroryzm, ale nie postrzegając rzeczonożego rezultatu jako źródła poważnych napięć w doktrynie prawa konstytucyjnego⁴²¹. Marshall nie negocjował przy tym całkowicie możliwości zaistnienia niebezpieczeństwa polegającego na podszyciu się przez osoby pragnące po prostu z tych lub innych powodów spędzić noc na terenie parku narodowego pod ludźmi autentycznie chcących wyrazić tym zachowaniem polityczne stanowisko. W ocenie sędziego, problem ten jest jednakowoż faktycznie iluzoryczny, a państwo ma pełne prawo weryfikować prawdziwość podawanych przez obozowiczów motywów podjęcia przedmiotowej aktywności.

W literaturze przedmiotu można odnaleźć wiele pochlebnych dla marshallowskiego ujęcia ocen. Jak pisze np. David S. Allen, „większość Sądu sprytnie ominęła podstawowy dylemat, któremu należało stawić czoła w analizowanych okolicznościach: czy spanie – w kontekście manifestacji CCNV – jest wartościową dla demokratycznego społeczeństwa praktyką dyskursywną”? Rezygnacja z rozważenia tej kwestii ułatwiła Sądowi Najwyższemu rozpatrywanie żądań organizacji przez pryzmat efektywności i skutecznego zarządzania z pominięciem spraw etyczno-politycznych, co doprowadziło ostatecznie do odrzucenia roszczenia CCNV. Według Allena, spanie w parku stanowiło w omawianym kontekście komentarz na temat aktualnych problemów społecznych. Jeśli intencja działających jest jedną z głównych determinant konstytucyjnego statusu danego postępowania, to planowana demonstracja – będąca *de facto* zaproszeniem odbiorców przekazu do uczestnictwa w debacie – bez wątplenia konstituowała „spanie-mowę”⁴²². Z kolei Edwin B. Firmage, Michael J. Duncan i J. Kevin Murphy są zwolennikami potraktowania zamierzonego zachowania jako słowa, gdyż miało ono na celu wyrażenie niezadowolonia z polityki rządu. W tej partykularnej sytuacji posłużenie się niewerbalnym symbolizmem przyciągnęłoby uwagę odbiorców i zwiększyłoby ich zainteresowanie losem bezdomnych, nie różniąc się zasadniczo od przekazu werbalnego, także będącego wyłącznie symbolem „głębszych nieartykułowanych znaczeń, które niezgrabnie staramy się przybliżyć przy użyciu słów”. Rozpoznanie *expressis verbis* przez SN tych właściwości demonstracji musiałoby pociągnąć za sobą udzielenie jej całościowej ochrony konstytucyjnej⁴²³. Na jeszcze inny aspekt zagadnienia zwraca uwagę Burt Neuborne,

⁴²¹ Regulacje penalizujące podobne zachowania bez trudu przeszłyby test „surowego nadzoru sędziowskiego”.

⁴²² D. S. Allen, *Democracy, Inc.: the press and law in the corporate rationalization of public sphere*, Champaign – Urbana 2005, s. 135 – 136.

⁴²³ E. B. Firmage, M. J. Duncan, J. K. Murphy, *The shanties, symbolic speech, and the public forum: ramshackle protection for free expression?*, Utah Law Review, 1990, s. 513.

którego zdaniem spanie winno być uznane za wypowiedź, albowiem jest dostępną powszechnie metodą ekspresji, pozwalającą wyrazić swoje stanowisko osobom dysponującym jedynie własnymi ciałami⁴²⁴. Argumenty te nie wydają się jednak dostatecznie przekonujące w świetle ujętej całościowo specyfiki zamierzonego przez CCNV działania.

Wyjściowa klasyfikacja planowanego przez demonstrantów zachowania jako mieszczącego się w obszarze zainteresowania klauzuli wolności słowa sama w sobie nie przesądzała jeszcze oczywiście o charakterze decyzji NPS oraz o standardzie orzecznictwym, który winien zostać zastosowany do jej prawnej ewaluacji. Teoretycznie możliwe były tutaj dwa rozwiązania. Sąd Najwyższy mógł bowiem potraktować regulację bądź to jako restrykcję dotyczącą zasadniczo zachowań i jedynie akcydentalnie obciążającą praktyki ekspresyjne, bądź to jako ograniczenie typu TPM. Rozstrzygnięcie rzeczzonego dylematu uzależnione było od konkluzji wynikających z bardziej precyzyjnego dookreślenia specyfiki spania w parku narodowym w analizowanym kontekście. Jeżeli zachowanie to było tylko sposobem przekazu, pozwalającym na efektywne komunikowanie politycznego stanowiska, ułatwiającym transmisję poglądów oraz oderwanym bezpośrednio od treściowego elementu wypowiedzi, to właściwym narzędziem analitycznym byłby niewątpliwie test TPM; jeżeli natomiast stanowiło „zbiorowe odtworzenie podstawowej rzeczywistości bycia bezdomnym”, to poprawnym wyborem byłoby odwołanie się przez SN do standardu O'Briena⁴²⁵. Jednak z czysto pragmatycznego punktu widzenia dokonanie takiej selekcji miało, w zgodnej ocenie wszystkich sędziów, nie rodzić większych konsekwencji. Jak pisał bowiem White (a potwierdzał Marshall), standardy O'Briena i TPM są do siebie „bardzo zbliżone, jeśli nie wręcz identyczne”. Jak słusznie konstatuje David S. Day, takowe podejście oznaczało formalną już hybrydyzację obydwu testów, prowadzącą w efekcie do drastycznego osłabienia siły protekcyjnej standardu O'Briena przez zmniejszenie rygoryzmu jego trzeciego warunku. Napisanie przez White'a tych kilku słów, pozostających na marginesie w stosunku do głównej części wyводу, oznaczało bowiem, że na gruncie testu O'Briena walor zgodności z konstytucją będzie przysługiwał unormowaniu wymierzonemu *expressis verbis* (wyłącznie lub niewyłącznie) w wypowiedź symboliczną, jeżeli możliwe będzie jego usprawiedliwienie bez odwoływania się do treściowej warstwy wypowiedzi⁴²⁶ (np. wystąpieniem durnych skutków). Precedens ten odegra ważną rolę w kontekście wyroków Sądu

⁴²⁴ Pogląd Neuborne'a przytaczam za: F. N. Lovett, *National parks: rights and the common good*, Lanham 1998, s. 23 – 24. Zob. również np. S. Braman, *Information and socioeconomic class in U. S. constitutional law*, [w:] *Communication and law...*, s. 175.

⁴²⁵ H. M. Friedman, *op. cit.*, s. 594.

⁴²⁶ D. S. Day, *The incidental regulation of free speech*, University of Miami Law Review, vol. 2, s. 518 – 519.

Najwyższego w sprawie „tańca nago”. W każdym razie sędzia White stwierdził ostatecznie, iż decyzja NPS jest prawomocna z obydwu perspektyw. Sędzia przypominał (w dość lakonicznym tonie), iż państwo ma prawo regulować „zazwyczaj nieekspresyjne postępowanie” (jak wypas zwierząt, polowanie, hazard, odpalanie fajerwerków czy też oddawanie moczu), nawet jeżeli w konkretnym przypadku działającemu podmiotowi przyświeca intencja komunikacyjna. W przeświadczeniu White’a, administracja parków narodowych posiada konstytucyjną kompetencję do wydawania wskazanych decyzji; odmowa zezwolenia na przedmiotową formę manifestacji realizuje ważny interes publiczny o charakterze nieekspresyjnym; decyzja nie uszczupla praw wynikających z pierwszej poprawki w stopniu większym, aniżeli jest to uzasadnione. *Summa summarum*, sędzia skoncentrował się jednak na rozpatrzeniu zgodności decyzji ze standardem TPM. White argumentował bowiem, że spanie w tych okolicznościach, zawierając komponent ekspresyjny, pełni przede wszystkim funkcję ułatwiającą (*facilitative*) manifestującym komunikowanie poglądów (skłaniając osoby bezdomne do partycypowania w demonstracji). Postępowanie owo jest zatem w swojej istocie raczej sposobem demonstrowania (podobnie jak może nim być gotowanie, rozpalenie ognisk czy nawet kopanie w ziemi) aniżeli jej treściowym elementem. Uprawniony jest tedy wniosek, że dla White’a spanie nie konstituowało integralnej części protestu CCNV⁴²⁷. Posługując się formułą arystotelesowską, czyn ten jest w przeważającym zakresie pustą formą (tj. sposobem wyrażenia poglądów), której treść zostaje nadana dopiero w konkretnym akcie komunikacji w zgodzie z wolą podmiotu działającego. Taka konkluzja była oczywiście nie do zaakceptowania dla Marshalla, którego zdaniem instrumentalna funkcja spania w parku w żadnym stopniu nie redukuje jego wartości ekspresyjnej⁴²⁸. Istotę konstatacji Marshalla dobrze zdaje się oddawać pogląd Williama E. Lee, w którego przekonaniu decyzja NPS nie była wyłącznie ingerencją w fizyczne atrybuty demonstracji, lecz w sam rdzeń przekazu. Sąd Najwyższy pozbawił bowiem CCNV autonomii w zakresie wyboru środka komunikacji wskutek niedoceny wagi owego medium dla treści ekspresji⁴²⁹. Niezależnie od rozdziału racji w powyższym sporze, znacznie ważniejsze wydają się skutki zwycięstwa optyki White’a dla przyszłych spraw dotyczących ochrony

⁴²⁷ Por. G. R. Stone, *The selective activism of the Burger Court*, American Bar Association Journal, vol. 72, s. 12.

⁴²⁸ Obydwa aspekty zachowania są zatem od siebie konceptualnie niezależne. Co więcej, ułatwiające zachowanie pozostające w ścisłym funkcjonalnym związku z aktywnością ekspresyjną zasługuje *per se* (zdaniem Marshalla) na ochronę pierwszej poprawki. Ponieważ zezwolenie na zaśniecie w parku umożliwiłoby demonstrantom manifestowanie przez 24 godziny na dobę (na co uzyskali stosowną zgodę ze strony NPS), bagatelizowanie ekspresyjnego znaczenia przedmiotowego zachowania nie znajduje usprawiedliwienia.

⁴²⁹ W. E. Lee, *Speaking without words: the First Amendment doctrine of symbolic speech and the Supreme Court*, Columbia – VLA Journal of Law and Arts, vol. 15, s. 508 – 509, 511.

wypowiedzi symbolicznych. Jego podejście uprawomocniło bowiem próby rozbioru zachowań ekspresyjnych na części składowe oraz klasyfikowanie ich w oparciu o kryterium większego czy mniejszego nasycenia elementami komunikacyjnymi (np. w kontekście „tańca nago” Sąd Najwyższy zdecydował się oddzielić ekspresyjny taniec od nieekspresyjnej nagości).

Przejdźmy teraz do omówienia dokonanej przez obydwu sędziów aplikacji standardu TPM we wskazanych okolicznościach. Rozpocznijmy od prezentacji uzasadnienia White'a, który uznał decyzję administracji parków narodowych po prostu za spełniające zdroworozsądkowe wymogi ograniczenie sposobu komunikacji. Można sądzić, iż podstawowym wyznacznikiem tak rozumianej racjonalności rozstrzygnięcia NPS było zdiagnozowanie spornego fragmentu planowanego protestu jako działania generalnie niekompatybilnego z aktywnością normalnie podejmowaną przez jednostki w danym miejscu i w danym czasie⁴³⁰. Trudno nie zgodzić się z tezą, że uzasadnienie White'a, *in abstracto* afirmujące wolność słowa, *in concreto* odniosło się do roszczeń CCNV bez szczególnego entuzjazmu⁴³¹ (eufemistycznie rzecz ujmując). Wyrok bez wątpienia charakteryzował się bowiem daleko posuniętą deferencją wobec twierdzeń NPS oraz potwierdzał jej szerokie regulacyjne kompetencje odnośnie do zachowań (ekspresyjnych i nieekspresyjnych) gości czy koncesjonariuszy, które zagrażają substancji parku⁴³². Ujęcie to wywołało krytykę części komentatorów, upatrujących w nim zgody na udzielenie strukturom biurokratycznym, chętnie uzurpującym sobie w niekonstytucyjny sposób funkcje judykatury, ultymatywnego uprawnienia do determinowania wynikającego z pierwszej poprawki zakresu wolności słowa obywateli⁴³³. W każdym razie, w przekonaniu White'a decyzja administracji ma na celu ochronę ważnego interesu publicznego, który sędzia w różnych partiach orzeczenia definiował już to jako utrzymanie parków narodowych w „atrakcyjnej i nietkniętej kondycji”, już to jako zapobieganie ich niszczeniu, już to jako umożliwienie korzystania z nich milionom ludzi. Trudno oprzeć się wrażeniu, iż sędzia potraktował to zagadnienie bardzo ogólnikowo⁴³⁴. Taka identyfikacja

⁴³⁰ Por. J. J. Seibring, *If it's not too much to ask, could you please shut up?*, Southern Illinois University Law Journal, vol. 20, s. 207.

⁴³¹ Takie stanowisko zajmują np. D. A. Yalof, K. Dautrich, *The First Amendment and the media in the court of public opinion*, New York 2002, s. 58.

⁴³² R. B. Keiter, *National Park protection: putting the Organic Act to work*, [w:] *Our common lands: defending the National Parks*, ed. by D. J. Simon, Washington 1988, s. 76.

⁴³³ Por. J. Denvir, *Democracy's Constitution: claiming the privileges of American citizenship*, Champaign – Urbana 2001, s. 25.

⁴³⁴ Wydaje się, iż najważniejsze znaczenie posiadały dla White'a argumenty natury estetycznej. Tymczasem, jak słusznie odnotowuje Debra J. van Mark, uznanie trosk estetycznych za ważny interes publiczny łatwo może wywrzeć doprawdy dewastujący wpływ na siłę protekcyjną pierwszej poprawki. Wyrok SN stanowi zatem niebezpieczny precedens legitymizujący po-

interesu publicznego pozwoliła White'owi zakwalifikować regulację jako neutralną treściowo. Zarówno generalny zakaz kempingu, jak i jego aplikacja do manifestacji CCNV nie są związane z brakiem państwowej akceptacji dla formułowanego tym sposobem przekazu. Sędzia podkreślał równocześnie, że – zgodnie z wymogami testu TPM – decyzja NPS faktycznie przyczynia się do urzeczywistnienia wskazanych interesów, spełniając tym samym warunek instrumentalnej racjonalności⁴³⁵. White wskazywał, że organizowanie kempingów w parku narodowym fundamentalnie godzi w zidentyfikowane przezeń dobra publiczne. Sędzia przyznawał równocześnie, iż samo spanie w parku nie konstytuuje najbardziej destrukcyjnego dla Parku LaFayette'a i Narodowej Promenady elementu planowanej demonstracji, a płynące z jego zakazania korzyści – w obliczu następstw całościowo ujmowanej manifestacji – nie będą przesadnie znaczące. Sugerował jednak niedwuznacznie, że test konstytucyjności pomyślnie przesłaby także surowsza decyzja NPS, zabraniająca w ogóle wznoszenia na terenie parków miasteczek namiotowych i prowadzenia tam całonocnego czuwania. Fakt ten implikował (na podstawie inferencji *a maiori ad minus*) dopuszczalność wprowadzenia mniej dolegliwego dla CCNV zakazu kempingu. Jak konkludował White, jeżeli władze publiczne są uprawnione do podejmowania działań zapewniających adekwatną ochronę substancji parków narodowych, a cel ten byłby w większym stopniu narażony na niebezpieczeństwo w razie braku stosownych regulacji delegalizujących kemping, to przedmiotowe zakazy mieszczą się w granicach, które wyznacza standard TPM (nawet jeśli można teoretycznie wykonypować „mniej niezgrabne” czy „doskonalsze” sposoby realizacji wskazanego zadania). Sędzia argumentował ponadto, że marginalna użyteczność rozstrzygnięcia NPS nie powinna być całkowicie lekceważona, gdyż decyzja prowadzi w konsekwencji do złagodzenia uciążliwych skutków demonstracji wskutek faktycznego ograniczenia

tencjalne decyzje społeczności ograniczające indywidualną swobodę ekspresji w imię tak bardzo subiektywnej wartości, jaką jest estetyka danego miejsca. Imperatywem dla Sądu Najwyższego powinno być w tym kontekście sformułowanie jasnych standardów w tej materii oraz klarowne nakreślenie „konturów ekspresji i estetyki”. Tymczasem SN – wskutek przyjęcia domniemania o ekspresyjnym potencjale spania w parku narodowym – najpierw „skonstruował słomianego człowieka – spanie jako słowo – a następnie bez trudu przewrócił go” jednym pociągnięciem pióra, używając do tego celu dalece nieprecyzyjnych pojęć. W rezultacie wspomnianych działań wolność wypowiedzi symbolicznych została dość bezwzględnie podporządkowana estetycznym preferencjom, a Sąd Najwyższy nawet nie usiłował dokładnie wyważyć społecznego znaczenia obydwu interesów, [w:] *idem, Camping on First Amendment rights: Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984), *Land & Water Law Review*, vol. 22, s. 572.

⁴³⁵ Zob. F. M. Gedicks, *An unfirm foundation: the regrettable indefensibility of religious exceptions*, *University of Arkansas at Little Rock Law Journal*, vol. 20, s. 573; P. M. Garry, *Wrestling with God: the Court's tortuous treatment of religion*, Washington 2006, s. 193; R.G. Wright, *The unnecessary complexity of free speech law and the central importance of alternative speech channels*, *Pace Law Review*, vol. 9, s. 62; J. P. Schilleci, Jr., *A local ordinance restricting appearing nude in public places is a valid restriction on expression*, *Cumberland Law Review*, vol. 31.

jej charakteru, zakresu i czasu trwania. Co więcej, White zalecał też przyjęcie perspektywy zorientowanej na przyszłość. Jak pisał, regulacja zapobiega sytuacji, w której pojawią się „inne grupy żądające pozwoleń na komunikowanie określonego przekazu poprzez kemping [...] Roszczenia niektórych zbiorowości z pewnością miałyby wiarygodność równą wysuwany przez CCNV [...] Wskutek wprowadzenia zakazu [...] przynajmniej część z całodobowych manifestacji nie zostanie przeprowadzona, a inne będą ograniczone liczbowo i czasowo. Tym samym cele regulacji zostaną materialnie zrealizowane”. Inaczej mówiąc, SN stwierdził, że skoro podstawa normatywna decyzji NPS jedynie incydentalnie obciąża wolność słowa (ogromna większość osób pragnących przenocować w parku narodowym nie kieruje się wszak żadnymi motywami ekspresyjnymi), to w konstytucyjnych rachubach należy nie tylko uwzględnić konkretny kontekst planowanej demonstracji CCNV, ale także wziąć pod uwagę (przy bilansowaniu wagi interesów publicznych i swobody wypowiedzi) „wszystkie przyszłe, korzystne przypadki zastosowania generalnej reguły” do innych (w tym też nieekspresyjnych) zachowań⁴³⁶. Melissa Wellis-Petry słusznie pisze więc, iż White odwoływał się tutaj do optyki *ex ante*⁴³⁷.

Według sędziego, decyzja administracji parków narodowych spełnia również kryterium wąskiego sformułowania, albowiem stanowi „precyzyjną odpowiedź na rzeczywiste problemy będące przedmiotem uzasadnionej troski państwa”. White przekonywał równocześnie, iż Sąd Najwyższy przy ocenie tego zagadnienia musi stosować zasadę deferencji wobec postanowień NPS⁴³⁸. SN nie może bowiem usurpować sobie kompetencji do zastępowania administracji w wykonywaniu jej konstytucyjnie umocowanych zadań, a standard TPM nie upoważnia władzy sądowniczej do pełnienia funkcji „organu zarządzającego parkami narodowymi” bądź też do formułowania wiążących prawnie ocen na temat „roztropności metod ochrony” relewantnych terenów. Carney A. Shegerian określa takie podejście do kwestii wąskiej konstrukcji regulacji mianem „leseferystycznego” (nieco wbrew językowemu uzusowi)⁴³⁹. Jako ściśle powiązane z tym zagadnieniem należy również rozpatrywać stwierdzenie White’a, że nie przemawia doń supozycja, jakoby decyzja NPS zasługiwała na uchylenie z uwagi na istnienie alternatywnych i mniej restrykcyjnych dla wolności słowa instrumentów realizacji przedmioto-

⁴³⁶ R. Nagareda, *The appellate jurisprudence of Justice Antonin Scalia*, University of Chicago Law Review, vol. 54, s. 736 – 737.

⁴³⁷ M. Wellis-Petry, *Exclusion: homosexuals and the right to serve*, Washington 1993, s. 60.

⁴³⁸ Por. P. A. Blechner, *Supreme Court rejection of the least restrictive alternative test*, Annual Survey of American Law, 1990, s. 350.

⁴³⁹ C. A. Shegerian, *A sign of the times: the United States Supreme Court effectively abolishes the narrowly tailored requirement for time, place and manner restrictions*, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 25, s. 488 – 489.

wych interesów publicznych. Ten wątek uzasadnienia może być odczytany w dwojaki sposób. W przekonaniu większości komentatorów (oraz w późniejszej interpretacji samego Sądu Najwyższego), sędzia ogólnie zanegował zasadność posługiwania się owym narzędziem analitycznym przy aplikacji testu TPM⁴⁴⁰. Możliwa jest jednak odmienna wykładnia. Otóż zdaniem White'a proponowane inne środki (jak np. ograniczenie rozmiarów, czasu trwania bądź częstotliwości demonstracji) ostatecznie również „limitowałyby sumę dozwolonej ekspresji, w którą manifestujący mogliby się zaangażować”. Prawomocna jest zatem supozycja, jakoby Sąd Najwyższy nie tyle odrzucił zasadę najmniejszej restrykcyjności, co raczej uznał wszelakie alternatywne metody realizacji celów publicznych za obciążające wolność ekspresji w przynajmniej identycznym stopniu⁴⁴¹. W świetle wykładni autentycznej wyroku dokonanej w następnych latach przez SN, spór ten stał się jednakowoż bezprzedmiotowy. White wskazywał także wreszcie, że decyzja NPS nie pozbawia demonstrantów dostępu do alternatywnych kanałów komunikacji pozwalających im wyrazić swoje przekonania. Sędzia wspominał tutaj o pozostawieniu nietkniętymi pozostałych składników manifestacji, o możliwości odwołania się protestujących do mediów oraz o bliżej niesprecyzowanych „innych środkach dotarcia do opinii publicznej”. Jeśli zgodzimy się z tezą, że ocena dostępności alternatywnych kanałów komunikacji powinna być zrelatywizowana do partykularnych okoliczności sprawy⁴⁴², to niewątpliwie white'owską interpretację tego pojęcia charakteryzuje daleko idący permissywizm w kontekście kompetencji państwa⁴⁴³. W subiektywnej percepcji demonstrantów żadna z zasugerowanych przez White'a opcji nie była bowiem zapewne dostatecznie atrakcyjnym substytutem ekspresyjnego spania. Co więcej, wymienienie przez sędziego mediów wskazywało, iż funkcję alternatywnych kanałów komunikacji dla wypowiedzi formułowanych w pewnym kontekście przestrzennym mogą także peł-

⁴⁴⁰ Zob. m.in. *ibidem*; M. D. Bunker, E. Erickson, *The jurisprudence of precision: contrast space and narrow tailoring in First Amendment doctrine*, *Communication Law and Policy*, vol. 6, s. 267 – 268; *Ward vs. Rock Against Racism*. Jak przestrzega Whitney M. Smith, wprowadzona przez SN rezygnacja z wymogu poszukiwania najmniej restrykcyjnych alternatyw może np. spowodować, że ograniczenia typu TPM „pochłoną wartościowe wypowiedzi zasługujące na ochronę Pierwszej Poprawki” w imię nieustannie rosnącej troski państwa o względy szeroko rozumianego bezpieczeństwa, który to interes powinien być rzetelnie wyważany w kontekście pożytków płynących z rozpowszechniania wiedzy (czy też po prostu z wolności słowa), [w:] *idem*, *The right of access to public forums: does a failure to require the least restrictive alternative result in a failure to communicate?*, *Seton Hall Law Review*, vol. 36, s. 641.

⁴⁴¹ Takie stanowisko prezentuje choćby Thomas C. Marks, Jr., [w:] *Three ring circus revisited: the drift back to Lochner continues*, *Stetson Law Review*, vol. 19, s. 575.

⁴⁴² M. Heumann, T. W. Church, *Introduction*, [w:] *Hate speech on campus: cases, case studies and commentary*, ed. by *idem*, Boston 1997, s. 18.

⁴⁴³ Por. L. Yoshida, *The role of secondary effects in the First Amendment analysis: Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, *University of San Francisco Law Review*, vol. 22, s. 162.

nić „eksternalne w stosunku do regulowanego forum” metody przekazywania informacji, poglądów czy emocji⁴⁴⁴. Z drugiej strony pamiętać jednak należy, iż zakaz NPS obowiązywał **wyłącznie** na terenie parku narodowego, a orzeczenie SN bynajmniej nie statuowało niedopuszczalności przeprowadzenia analogicznej manifestacji w innym miejscu o charakterze publicznym (choćby w „zwykłym” parku)⁴⁴⁵. White puentował swoje wywody stwierdzeniem, że zastosowanie generalnego oraz umocowanego konstytucyjnie unormowania zabraniającego kempingu w parku narodowym do planowanego protestu nie różni się niczym od aplikacji norm sanitarnych czy przepisów kodeksu drogowego do aktywności ekspresyjnej, które to działanie nie wzbudza żadnego dysonansu z powodu brzmienia pierwszej poprawki.

Polemiczny wymiar *votum separatum* Marshalla dotyczył zarówno płaszczyzny faktualnej, jak i sfery doktrynalnej. W pierwszej kolejności sędzia wyraził przekonanie, że decyzja NPS nie przyczynia się w istotny substancjalnie sposób do urzeczywistniania (faktycznie ważnych) interesów publicznych zdefiniowanych przez White'a. Według Marshalla, pierwsza poprawka wymaga od rządu dostarczenia niepodważalnego usprawiedliwienia dla każdego przypadku ograniczenia wolności słowa. Postanowienia konstytucji mają wszak gwarantować najszerszą możliwą dystrybucję informacji pochodzących ze zróżnicowanych i antagonistycznych źródeł oraz zabezpieczać nieskrępowaną wymianę poglądów mogących przyczynić się do społecznej i politycznej transformacji oblicza Stanów Zjednoczonych zgodnie z wolą ludu. Jakikolwiek wyjątki w tym zakresie nie mogą być akceptowane w oparciu o zasadę deferencji, lecz muszą posiadać namacalne zakorzenienie w rzeczywistości. Tymczasem „większość nie jest w stanie zaoferować żadnego dowodu wskazującego, że brak absolutnego zakazu spania wiązałby się z wystąpieniem zdecydowanie poważniejszych problemów dla Służby Ochrony Parków aniżeli te, z którymi musi sobie ona zazwyczaj radzić. Sama obawa przed możliwością pojawienia się takich trudności nie powinna być dostateczną przesłanką, by ograniczać prawo do swobodnej ekspresji”. Co więcej, z perspektywy deklarowanych interesów publicznych decyzja NPS jest niewystarczająco inkluzywna, gdyż odmiennie traktuje spanie rzeczywiste (czyń zabroniony) i spanie udawane (czy dozwolony) pomimo ich właściwie jednakowych następstw dla parków narodowych. W przeświadczeniu Marshalla, faktualne enuncjacje większości posiadają przeto głównie spekulatywny charakter. Jak argumentował sędzia, wyrok SN jest przejawem zupełnie zbędnego ustępowania przed domniemanymi prerogatywami biurokracji, która wielokrotnie manifestowała

⁴⁴⁴ C. L. Meyer, *Free speech v. public safety within public forum analysis*, George Washington Law Review, vol. 59, s. 1294.

⁴⁴⁵ Por. D. Mitchell, *The right to the city: social justice and the fight for public place*, New York 2003, s. 206.

swą nieugiętą wrogość wobec indywidualnych praw wynikających z pierwszej poprawki. Struktury administracyjne ujawniają bowiem naturalną tendencję do „nadmiernego regulowania forów publicznych” ze szkodą dla wolności słowa, a rolą Sądu Najwyższego jest „stawianie zapór zbędnym restrykcjom”⁴⁴⁶.

Zdaniem Marshalla, ów permissywny stosunek SN do roszczeń administracji stanowił pochodną fundamentalnie błędnego pojmowania pryncypium neutralności treściowej. Faktycznie trudno nie odnieść wrażenia, że „w momencie, w którym Sąd stwierdził, iż motywem działania rządu nie była polemika z treściami komunikowanymi w toku demonstracji, związany z wolnością słowa wymiar sprawy po prostu zniknął”⁴⁴⁷. Sędzia utrzymywał, że fakt ten jest skutkiem przeoczenia przez większość oczywistego zagadnienia: niedyskryminujące przepisy również mogą niepotrzebnie ograniczać aktywność ekspresyjną. Odmowa dostrzeżenia tego zjawiska prowadzi w rezultacie do bifurkacji orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach dotyczących pierwszej poprawki. O ile unormowania o charakterze dyskryminującym są zwykle obiektem „surowego nadzoru sędziowskiego”, o tyle podejście do regulacji neutralnych cechuje się nadmierną deferecją, powodującą drastyczne obniżenie protekcyjnej mocy klauzuli wolności słowa. Marshall przyznawał, iż z całą pewnością „ogólny zakaz wprowadzania dyskryminujących treściowo przepisów stanowi podstawowy instrument dociekań związanych z Pierwszą Poprawką [...] Sąd jednakowoż przekształcił regułę mówiącą o niedopuszczalności wprowadzania dyferencjacji treściowej z podłogi, oferującej wszystkim przynajmniej równą wolność w korzystaniu z Pierwszej Poprawki, w sufit, który ogranicza w identycznym stopniu wolność każdego [...] Konsekwentne uciszanie wszystkich głosów może wypełniać wymogi bezstronnej neutralności treściowej, ale jednocześnie obraża [...] głębokie narodowe przywiązanie do zasady, że debata dotycząca spraw publicznych powinna pozostać nieskrępowana, żywotna i otwarta”. Jak konkludował Marshall, godny pochwały sceptycyzm SN w stosunku do państwa rozwiewa się z chwilą, gdy analizowane unormowanie okazuje się neutralne. Prawdliwość ta została zama-

⁴⁴⁶ Leslie Prosterman dowodzi w tym kontekście, że orzeczenie White’a (oprócz pozbawienia demonstrantów możliwości pełnego zmanifestowania przekonań, zniechęcenia znacznego segmentu populacji – tj. bezdomnych – do uczestnictwa w praktykach ekspresyjnych oraz przyznania priorytetu wymogom porządku publicznego nad wolnością słowa) ujawniło protekcyjną postawę Sądu Najwyższego wobec obywateli, którzy zostali *de facto* uznani za ekwiwalent romantycznych „szlachetnych barbarzyńców”, niezdolnych do samodzielnej troski o dobro ogólnonarodowe oraz wymagających opieki ze strony oświeconej i nowoczesnej administracji państwa, [w:] *idem, Subtle, intangible, and non-quantifiable: aesthetics, law, and speech in public space*, [w:] *The arts of democracy: art., public culture, and the state*, ed. by C. N. Blake, Washington 2007, s. 292.

⁴⁴⁷ J. Denvir, *op. cit.*, s. 25.

nifestowana również i w przedmiotowym procesie⁴⁴⁸. Sędzia zarzucił także White'owi abstrahowanie od społecznego kontekstu sprawy⁴⁴⁹, nazbyt abstrakcyjne rozumienie przykazu neutralności treściowej oraz nieuwzględnianie całokształtu konsekwencji płynących z wyroku. Marshall zaakcentował w szczególności fakt, iż formalnie pojmowana reguła niedyskryminacji sprzyja zachowaniu „immanentnej nierównowagi władzy [...] pomiędzy osobami pozostającymi w mniejszości i poszukującymi odpowiedniego forum, na którym mogłyby protestować, oraz osobami stanowiącymi większość, których polecenia są wykonywane przez funkcjonariuszy publicznych”⁴⁵⁰. Inaczej mówiąc, teoretycznie neutralne unormowania zdradzają tendencję do nakładania dysproporcjonalnego ciężaru na politycznie i ekonomicznie upośledzone grupy⁴⁵¹. Jak wskazał *expressis verbis* w odniesieniu do decyzji NPS sędzia, regulacje ograniczające możliwość korzystania z „relatywnie niedrogich sposobów komunikacji w największym stopniu dotykają

⁴⁴⁸ Jak pisze Victor V. Vicinaiz, omawiany wyrok adekwatnie ilustrował pasywność judykatury w odniesieniu do neutralnych treściowo unormowań, które naruszają swobodę wypowiedzi, [w:] *idem, The content distinction and freedom of expression: Arcara v. Cloud Books, Inc.*, Creighton Law Review, vol. 20, s. 910. Dodajmy, że wyrazem tej rosnącej roli zasady neutralności treściowej w orzecznictwie SN jest też znana nam doktryna niedostatecznej inkluzji, sformułowana przez Scalię przy okazji wyroku w sprawie R.A.V. vs. St. Paul.

⁴⁴⁹ Warto w tym miejscu dodać, iż uzasadnienie Marshalla zawierało rozważania dotyczące trudnego losu osób bezdomnych, będących socjalnie upośledzoną zbiorowością pod względem fizycznym, mentalnym i prawnym. Por. G. Barak, *Gimme shelter: a social history of homelessness in contemporary America*, New York 1992, s. 148. W literaturze pojawiły się także opinie wskazujące, że pozornie neutralny język White'a *de facto* ukrywa dyskryminacyjne przesady. Przykładowo Leonard C. Feldman dowodzi, że formalnie uniwersalistyczna retoryka uzasadnienia większości krytykująca nocowanie w parku narodowym maskuje wymierzone w bezdomnych posunięcia polityczne oparte na „normatywnym ideale domostwa” i promujące „przestrzenne wykluczenie” oraz „puryfikację tożsamości” Amerykanów, [w:] *idem, Citizens without shelter: homelessness, democracy, and political exclusion*, Ithaca 2006, s. 144, 146. Na gruncie tego stanowiska ani samo unormowanie, ani orzeczenie SN nie przestrzegają zasady neutralności treściowej. Niezależnie od ewentualnej filozoficznej trafności takiego ujęcia pogląd Feldmana jest zdecydowanie zbyt daleko idący w kontekście pierwszej poprawki, albowiem prowadzi nieuchronnie do konstatacji, że właściwie każdy przepis oraz akt stosowania prawa posiadają charakter dyskryminujący i zasługują, jeśli nie wprost na aprioryczne potępienie, to przynajmniej na krytyczną analizę z punktu widzenia hermeneutyki podejrzeń. Skoro każda regulacja dyskryminuje choćby tylko niezgodzące się z nią osoby, to optyka Feldmana – zapewne wbrew jego intencjom – z konieczności logicznie wiedzie do niemal anarchistycznych konkluzji.

⁴⁵⁰ W. J. Daniels, *Justice Thurgood Marshall: the race for equal justice*, [w:] *The Burger Court: political and judicial profiles*, ed. by Ch. M. Lamb and S. J. Halpern, Champaign – Urbana 1991, s. 231.

⁴⁵¹ Zdająca się aprobować wskazany wątek marshallowskiego uzasadnienia Kathleen M. Sullivan przywołuje w tym kontekście ironiczne sformułowanie autorstwa Anatola France'a: „Prawo w swej majestatycznej równości zabrania zarówno bogatym, jak i biednym sypiać pod mostem”. Zróżnicowanie skutków takiej hipotetycznej regulacji dla grup o odmiennym statusie majątkowym jest ewidentne. Tymczasem, jak pisze Sullivan, przy ocenie kwestii neutralności treściowej poszczególnych przepisów dla Sądu Najwyższego liczy się wyłącznie abstrakcyjno-teoretyczny cel regulacji, a nie jej praktyczne oddziaływanie: „Istotne jest to, w co rząd celuje, a nie to w co trafia”, [w:] *idem, Free speech wars*, Southern Methodist University Law Review, vol. 48, s. 208 – 209.

najmniej zamożnych mówców” oraz redukują przede wszystkim swobodę głoszenia tych „punktów widzenia, które tacy mówcy zazwyczaj eksponują”. CCNV nie dysponuje bowiem dostatecznymi środkami finansowymi, by wykupić dostęp do bardziej konwencjonalnych kanałów komunikacyjnych oraz nagłośnić swój protest przy użyciu alternatywnych metod wyrazu⁴⁵². Marshall puentował: „Niepokojącym skutkiem przyjętego w przedmiotowej sprawie rozstrzygnięcia jest uwiarygodnienie oskarżeń, zgodnie z którymi orzeczenia sądowe powstałe na tle Pierwszej Poprawki, w powiązaniu ze społecznym porządkiem charakteryzującym się znacznym dysparytetem bogactwa bądź też innych źródeł władzy, mogą systematycznie generować utrudnienia w komunikacji politycznych poglądów przez relatywnie upośledzone zbiorowości”⁴⁵³. Pomijając sprawę trafności tego typu zarzutów (generalnie uważam je za przesadzone i oparte na co najmniej częściowym zakwestionowaniu cennej dla mnie wartości, jaką jest formalna równość obywateli wobec prawa), należy w tym miejscu koniecznie przypomnieć, że badane tutaj orzeczenie nie jest bynajmniej w omawianym zakresie wyjątkiem; Sąd Najwyższy stanowczo i konsekwentnie odrzucał i odrzuca konfundowanie – w kontekście problemu neutralności i dyskryminacji treściowej – wolności ekspresji z faktyczną „równością słowa”⁴⁵⁴. W ocenie SN, państwo nie ma konstytucyjnego obowiązku wyrównywania szans obywateli w obszarze swobody wypowiedzi⁴⁵⁵. W każdym razie, odmowa uznania przez większość SN tez Marshalla adekwatnie ilustruje fakt, że ochrona ekspresji symbolicznej w oparciu o test TPM może być często nader skromna (co uwidoczni się też w sprawach dotyczących „tańca nago”).

⁴⁵² Por. R. G. Wright, *op. cit.*, s. 66.

⁴⁵³ Za miarodajną egzemplifikację wspomnianych przez Marshalla oskarżeń może posłużyć krytyka omawianego tu wyroku sformułowana przez Denvira (*idem, op. cit.*, s. 25 – 26). W przesławieniu autora, orzeczenie Sądu Najwyższego pozbawiło CCNV prawa do efektywnej komunikacji (tj. takiej, która mogłaby realnie oddziaływać na sferę polityczną), albowiem protestujący „w przeciwieństwie do zamożnych grup nie mogli zakupić czasu telewizyjnego w celu rozpropagowania swojego punktu widzenia. Jedyne, co mogli uczynić, to wykreować wydarzenie medialne, przyciągające uwagę prasy oraz mediów elektronicznych”. Tymczasem Sąd Najwyższy, poprzez odmowę uwzględnienia społecznego kontekstu oraz oderwaną od rzeczywistości interpretację zasady neutralności treściowej, faktycznie doprowadził do wyciszenia relewantnego politycznego przekazu.

⁴⁵⁴ Wystarczy przypomnieć tutaj np. wyroki w sprawach Stany Zjednoczone vs. O’Brien czy Hill vs. Colorado. Fakt, że badane w toku tych procesów unormowania jednoznacznie obciążały w nierównym stopniu rozmaite segmenty opinii publicznej, nie rzutowało na ich kwalifikację jako niekolidujących z pierwszą poprawką.

⁴⁵⁵ R. J. R. Peritz, *Competition policy in America 1888 – 1992: history, rhetoric, law*, New York 1996, s. 390.

C. Sąd Najwyższy o „tańcu nago”

Przyjmując prowizoryczne założenie o generalnie ekspresyjnym charakterze „tańca nago”, spróbujemy zrekapitulować nasze dotychczasowe rozważania⁴⁵⁶. Niewątpliwie przedstawienia artystyczne należące do omawianej kategorii mogą w niektórych przypadkach wyczerpywać definicję wypowiedzi obscenicznej. Oczywiście *iunctim* między „tańcem nago” i zakazywalną na gruncie ustawy zasadniczej ekspresją obsceniczną nie jest bynajmniej bezpośrednie (samo eksponowanie nagości nie jest wszak dostatecznym argumentem, by kwalifikować dane dzieło jako obsceniczne w rozumieniu juryspruden- cji Sądu Najwyższego). Zagadnienia te pozostają jednakże wielce zbliżone pod wzglę- dem „tematyczno-obyczajowym”. Unikając nadmiernego psychologizowania, możemy też stwierdzić, że powiązanie to zdawało się istnieć w umysłach niektórych sędziów (co pokazuje treść omawianych w dalszej części książki uzasadnień)⁴⁵⁷. Zakres wzmianko- wanej zbieżności zależy również w dużym stopniu od sposobu interpretacji wiążącego prawodawcę i judykaturę standardu Millera. Pomijając liczne trudności związane z ko- niecznością klarownego definiowania przez legislaturę charakteru podlegających regu- lacji zachowań, najbardziej problematycznym aspektem relewantnego tekstu wydaje się udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy badana egzemplifikacja „tańca nago” przedstawia kompensującą wartość artystyczną, której wystąpienie wyklucza uznanie tej formy roz- rywki za obsceniczną. Można oczywiście bronić tezy, jakoby aktywność owa posiadała istotne kulturowe znaczenie, i poszukiwać jej potwierdzenia m.in. w fakcie, iż – jak przekonamy się wkrótce – sami sędziowie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych gotowi byli „sporządzać uczone wywody na temat kawałka płótna”, którego nałożenia

⁴⁵⁶ W tym miejscu należy jednak poczynić dwa zastrzeżenia. Po pierwsze, zasadniczo bezdysku- syjny wydaje mi się pogląd, że niektóre rodzaje analizowanej rozrywki – niezależnie od ogólnej klasyfikacji „tańca nago” z punktu widzenia pierwszej poprawki – stanowią raczej zachowanie, a nie konstytucyjnie doniosłą wypowiedź. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w któ- rej pomiędzy tancerką a widzem dochodzi do intensywnego kontaktu fizycznego (np. pod- czas tzw. „lap dancing”). W tym momencie występ artystyczny przekształca się bowiem w aktywność natury erotyczno-seksualnej. Zob. S. L. Cutler, L. L. Lipps, *Expressive conduct*, Georgetown Journal of Gender and Law, vol. 1, s. 310. Po drugie, z uwagi na przedmiot książki poza marginesem rozważań pozostawiam kwestię, czy ingerencja państwa w sferę tak pojmowanych zachowań seksualnych okazuje się możliwa do pogodzenia z ustawą za- sadniczą (np. z perspektywy racjonalności prawodawcy czy pod kątem zgodności z wypro- wadzonym przez Sąd Najwyższy ze szczegółowych konstytucyjnych uprawnień obywatel- skich prawem do prywatności). Szerzej na ten temat zob. np. B. M. Tallevi, *Protected conduct and visual pleasure: a discursive analysis of Lawrence and Barnes*, University of Pennsylva- nia Journal of Constitutional Law, vol. 7, s. 1143 – 1151.

⁴⁵⁷ Występowanie takiego *iunctim* w orzecznictwie Sądu Najwyższego jest również podkreślane w niektórych pozycjach literatury przedmiotu. Por. np. J. R. Vile, *The United States Constitu- tion: questions and answers*, Westport 1998, s. 146 – 147; D. J. Farole, Jr., *Interest groups and judicial federalism: organizational litigation in state judiciaries*, Westport 1998, s. 94.

na sutki zażądała od tancerek władza publiczna⁴⁵⁸. Jednak w moim przekonaniu dla każdego bezstronnego racjonalnego obserwatora bezsporna powinna okazać się konkluzja, że niektóre rodzaje „tańca nago” są pozbawione takowej kompensującej wartości (społecznej, estetycznej, artystycznej, kulturowej, politycznej itd.) oraz wyczerpują – niekiedy wręcz z nawiązką – znamiona obsceniczności⁴⁵⁹. Warto w tym kontekście przywołać – niezakwestionowane w toku instancji – orzeczenia wielu sądów stanowych (m.in. w Tennessee, Kansas czy na Florydzie), zgodnie z którymi partykularne kategorie „tańca nago” (zawierające ewidentne elementy masturbacji, obejmujące symulowane lub rzeczywiste stosunki seksualne itp.) mieszczą się w ramach zakreślanych przez standard Millera⁴⁶⁰. W każdym razie wszelkie ewentualne rozbieżności w przedstawionym zakresie nie tyle wynikają ze stanu prawnego, co stanowią pochodną różnicy zdań odnoszącej się *stricte* do procesu subsumcji normatywnych reguł do konkretnych okoliczności faktycznych.

Taniec nago może także stanowić przedmiot odpowiednich unormowań typu TPM. Logika rządząca rozstrzygnięciami Sądu Najwyższego w sprawach *Young vs. American Mini Theatres* bądź też *Renton vs. Playtime Theatres, Inc.* z pełnym powodzeniem może być zastosowana *per analogiam* do lokali organizujących pokazy „tańca nago”. Władza publiczna ma zatem kompetencję do zaordynowania ich przestrzennego rozproszenia albo koncentracji⁴⁶¹. Pogląd ten został zresztą wprost zwerbalizowany przez SN w orzeczeniu w sprawie *Schad vs. Borough of Mount Ephraim*⁴⁶². Casus dotyczył zgodności z ustawą zasadniczą planu zagospodarowania przestrzennego zabraniającego organizowania na całym obszarze przedmieścia „rozrywki na żywo” (*live entertainment*). Skazany na podstawie wspomnianego przepisu na karę grzywny przedsiębiorca prowadzący lokal oferujący pokazy „tańca nago” zarzucił regulacji obrazę pierwszej (i czternastej) poprawki. Uznając legitymację materialnoprawną podsądnego do podniesienia takowego argumentu, Sąd Najwyższy (piórem White’a) skonstatował, że unormowanie narusza

⁴⁵⁸ J. W. Slade, *Pornography and sexual representation: a reference guide. Vol. I*, Westport 2001, s. 73.

⁴⁵⁹ Por. D.J. Farole, Jr., *op. cit.*, s. 91.

⁴⁶⁰ K. Johnson, *Nude dancing*, *Georgetown Journal of Gender and Law*, vol. 4, s. 170.

⁴⁶¹ Dodajmy, iż przykładowo regulacje dotyczące zagospodarowania przestrzennego obowiązujące w stanach Oregon i Arizona rzeczywiście kreują odrębne zasady dla miejsc, w których odbywają się pokazy „tańca nago” (zapewne przynajmniej częściowo wskutek usankcjonowania takiego postępowania przez Sąd Najwyższy). Por. np. D. J. Hunnicutt, *Oregon Land-Use Regulation and Ballot Measure 37: Newton’s third law at work*, *Environmental Law*, vol. 36; C. E. K. MacLaren, *Oregon at a crossroads: where do we go from here?*, *ibidem*; E. J. Sullivan, *Year Zero: The aftermath of Measure 37*, *ibidem*; H. Jacobs, *Searching for balance in the aftermath of the 2006 takings initiatives*, *Yale Law Journal*, vol. 116.

⁴⁶² 452 U. S. Reports 61 (1981).

klauzulę wolności słowa poprzez zakazanie szeregu wypowiedzi (np. przedstawień muzycznych czy też spektakli teatralnych), które objęte są gwarancjami pierwszej poprawki. W przeświadczeniu White'a, regulacja nie spełnia nawet minimalnego kryterium racjonalności prawodawcy. Głównym argumentem wysuniętym przez pełnomocników Mount Ephraim, mającym usprawiedliwić silny rygoryzm planu, była troska o jakość życia na przedmieściu oraz woła wyeliminowania problemów, które spowodowałyby wystawianie spektakli na żywo (konieczność dodatkowej ochrony policyjnej, zaśmiecanie ulic czy niedobór miejsc parkingowych). Jak jednakże podkreślał sędzia, władze nie przedstawiły dostatecznie przekonujących argumentów na rzecz tezy, jakoby wskazane konsekwencje były związane z zakazaną aktywnością w większym stopniu aniżeli z działalnością dozwoloną na mocy planu (jak prowadzenie hoteli, restauracji, zakładów usługowych itp.). Sędzia dowodził również, że unormowanie nie spełnia wymogów standardu TPM, ponieważ – w przeciwieństwie do zgodnej z ustawą zasadniczą regulacji analizowanej przez SN podczas sprawy *Young vs. American Mini Theatres* – wprowadza całkowitą prohibicję określonych kategorii wypowiedzi chronionych pierwszą poprawką, nie ograniczając się wyłącznie do dekoncentracji miejsc ich formułowania. White wskazywał trzy przesłanki uzasadniające taką decyzję. Po pierwsze, test TPM (choćby *implicite*) wymaga, by regulowana aktywność była zasadniczo niekompatybilna z normalnym funkcjonowaniem danego forum. W świetle przedmiotowego stanu faktycznego taka ocena jest nieuprawniona. Po drugie, przepis nie jest wąsko skonstruowany, gdyż dotyka szerokiego wachlarza ekspresji oraz przyjmuje nazbyt restrykcyjne i intruzyjne dla wolności słowa rozwiązanie problemów rzekomo wynikających z normowanej działalności. Po trzecie, plan zagospodarowania przestrzennego zamyka wszelkie kanały komunikacyjne dla ekspresji danego typu na terenie całego przedmieścia.

Mimo ostatecznie pozytywnych dla podsądnych konkluzji, orzeczenie jednoznacznie wskazywało, że lokale prezentujące pokazy „tańca nago” mogą być obiektem – niejednokrotnie nader niepożądanym – ograniczeń typu TPM. Należy też wspomnieć o kilku innych wyrokach SN wydanych w kontekście „tańca nago” i dotyczących innego rodzaju restrykcji związanych z miejscem wystawiania podobnych spektakli. Decyzje te odnosiły się do regulacji limitujących lub wykluczających możliwość podejmowania takiej działalności w lokalach serwujących napoje alkoholowe. Szeroka sfera kompetencji państwa w tym zakresie warunkowana jest treścią dwudziestej pierwszej poprawki do konstytucji, która upoważnia władze stanowe do sprawowania nadzoru nad spożywaniem alkoholu. Pierwsze ze wskazanych orzeczeń⁴⁶³ dotyczyło kalifornijskiego przepisu zabraniającego organizowania w lokalach posiadających koncesję na sprzedaż napojów

⁴⁶³ *California vs LaRue*, 409 U. S. Reports 109 (1972).

wysokowych spektakli obejmujących m.in. „rzeczywiste lub symulowane: obnażanie włosów łonowych, odbytu, warg sromowych lub genitaliów; dotykane, pieszczenie i głaskanie piersi, pośladków, odbytu lub genitaliów; stosunki seksualne, masturbację, sodomie, zoofilię, stosunki oralne, biczowanie”⁴⁶⁴. Uzasadnienie Sądu Najwyższego potraktowało unormowanie jako legitymowany sposób realizacji konstytucyjnych uprawnień regulacyjnych władzy stanowej w zakresie obrotu alkoholem. Według sporządzającego wyrok Rehnquista, prawo Kalifornii nie narusza standardu wymaganej instrumentalnej racjonalności. Rzecz jasna, selekcja tego najbardziej permissywnego testu zgodności przepisu z ustawą zasadniczą jako miarodajnego we wskazanej sytuacji była funkcją równorzędnego statusu normatywnego pierwszej i dwudziestej pierwszej poprawki. Podobna argumentacja pojawiła się w kolejnych orzeczeniach SN dotyczących zbliżonej problematyki⁴⁶⁵. W mojej ocenie, rozstrzygnięcia te budzą poważne wątpliwości. Trudno bowiem przypuszczać, by Sąd Najwyższy zaakceptował ograniczenie wolności głoszenia treściowo zdefiniowanych wypowiedzi innych niż erotyczne (np. poglądów rasistowskich) w lokalach serwujących alkohol, choćby istniały obiektywne i przekonujące przesłanki przemawiające za tezą, że odbieranie takowego przekazu połączone z jednoczesnym spożywaniem napojów wysokowych prowadzi do pojawienia się rozmaitych patologii, wzrostu liczby antyspołecznych zachowań czy nawet eksplozji przestępczości⁴⁶⁶. Na zakończenie tego wątku warto dodać, że – w świetle zaprezentowanej tu linii orzeczniczej – uprawnione wydaje się domniemanie, iż SN byłby skłonny przychylnie ustosunkować się do wprowadzenia w odniesieniu do „tańca nago” również innych ograniczeń typu TPM (choćby polegających na wyznaczeniu minimalnego dystansu, jaki powinien być zachowany pomiędzy tancerką a publicznością, lub też na zakazie dawania napiwków w zwyczajowo przyjęty w tej sytuacji sposób, tj. przez umieszczenie banknotów w okolicach intymnych części ciała osoby tańczącej)⁴⁶⁷. W każdym razie orzecznictwo SN w omówionych kwestiach kontynuuje logikę zaproponowaną przez Stevensa w wyroku w sprawie *Renton vs. Playtime Theatres, Inc.*

Przeanalizowane dotychczas rozstrzygnięcia charakteryzowały się istotną cechą wspólną. Otóż SN właściwie nie zmierzył się w nich systematycznie i wyczerpująco z problemem tańca erotycznego oraz jego relewantności do pierwszej poprawki, gene-

⁴⁶⁴ Trudno zapewne wyimagować sobie taniec erotyczny pozbawiony któregoś z wymienionych elementów.

⁴⁶⁵ Zob. *New York State Liquor Authority vs. Bellanca*, 452 U. S. Reports 714 (1981); *Newport vs. Iacobucci*, 479 U. S. Reports 92 (1986).

⁴⁶⁶ J. Desmond, *Dancing desires: choreographing sexualities on and off the stage*, Madison 2001, s. 269.

⁴⁶⁷ Por. J. Leitzel, *Regulating vice: misguided prohibitions and realistic controls*, New York 2008, s. 211.

ralnie traktując ową kwestię w sposób incydentalny w relacji do głównego wyводу. Niemniej jednak marginalne niekiedy wzmianki zawarte w uzasadnieniach poszczególnych wyroków stanowiły w znacznej mierze trafną zapowiedź późniejszej linii orzeczniczej. Przykładowo w sprawie *California vs. LaRue Rehnquist* potwierdził, że produkcje teatralne są objęte protekcją pierwszej (oraz czternastej) poprawki do konstytucji, choć nie w rozmiarze identycznym do stopnia ochrony udzielanego wypowiedziom komunikowanym przy użyciu innych środków przekazu. Sędzia skonstatował też, że przynajmniej niektóre rodzaje „tańca nago” mieszczą się w granicach delimitowanych klauzulą wolności słowa. Zarazem jednak sędzia wyraźnie podkreślał, że jeśli sposób przekazu podlega „transplantacji z zadrukowanej kartki do obszaru publicznego popełniania czynów” (i to czynów, które same w sobie mogą stanowić przestępstwo – jak w przedmiotowym procesie), to dopuszczalny zasięg publicznej regulacji ulega znaczącemu powiększeniu. W szczególności stanowisko takie jest adekwatne do przypadku przedstawień objętych hipotezą zaskarżonych norm, albowiem regulowane zachowania składają się w przeważającym stopniu z epatowania dosadną seksualnością, a nie z elementów komunikacyjnych. Konstytucyjna ochrona rozrywki polegającej na symulowaniu sodomii bądź zoofilii (nawet jeśli przedstawienie nie wyczerpuje definicji obsceniczności) lub też na innych erotycznych „bachanaliach” pozostaje na niższym poziomie aniżeli gwarancje ustawy zasadniczej przewidziane dla przedstawienia baletowego. Z kolei w sprawie *Schad vs. Borough of Mt. Ephraim White* bez dwuznaczności stwierdził, że „taniec nago nie jest pozbawiony ochrony pierwszej poprawki przed urzędową ingerencją”, a przedstawienie teatralne nie może być zakazane wyłącznie z tego powodu, że uczestniczy w nim pozbawiona odzienia postać. Swoboda prezentacji takowego materiału jest konstytucyjnie gwarantowana. SN ponownie nie rozstrzygnął jednakże kwestii poziomu i granic tej protekcji, nie wykluczając wszelako konieczności wprowadzenia specyficznych dla wskazanej kategorii ekspresji zasad ochrony⁴⁶⁸. Lektura wspo-

⁴⁶⁸ Zob również *Southeastern Promotions Ltd. vs. Conrad*, 420 U. S. Reports 546 (1975) oraz *Doran vs. Salem Inn, Inc* 422 U. S. Reports 922 (1975). Dodajmy, iż również sędziowie formułujący zdania odrębne najczęściej nie podejmowali próby pełnej konstytucyjnej analizy fenomenu „tańca nago”. Np. w sprawie *Schad vs. Borough of Mt. Ephraim* zgłaszający zdanie odrębne Warren E. Burger, w sposób właściwie pomijający zasadnicze zagadnienie, usprawiedliwiał możliwość zakazania „tańca nago” poprzez zidentyfikowanie takiego działania jako przejawu uprawnionej troski obywateli o kształt ich społeczności; jego enuncjacje ufundowane były na wyidealizowanym i romantycznym obrazie przedmieść (G. E. Frug, *City making: building communities without building walls*, Princeton 1999, s. 57). Wyjątkiem w tym zakresie jest zdanie odrębne sporządzone przez sędziego Marshalla w sprawie *California vs. LaRue*, w którym zawarte zostało lapidarne zdanie o generalnej relewantności pierwszej poprawki do sztuk teatralnych czy pokazów tańca. Marshall postulował zarazem ocenianie unormowań ograniczających swobodę prezentacji takiej ekspresji pod kątem ich zgodności z ogólnymi dyrektywami wyprowadzonymi przez Sąd Najwyższy z pierwszej poprawki (jak choćby doktryna jasnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa, reguła niedyskryminacji treściowej, faktyczne realizowanie przez badane uregulowanie doniosłego interesu

mnianych tutaj uzasadnień wydaje się prowadzić do dwóch (chyba bezspornych) konkluzji. Po pierwsze, co unaocznia już sam język wyroków, Sąd Najwyższy, kładąc kres pełnej uznaniowości władzy publicznej odnośnie do cenzurowania lub zakazywania tańca erotycznego, uczynił to nad wyraz niechętnie. Po drugie, SN nie zawahał się otwarcie zadeklarować, iż ekspresja ta posiada niską wartość z perspektywy konstytucyjnej oraz że nie zasługuje na całościowe korzystanie z dobrodziejstw pierwszej poprawki. W 1986 roku dwaj sędziowie (White i Brennan) wezwali do ostatecznego wyeliminowania niejasności związanych z prawnym statusem „tańca nago” w kontekście klauzuli wolności słowa oraz do konkluzywnego przesądzenia zakresu regulacyjnych kompetencji władzy publicznej odnośnie do wskazanej aktywności. Asumpt do sformułowania owego apelu dało odwołanie złożone do Sądu Najwyższego przez tancerkę skazaną na karę siedmiuset dolarów grzywny oraz trzydziestu dni pozbawienia wolności w zawieszeniu za naruszenie ustawy obowiązującej w stanie Arkansas, która zakazywała publicznego obnażania się (tzn. ukazywania „organów płciowych”) w celu zaspokojenia własnych potrzeb seksualnych lub też wywołania podniecenia u obserwatora⁴⁶⁹. White i Brennan podkreślali, że dotychczasowe orzeczenia SN zawierają generalną sugestię, iż przepisy „regulujące taniec nago w miejscach publicznych innych niż bary czy tawerny mogą zaprzeczać zasadom dyktowanym przez pierwszą poprawkę, jako że ta forma rozrywki może być objęta ochroną konstytucyjną”. Enigmatyczne i lapidarne formuły artykułowane jak dotąd przez SN w relevantnych sprawach nie są już jednak wystarczające. Jak klarownie stwierdzili sędziowie, przyszedł w końcu czas, by najwyższy organ judykatury zmierzył się bezpośrednio z przedmiotowym zagadnieniem⁴⁷⁰. White’owi i Brennanowi nie udało się jednak przekonać pozostałych członków składu orzekającego – apelacja Sonii Young została odrzucona przez SN bez rozpoznania. Wątek „tańca nago” powrócił na wokandę dopiero po pięciu latach, kiedy to SN zdecydował się merytorycznie wypowiedzieć co do w gruncie rzeczy podobnego casusu.

Przed przystąpieniem do omówienia kolejnych rozstrzygnięć warto zastanowić się już w tym miejscu *in abstracto* nad spektrum wariantów stojących przed Sądem Najwyższym USA w kontekście kwalifikacji „tańca nago” z perspektywy klauzuli wolności

publicznemu, wymóg wyboru przez władzę najmniej restrykcyjnych dla wolności słowa metod urzeczywistnienia wspomnianego interesu). Można stąd przeto wnioskować, że Marshall proponował jednolite traktowanie „tańca nago” oraz wypowiedzi werbalnych. Aczkolwiek sędzia nie posłużył się w uzasadnieniu terminem „pure speech”, to wydaje się, że rezerwował on ten status także dla pokazów tańca erotycznego. Stanowisko to nie uzyskało jednak aprobaty u żadnego z ówczesnych i późniejszych sędziów SN.

⁴⁶⁹ Young vs. Arkansas, 474 U. S. Reports 1070.

⁴⁷⁰ White i Brennan akcentowali w szczególności fakt istnienia poważnych rozbieżności w sprawie „tańca nago” wśród judykatur stanowych, odmiennie postrzegających zasięg pierwszej poprawki w omawianym obszarze.

słowa. Wydaje się, iż – w przeciwieństwie do przeanalizowanych dotychczas rodzajów ekspresji niewerbalnej – taniec artystyczny (w tym także wykonywany bez odzienia) generalnie może być interpretowany na trzy odrębne sposoby. Oczywiście absolutnie priorytetowym zagadnieniem jest przesądzenie, czy aktywność ta w ogóle konstytuuje słowo (wypowiedź) w rozumieniu pierwszej poprawki. Pierwszy hipotetycznie możliwy rezultat wykładni ustawy zasadniczej prowadziłby zatem do traktowania „tańca nago” jak zachowania (czynu), co w konsekwencji nie upoważniałoby SN do objęcia tej formy rozrywki konstytucyjną ochroną w wymiarze przekraczającym skromne wymagania stawiane przez standard racjonalności. W świetle takiego ujęcia „taniec nago” nie byłby przeto specyficznym rodzajem wypowiedzi niewerbalnej służącej komunikowaniu idei bądź przynajmniej erotycznych emocji, a ekspresyjny potencjał tegoż zachowania należałoby uznać już to za całkowicie nieistniejący, już to za na tyle minimalny, aby być ignorowalnym z punktu widzenia pierwszej poprawki. Oczywiście w konsekwencji przyjęcia powyższej optyki państwo uzyskuje właściwie pełną swobodę regulacyjną (przynajmniej w zakresie zgodności wymierzonych w „taniec nago” unormowań z zasadą wolności słowa). Stanowisko to posiada wielu zwolenników, wśród których każda (nawet ogólnikowa bądź obarczona zastrzeżeniami) konstatacja o choćby prowizorycznej czy rudymenarnej protekcji tańca erotycznego na mocy pierwszej poprawki budzi fundamentalne obiekcje natury dogmatycznoprawnej, doktrynalnej oraz politycznej (zazwyczaj są one nierozdzielnie splecione). Zdaniem licznych uczestników dyskursu publicznego, wykorzystywanie *opus magnum* ojców-założycieli i zawartych w nim aksjologicznych podwalin amerykańskiego modelu ustrojowego do rozstrzygnięcia dylematu dotyczącego rozmiaru prawomocnej interwencji organów władzy w publiczne i nieoczywiste zachowania jest bulwersujące i nieledwie absurdalne. Jak dowodzi m.in. Kevin R. C. Gutzman, decyzje Sądu Najwyższego w kwestii tańca erotycznego stanowią ogniwo długiego łańcucha, w którego konkluzji SN mianował się „wyłącznym arbitrem legalności, a nawet moralności, materiałów wzbudzających seksualne podniecenie”. Takowe stanowisko jest przejawem nagiej sędziowskiej uzurpacji władzy, a dokonana w jego wyniku wykładnia pierwszej poprawki nie posiada nic wspólnego z oryginalnymi intencjami Jamesa Madisonsa czy Alexandra Hamiltona i z pierwotnym rozumieniem ustawy zasadniczej⁴⁷¹. Zdaniem Roberta F. Nagela, erudycyjne i wnikliwie roztrząsanie

⁴⁷¹ K. R. C. Gutzman, *The politically incorrect guide to the Constitution*, Washington 2007, s. 188, 219. W innej pracy Gutzman oraz Thomas E. Woods, Jr. (autorzy wywodzący się z kręgów libertariańskich) przekonują, iż „jeśli jakaś instytucja zdobędzie najwyższą władzę, to najprawdopodobniej utopijne jest oczekiwanie, że jej kompetencje pozostaną wraz z upływem czasu ograniczone”, [w:] *idem, Who killed the Constitution? The fate of American liberty from World War I to George W. Bush*, New York 2008, s. 202. Aczkolwiek zdanie to odnosi się do całego rządu federalnego, to równocześnie trafnie ilustruje stosunek autorów do ustrojowej pozycji SN.

przez sędziów federalnych tak trywialnej sprawy jak „taniec nago” jest świadectwem jurydycznej *hybris*, deterioracji publicznej debaty, implozji amerykańskiej wersji federalizmu, centralizacji debaty polityczno-prawnej oraz społeczno-kulturowej dezintegracji Stanów Zjednoczonych⁴⁷². Lino A. Graglia pisze natomiast w tym kontekście o wprowadzeniu przez SN rozważań politycznych do procesu sądowego i o „obalaniu konstytucji przez prawo konstytucyjne”⁴⁷³. Jak zwięźle i w zdecydowanie mniej dramatycznej tonacji konkluduje Paul D. Carrington, o ile on sam nie jest orędownikiem kryminalizacji tańca nago, o tyle objęcie go ochroną pierwszej poprawki jawi się wręcz jako rzecz „nadzwyczajna” (bynajmniej nie jest to komplement), ponieważ polityczna decyzja o wymierzaniu sankcji za to zachowanie pozostaje w granicach rozsądku, a „Konstytucja Stanów Zjednoczonych nie odebrała rządowi stanowym i lokalnym prawa do dokonania wskazanego wyboru. Nie jest zatem zadaniem mianowanych dożywotnio sędziów wykluczanie możliwości selekcji takiej opcji”⁴⁷⁴. Na inny aspekt problemu zwraca uwagę George P. Fletcher, w którego przeświadczeniu o ile nie ma sensu redukcja znaczenia pojęcia „słowo” do wyłącznie fonetycznej artykulacji, o tyle nadmiernie luźne (tzn. desygnujące także taniec erotyczny) definiowanie kategorii „wypowiedzi-przez-ekspresyjne-działanie” prowadzi do absorpcji przez nią praktycznie całego spektrum ludzkich zachowań (i tym samym do aplikacji pierwszej poprawki do szeregu niezwiązanych ze swobodą ekspresji przypadków)⁴⁷⁵.

⁴⁷² Zob. R. F. Nagel, *The implosion of American federalism*, New York 2002, s. 153, 157, 161 – 165 i *passim*; P. Bell, R. Bell, *Americanization and Australia*, Sydney 1998, s. 131.

⁴⁷³ L. A. Graglia, *Constitutional...*, s. 2, 16, 17.

⁴⁷⁴ P. D. Carrington, *Stewards of democracy: law as a public profession*, Boulder 1999, s. 166. Zob. również S. Wellikoff, *Mixed speech: inequities that result from an ambiguous doctrine*, *St. John's Journal of Legal Commentary*, vol. 19, s. 181.

⁴⁷⁵ George P. Fletcher, *Loyalty...*, New York 1993, s. 142. Jak z niemalą dawką sarkazmu dowodzi Frederick Schauer, „magnetyzm pierwszej poprawki przyciąga do niej strategicznych aktorów, podobnie jak flaga państwa, macierzyństwo i szarlotka przyciągają uwagę polityków”, [w:] *idem*, *The boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, Cambridge 2003, s. 49. Generalną słuszność takich supozycji możemy przekonująco zilustrować wieloma przykładami przyjmowania radykalnie rozszerzających interpretacji pierwszej poprawki formułowanymi w amerykańskim dyskursie polityczno-prawnym (zarówno na płaszczyźnie doktrynalnej, jak i w toku postępowań sądowych). Wymienić warto chociażby poglądy utrzymujące, że zasada wolności wypowiedzi jest naruszana przez wymóg odmienności płciowej nupturientów (pozbawiający osoby o orientacji homoseksualnej możliwości wyrażania uczuć w stosunku do partnera w kluczowy we współczesnym społeczeństwie sposób; zob. np. D. B. Cruz, *Just don't call it "marriage": The First Amendment and marriage as an expressive resource*, *Southern California Law Review*, vol. 74, s. 926 – 1026) oraz przez regulacje dotyczące dopuszczalnej długości włosów w służbach mundurowych (wybór fryzury także może przecież komunikować w określonych przypadkach jakieś przekonania czy ideologię), por. W. Friedman, *Professional sports and anti-trust*, New York 1997, s. 120 – 121; *Kelley vs. Johnson*, 425 U. S. Reports 238 (1976)). Za aktywność ekspresyjną zasługującą na konstytucyjnym statusie przynależnym wypowiedziom proponowano uznać też reprodukcyjne klonowanie istot ludzkich (por. K. L. Macintosh, *Ille-*

Część komentatorów koncentruje się natomiast na doktrynalno-filozoficznej krytyce pojmowania „tańca nago” jako chronionej (w jakimkolwiek wymiarze) wypowiedzi. Z jednej strony przywołać tu możemy osadzone w jednym z wariantów ideologii feministycznej sugestie Catharine A. MacKinnon, której zdaniem błędne jest postrzeganie tańca erotycznego jako wypowiedzi czy też formy wyrażenia poglądów bądź idei, zasługującej na udzielenie jej gwarancji pierwszej poprawki, albowiem samo występowanie w niej składnika ekspresyjnego nie stanowi wystarczającego argumentu przemawiającego za taką klasyfikacją (analogicznie jak w przypadku materiałów pornograficznych). Według MacKinnon, identyczny komponent można przecież dostrzec w zgwałceniach czy morderstwach na tle seksualnym, gdzie również pojawiają się „elementy mentalne”, związane ze społecznie nieaprobowaną formą zachowania erotycznego. Autorka przekonuje równocześnie, iż nawet zakwalifikowanie „tańca nago” jako wypowiedzi (w perspektywie wyłącznie teoretycznej) nie powinno implikować uznania go za ekspresję chronioną na mocy klauzuli wolności słowa. W ocenie MacKinnon, uwzględnienie konieczności wynikających z potrzeby podjęcia zdecydowanej walki z dyskryminacją płciową pociąga za sobą unieważnienie rozróżnienia pomiędzy słowami a zachowaniami. Dystynkcja ta jest bowiem ze stosownego punktu widzenia pozbawiona sensu, gdyż „czyny przemawiają”, a „słowa oddziałują”. Generowane przez pornografię (w tym także przez taniec erotyczny) społeczne nierówności, poniżanie kobiet, wypaczone struktury statusu oraz obojętność wobec przemocy w stosunku do osób znajdujących się na dole socjalnych hierarchii uprawomocniają represyjne działania państwa w odniesieniu do wskazanych praktyk. Jak krótko podsumowuje MacKinnon, wypowiedzi powinny być definiowane oraz oceniane poprzez pryzmat „soczewki równości”⁴⁷⁶. Z drugiej strony przytoczyć tu możemy tradycyjną moralistyczną argumentację przedstawianą choćby przez Christophera Wolfe’a, według którego obejmowanie „tańca nago” gwaran-

gal beings: human clones and the law, Cambridge 2005, s. 116 i n.), publiczne karmienie piersią niemowląt (E. H. Matherne, *The lactating angel or activist – public breastfeeding as symbolic speech*, Michigan Journal of Gender and Law, vol. 15, s. 139 – 142), opalanie się na plaży, jazdę na motocyklu bez kasku, przeprowadzanie masażu erotycznego czy wreszcie zapuszczanie w ogródku chwastów o wysokości przekraczającej 12 łokci (por. J. M. McGoldrick, Jr., *United States v. O'Brien revisited: of burning things, waving things and g-strings*, University of Memphis Law Review, vol. 38, s. 914 – 915). Podobnych egzemplifikacji krytykowanego przez Fletchera oraz Schauera poszerzania zakresu desygnatów pierwszej poprawki można odnaleźć dużo więcej. Ponownie wypada w tym miejscu podkreślić, że (nie przesądzając kwestii „tańca nago”) afirmacja przez SN tak maksymalistycznie szerokiej wykładni ustawy zasadniczej z konieczności musiałaby (z pewnością wbrew intencjom propagatorów przedstawionej optyki) wywołać poważne rozcieńczenie konstytucyjnego poziomu ochrony wolności słowa.

⁴⁷⁶ C. A. MacKinnon, *Equality and speech*, [w:] *Prostitution and pornography: philosophical debate about the sex industry*, ed. by J. Spector, Stanford 2006, s. 94 – 95; *idem*, *Only words*, Cambridge 1993, s. 28, 30 – 31, 85.

cjami pierwszej poprawki jest przejawem triumfu mentalności etycznego relatywizmu i permissywnizmu, wiary w możliwość funkcjonowania *stricte* proceduralnej republiki, promocji fałszywej idei liberalnej neutralności oraz odrzucania jakiegokolwiek „publicznej ortodoksji” (z wyjątkiem „ortodoksji braku jakiegokolwiek ortodoksji”)⁴⁷⁷. W moim przekonaniu, niezależnie od trafności poszczególnych wywodów (a np. dyskursy feministyczny i konserwatywny wydają się trudne do pogodzenia z zasadą wolności słowa), z pewnością możliwe jest skonstruowanie koherentnej intelektualnie koncepcji pozwalającej traktować „taniec nago” jako zachowanie, a nie jako wypowiedź. Zarazem sądzę, iż stanowisko to jest sprzeczne z wypracowaną przez SN doktryną ekspresji symbolicznej, a jego przyjęcie wymagałoby radykalnego zmodyfikowania dotychczas obowiązującej linii orzeczniczej (polegającym m.in. na eliminacji testu Spence’a).

Kolejną potencjalnie możliwą oraz spójną koncepcyjnie alternatywę, za którą mógłby się opowiedzieć Sąd Najwyższy, stanowiłoby zaklasyfikowanie „tańca nago” jako przedstawienia artystycznego (specyficznego typu), nieróżniącego się w ujęciu fenomenologicznym żadnymi prawnie doniosłymi cechami od koncertu, kabaretu, wodewilu bądź też spektaklu teatralnego. Wszelkie zróżnicowanie normatywnego statusu tych wypowiedzi stanowiłoby więc pochodną dyferencjacji treściowej. Zgodnie z tym ujęciem (zasugerowanym uprzednio przez Marshalla), przynajmniej niektóre pokazy „tańca nago” konstytuowałyby „czyste słowo” – zachowanie na tyle ograniczone w formie, aby było konieczne dla zakomunikowania określonych erotycznych emocji czy idei. Adherenci tej koncepcji mogliby w szczególności wysunąć argument, że nagranie takiego materiału oraz późniejsze odtworzenie go w formacie „nie na żywo” skutkowałoby objęciem przekazu protekcją pierwszej poprawki właściwą dla nieobscenicznych produkcji filmowych. Tymczasem trudno uznać za zasadną supozycję, jakoby przeniesienie pokazu „tańca nago” na taśmę celuloidową bądź też nośnik cyfrowy w sposób istotowy modyfikowało *genus* takowej ekspresji⁴⁷⁸. Pamiętając o wadze przywiązywa-

⁴⁷⁷ Ch. Wolfe, *Thomistic natural law and the American natural law tradition*, [w:] *St. Thomas Aquinas and the natural law tradition: contemporary perspectives*, ed. by J. Goyette, M. S. Latkovic and R. S. Myers, Washington 2004, s. 221. Jak konstatuje (w ściśle opisowej tonacji) Thomas C. Mackey, sam fakt, że argumenty powołujące się na postanowienia pierwszej poprawki w kontekście tańca erotycznego w ogóle „mogły zostać sformułowane, wzięte na poważnie oraz rozpatrzone przez najwyższy trybunał sądowiczy w kraju”, jest indykatorem dominacji w Stanach Zjednoczonych zorientowanej libertariańsko „kultury uprawnień”, [w:] *idem, Pornography on trial: a handbook with cases, laws and documents*, Santa Barbara 2002, s. 9 – 10.

⁴⁷⁸ Zauważmy jednak, że argumenty przeciwne również są formułowane w literaturze. Strukturę prawniczego rozumowania takiej treści przedstawia np. K. J. Vandeveld, *Thinking like a lawyer: an introduction to legal reasoning*, Boulder 1996, s. 96 – 98. W tym kontekście na wzmiankę zasługuje też koncepcja „publikacji” Davida M. Estlunda, zgodnie z którą objęcie „tańca nago” ochroną konstytucyjną uzależnione jest od jego powtarzalności, tj. od możliwości replikowania przedmiotowego przedstawienia; o ile warunek ten jest zawsze spełniony

nej w orzecznictwie SN do zasady neutralności treściowej i o nieprzychylnym nastawieniu Sądu Najwyższego względem jakichkolwiek prób cenzurowania przedstawień artystycznych bądź dzieł sztuki⁴⁷⁹, można wyprowadzić wniosek, że aprobata tego wariantu ujmowania interesującej nas tutaj kwestii poważnie zredukowałaby kompetencję władzy publicznej do limitowania wolności wystawiania spektakli „tańca nago”. Oczywiście pogląd ten bynajmniej nie implikuje automatycznej konstatacji, że przedstawienia natury erotycznej powinny podlegać absolutnie identycznej ochronie ustawy zasadniczej, jak, powiedzmy hipotetycznie, *Człowiek z żelaza* bądź widowisko teatralne prezentowane przez dziecięcą szkołę niedzielną. Wystarczy przytoczyć trzy egzemplifikacje. Po pierwsze, pokazy „tańca nago” w dalszym ciągu mogłyby pozostawać przedmiotem odpowiednich unormowań ograniczających czas bądź miejsce przekazu, co do wprowadzania których państwu – zgodnie z wyrokami Sądu Najwyższego – przysługuje relatywnie szeroki margines swobody regulacyjnej. Niewątpliwie bowiem w kontekście przedstawień erotycznych znacznie prostszym zadaniem niż w przypadku innych spektakli jest zdiagnozowanie „istotnego interesu publicznego”, który uzasadniałby uchwalenie takowych ograniczeń; podobnie konieczność zapewnienia „szerokich alternatywnych kanałów komunikacji” może być łatwo interpretowana w sposób pozwalający aparatowi państwa na względnie swobodną przestrzenną dyspersję (albo koncentrację) lokali oferujących „taniec nago”⁴⁸⁰. Po drugie, o ile hipotetyczna regulacja wymierzona w ten rodzaj przedstawienia, która wprowadziłaby jakieś dyskryminacyjne rozwiązania oraz nie spełniałaby kryteriów wynikających ze standardu TPM, byłaby manifestacją treściowego upośledzenia, o tyle można wyobrazić sobie nierygorystyczną wykładnię testu „strict scrutiny”, legitymizującą uchwalenie takich przepisów (przynajmniej w odniesieniu do niektórych rodzajów omawianej ekspresji)⁴⁸¹. Po trzecie, państwu mogłaby również przysługiwać faktycznie większa swoboda limitowania „tańca nago” w oparciu o doktrynę akcydentalnych brzemion (czyli na podstawie standardu O'Briena), aniżeli

w przypadku emisji pokazu „nie na żywo”, o tyle np. fizyczna interakcja między tancerką i widzem jest właściwie nie do powielenia, [w:] *idem, The visit and the video: publication and the line between sex and speech*, [w:] *Sex, preference, and family: essays on law and nature*, ed. by M. C. Nussbaum, New York 1997, s. 141 – 142.

⁴⁷⁹ Por. np. N. C. Patten, *The politics of art and the irony of politics: how the Supreme Court, Congress, NEA, and Karen Finley misunderstand art and law in National Endowment for the Arts v. Finley*, *Houston Law Review*, vol. 37, s. 566 – 569.

⁴⁸⁰ Jak trafnie zauważa przy tym Thomas P. Crocker, umiejętnie zastosowane regulacje czasu, miejsca i sposobu przekazu mogą skutecznie ograniczać zdolność autorów wypowiedzi do komunikowania idei lub informacji (a tym bardziej do komunikowania ich za pomocą „tańca nago”), [w:] *idem, Displacing dissent: the role of “place” in the First Amendment jurisprudence*, *Fordham Law Review*, vol. 75, s. 2587.

⁴⁸¹ Zaznaczmy jednak, iż obowiązująca obecnie linia orzecznicza Sądu Najwyższego wyklucza taką interpretację.

ma to zazwyczaj miejsce w odniesieniu do innego typu utworów artystycznych (np. poprzez zdelegalizowanie „lap dancing” na podstawie przepisów wymierzonych w prostytucję). W każdym razie akceptacja przeanalizowanej opcji zaowocowałaby objęciem „tańca nago” ochroną pierwszej poprawki w najobszerniejszym wymiarze. Trzeci wariant, na którego selekcję mógł zdecydować się Sąd Najwyższy, polegałby oczywiście na zaklasyfikowaniu „tańca nago” jako wypowiedzi symbolicznej, w której – nawiązując do sformułowania Warrena z wyroku *Stany Zjednoczone vs. O’Brien* – w ramach jednego zachowania zsyntetyzowany jest komponent nieekspresyjny oraz element komunikacji idei lub emocji. Implementacja takiego rozwiązania skutkowałaby możliwością aplikacji wobec wskazanej kategorii przekazu regulacji dotyczących jedynie nieekspresyjnego składnika wypowiedzi (zgodnych z testem O’Briena). Z punktu widzenia rozmiarów konstytucyjnej protekcji tańca erotycznego, wybór trzeciej z zarysowanych opcji okazuje się, spoglądając pragmatycznie, rozwiązaniem kompromisowym (aczkolwiek – w moim przekonaniu – doktrynalnie, intelektualnie oraz jurydycznie wątpliwym).

Mając na uwadze powyższe dylematy, możemy teraz przystąpić do omówienia kolejnych rozstrzygnięć SN. Kompleksowe rozpoznanie i wyjaśnienie fenomenu tańca erotycznego oraz przysługującego mu konstytucyjnie poziomowi ekskluzji spod regulacji władzy publicznej stało się przedmiotem refleksji SN dopiero w 1991 roku. Okazji ku temu dostarczyła sprawa *Barnes vs. Glen Theatre, Inc.*⁴⁸². Fakty przedstawiały się następująco⁴⁸³. Stan Indiana zdecydował się egzekwować ustawę o „zapobieganiu publicznej nieobyczajności” (zakazującej „świadomego lub intencjonalnego pojawiania się nago w miejscu publicznym” oraz traktującej takowy czyn jako występki) względem lokali oferujących w palecie usług taniec erotyczny. Okolicznością wyłączającą bezprawność (jeżeli chodzi o kobiety...) było przynajmniej założenie stringów i zakrycie nieprzeźroczystym materiałem brodawek sutkowych. Taka aplikacja ustawy skłoniła dwóch powodów – tj. klub *Kitty Kat Lounge* (prezentujący pokazy tańca go-go, wykonywanego przez całkowicie obnażone tancerki) oraz spółkę *Glen Theatre* (zajmującą się m.in. dostarczaniem tzw. rozrywki dla dorosłych na żywo, polegającej na organizowaniu pokazów „tańca nago”; siedzący w budce klient mógł – po uiszczeniu odpowiedniej opłaty – obserwować tancerki przez szybę) – do wystąpienia na drogę sądową. Postawiony przez nich zarzut dotyczył pierwotnie niezgodności ustawy z pierwszą poprawką z uwagi na nadmiernie szeroki zakres przedmiotowy skarżonej regulacji. W pierwszej instancji powyż-

⁴⁸² 501 U. S. Reports 560.

⁴⁸³ Zwięzłą rekapitulację okoliczności sprawy i rozstrzygnięć zapadłych w niższych instancjach można znaleźć np. w artykule Roberta J. Hoppertona, *Standards of judicial review in Supreme Court land use opinions: a taxonomy, an analytical framework, and a synthesis*, *Journal of Urban and Contemporary Law*, vol. 51, s. 103 – 104.

sza argumentacja spotkała się z uznaniem sądu. Jednak w wyniku postępowania apelacyjnego sąd drugiej instancji skierował sprawę do ponownego rozpoznania oraz uznał, iż należy w nim przedsięwziąć wyłącznie kwestię konstytucyjności stosowania ustawy bezpośrednio do „tańca nago”. Przesłanką rozstrzygnięcia była wykładnia kwestionowanych przepisów dokonana kilka lat wcześniej przez SN Indiany, który zinterpretował ich brzmienie tak, by nie obejmowały one np. aktorów pojawiających się nago w poważnych sztukach teatralnych⁴⁸⁴. W każdym razie skutek ponownego procesu sąd pierwszej instancji orzekł tym razem, że rozrywka oferowana przez Kitty Kat Lounge i Glen Theatre nie podlega ochronie pierwszej poprawki. Po ponownej apelacji sąd drugiej instancji stwierdził zaś coś radykalnie przeciwnego, uznając „taniec nago” za ekspresyjną aktywność, objętą stosownymi gwarancjami ustawy zasadniczej. Stanowisko takie zostało podtrzymane po kolejnym odwołaniu. Ostatecznie sprawa trafiła do Sądu Najwyższego USA, który najwęższą możliwą różnicą głosów (tj. 5 do 4) zanegował zasadność argumentacji podmiotów oprostowujących regulację. Co interesujące, nawet taka – nader wszak skromna – większość nie była zdolna sformułować wspólnego uzasadnienia orzeczenia; w konsekwencji rozstrzygnięcie było legitymowane aż na trzy sposoby. Najwięcej głosów zdobyły tezy Williama Rehnquista (poparli je również Sandra Day O'Connor i Anthony M. Kennedy); z odrębnych powodów sentencja wyroku zyskała też aprobatę Antonina Scali i Davida H. Soutera. Niewątpliwie rozbieżności te nie ułatwiły interpretacji woli czy istoty argumentacji SN oraz przyczyniły się do pogłębienia trudności związanych z delimitacją konstytucyjnej protekcji „tańca nago”.

Analizę poszczególnych uzasadnień wypada rozpocząć od rozważenia enuncjacji prezesa Sądu Najwyższego. Rehnquist od początku przyznał, że choć taniec erotyczny pozostaje tylko „marginalnie w zewnętrznej sferze oddziaływania pierwszej poprawki”, to mimo wszystko jest przykładem „ekspresyjnej aktywności”. Tym samym zakwalifikował, aczkolwiek bez szerszej klaryfikacji, ową formę rozrywki jako wypowiedź symboliczną. Ewidentnie nieprawdziwa jest przeto teza, jakoby sędzia generalnie odmówił rozciągnięcia ochrony przewidzianej pierwszą poprawką na „taniec nago” jako kategorię ekspresji⁴⁸⁵. Wydaje się zresztą, iż w świetle testu Spence'a taka klasyfikacja stano-

⁴⁸⁴ Por. R. Kalyan, *Regulation of nude dancing in bring your own bottle establishments in the Commonwealth of Pennsylvania: are the Commonwealth's municipalities left to fend for themselves?*, Dickinson Law Review, vol. 99, s. 184. Zauważmy zarazem jednak, że Sąd Najwyższy Indiany nie tyle usankcjonował obywatelskie prawo do pojawiania się nago w określonych sytuacjach, co uznał konstytucyjną konieczność wyjątkowego tolerowania nagości jako fragmentu szerszej ekspresji zasługującej na ochronę na mocy klauzuli wolności słowa. Innymi słowy, w przypadku niektórych utworów uczestniczącym w nich osobom należałoby się swoisty immunitet.

⁴⁸⁵ H. Arkes, *The return of George Sutherland: restoring a jurisprudence of natural rights*, Princeton 1994, s. 124. Tezie tej można natomiast przyznać znaczną dozę słuszności z pragmatycznego punktu widzenia, albowiem skala przedmiotowej protekcji – jak przekonamy się w toku dalszych analiz – była niesłychanie skromna.

wiła absolutne minimum, jakie mógł uczynić Sąd Najwyższy. Po pierwsze, jedna z zeznających w toku procesu tancerek stwierdziła, że rozebranie się w takt muzyki stanowi „integralną część tańca” i ważny składnik jej artystycznej wypowiedzi, która jest skutkiem zastosowania określonych zabiegów choreograficznych oraz konstytuuje próbę zarówno dostarczenia rozrywki, jak i zakomunikowania konkretnych treści. Tancerka określiła się cokolwiek przestarzałym mianem „ecdysiast” (sugerującym artystyczny wymiar pokazu, w którym uczestniczyła) i podkreślała swoje zaiste wszechstronne „kierunkowe” wykształcenie (które obejmowało studiowanie aktorstwa, baletu i tańca klasycznego)⁴⁸⁶. Po drugie, zdecydowana większość odbiorców – w sposób świadomy lub nieświadomiony – dostrzega i odczytuje erotyczną ekspresję wynikającą z „tańca nago”⁴⁸⁷. Tym samym obydwie warunki zawarte w standardzie Spence’a zostają w oczywisty sposób spełnione. Trafny jest zarazem pogląd Eliota F. Kriegera, zgodnie z którym uzasadnienie Rehnquista ufundowane było na założeniu o metafizycznym dualizmie ekspresji (taniec i transmitowany przezeń komunikat erotyczno-artystyczny) oraz zachowania (pozbywanie się odzienia)⁴⁸⁸. To właśnie taka presumpcja stanowiła przesłankę zdefiniowania „tańca nago” jako wypowiedzi symbolicznej.

Diagnoza sformułowana przez Rehnquista spotkała się zasadniczo z przychylną recepcją wyraźnej większości komentatorów (również tych krytycznie ustosunkowanych do dalszej części uzasadnienia). Godzi się zatem przywołać tu kilka reprezentatywnych opinii. Jak dowodzi Kevin Case, „taniec nago” może posiadać ekspresyjny charakter oraz wyrażać „silny i charakterystyczny” przekaz seksualnego pożądania, kobiecej dostępności czy też docenienia piękna obnażonego ciała. Taniec *per se* jest częstokroć instrumentem wyrażania emocji bądź idei, a nagość wykonawcy nie eliminuje owego komunikacyjnego aspektu; co więcej, może go nawet wzbogacać (nagie ciała bywają wszak istotnym atrybutem wielu dzieł sztuki). Jak dalej przekonuje Case, strip-tease nie przypomina przecież „klinicznego rozbierania się” pacjenta w gabinecie lekarskim; odbywa się zgodnie ze scenariuszem, którego zrealizowanie ma ułatwić transmisję erotycznego bądź estetycznego przekazu w sposób przemawiający do odbiorcy. W przesławiadzeniu amerykańskiego prawnika, fakt, iż zazwyczaj tancerki w swojej subiektywnej ocenie nie pragną wyrazić żadnego skonkretyzowanego przekazu, nie powinien przesądzać o odmówieniu „tańcowi nago” atrybutów „słowa” w rozumieniu pierwszej poprawki, albowiem podobną tezę można postawić w relacji np. do zmęczonych wykonawców muzyki klasycznej, którzy częstokroć jedynie mechanicznie wyko-

⁴⁸⁶ R. P. Bezanson, *Art and freedom of speech*, Champaign – Urbana 2009, s. 55.

⁴⁸⁷ Ch. A. Fisher, *Nude dancing*, *Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. 6, s. 336.

⁴⁸⁸ E. F. Krieger, *Toward a speaker-oriented theory*, *Denver University Law Review*, vol. 73, s. 70.

nują przypisane im ruchy, nie zwracając uwagi na koncert jako ekspresyjną całość (a tymczasem nikt nie posiada większych wątpliwości, że odegranie symfonii to aktywność ekspresyjna). Wszelkie teorie odmawiające „tańcowi nago” komunikacyjnego charakteru są więc emanacją arbitralnych sądów moralnych i estetycznych. Prywatne upodobania nie mogą jednakże stanowić miarodajnego czy obiektywnego kryterium determinującego konstytucyjny status danej kategorii wypowiedzi. W przypadku „tańca nago” zachodzi też jeszcze pewna dodatkowa okoliczność: otóż w ramach tego rodzaju wypowiedzi symbolicznej element czynu i składnik ekspresji są wyjątkowo silnie powiązane, gdyż „treść komunikowana przez taniec nago [...] wyrasta bezpośrednio z czynności polegającej na tymże tańcu; ekspresja oraz czyn są nierozzerwalnie splecione ze sobą [...] Nagie ciało to nie «symbol» służący przekazaniu treści; to sama treść”⁴⁸⁹. W tym ujęciu nie istnieje zatem ekwiwalentny sposób transmisji tej samej treści zainteresowanym odbiorcom. Podobne stanowisko zajmuje George Corsianos, pisząc, że „taniec nago” może stanowić instrument eksternalizacji naszych emocji i idei, których nie jesteśmy w stanie zmanifestować w sposób racjonalny⁴⁹⁰. Kolejny komentator nie waha się nawet usprawiedliwić przekonania o ekspresyjnym charakterze tańca erotycznego odwołaniami do autorytetu Arystotelesa i Eurypidesa⁴⁹¹. Warto jednak ponownie w tym miejscu podkreślić, że wymienieni autorzy co do zasady aprobują postrzeganie „tańca nago” jako wypowiedzi symbolicznej, a nie jako szczególnej egzemplifikacji „pure speech”.

Kwalifikacja prezesa SN spotkała się jednak także z polemikami płynącymi z dwóch stron silnie spolaryzowanej dyskusji. Z jednej strony przykładowo Timothy M. Tesluk argumentuje, że Rehnquist „przez sumaryczne odrzucenie poglądu o immanentnie ekspresyjnym wymiarze zachowania [...] uniknął konfrontacji z tezą o komunikatywnej naturze tańca”. Potraktowanie występów prezentowanych chociażby w Kitty Kat Lounge jako wypowiedzi symbolicznych zapoznało oczywisty fakt, że rozrywka z samej swej istoty wiąże się z przekazywaniem jakichś idei. Z tego też powodu nie można separować tańca erotycznego na odrębne części i zezwalać na skoncentrowanie uwagi przez usta-

⁴⁸⁹ K. Case, *“Lewd and immoral”: nude dancing, sexual expression, and the First Amendment*, Chicago – Kent Law Review, vol. 81, s. 1185, 1213, 1216 – 1217, 1219 – 1223.

⁴⁹⁰ G. Corsianos, *Express yourself! – freedom of expression in the United States of America*, Queen Mary Law Journal, issue 7, s. 2

⁴⁹¹ D. L. Hudson, Jr., *Adult entertainment and the secondary-effects doctrine: how a zoning regulation may affect First Amendment Freedoms*, First Reports, vol. 2, s. 8 – 9. Clinton P. Hansen powołuje się natomiast w tej materii na tradycje biblijne i obyczaje funkcjonujące w starożytnych Chinach, kwitując swoje rozważania nieco ironicznym zdaniem, że „taniec nago” pomimo „niezdolności do zapewnienia sobie statusu zjawiska niezbędnego do przetrwania rodzaju ludzkiego” jednoznacznie zasługuje na objęcie go konstytucyjnymi gwarancjami przewidzianymi dla wypowiedzi, [w:] *idem, To strip or not to strip: the demise of nude dancing and erotic expression through cumulative regulations*, Valparaiso University Law Review, vol. 35, s. 562 – 563.

wodawcę wyłącznie na kwestii nagości występujących; analizowane zjawisko tworzy koherentną całość. Jak dodaje Tesluk, sztuczne konstruowanie dychotomii między ekspresją i czynem w kontekście „tańca nago” abstrahuje od faktu, iż nikt nie podejmuje próby dokonywania identycznego rozróżnienia w przypadku takich czynności, jak np. pisanie czy mówienie. Tymczasem – z perspektywy teoretycznej – taki absurdalny zabieg byłby przecież całkowicie analogiczny do rozumowania przyjętego przez Rehnquista⁴⁹². W podobnym tonie Gianni P. Servodidio pisze, że „integralność tego rodzaju przedstawień będzie podlegała uszczupleniu, jeżeli sądy będą rozważały taniec w kontekście jego oddzielnych składników, a nie jako spójną całość. Aprobata większości dla decyzji Indiany o wyodrębnieniu i zakazaniu nagości jako niekomunikacyjnego elementu odgrywanego na żywo przedstawienia [...] niesie ze sobą niezwerbalizowaną wprost dewaluację nagości jako ekspresyjnego komponentu tańca, co otwiera legislatywom oraz sądom drogę do sprawowania kontroli nad różnymi elementami ekspresyjnej aktywności”. Poszczególne składniki ekspresji tego typu są zatem, w przekonaniu komentatora, inherentnie ze sobą powiązane (inaczej niż ma to miejsce choćby w przypadku spalania flagi USA w ramach politycznego protestu, a przecież ten ostatni rodzaj wypowiedzi jest konstytucyjnie chroniony)⁴⁹³. W gruncie rzeczy przedstawione koncepcje zakładają (choć nie *expressis verbis*) konceptualizację fenomenu „tańca nago” w kategorii „czystego słowa”. Z kolei diametralnie antytetyczny względem enuncjacji Tesluka czy Servodidio pogląd wyraża w przedmiotowej kwestii Schauer, w którego przekonaniu objęcie „tańca nago” jakimikolwiek gwarancjami zapewnianymi przez pierwszą poprawkę nie stanowi niczego innego jak jedynie manifestacji „konstytucyjnego oportunistu”, promowanego przez orędowników „seksualnego libertynizmu”⁴⁹⁴. Schauer utrzymuje bowiem, iż klauzula wolności słowa nie jest adekwatnym punktem odniesienia dla rozstrzygania kontrowersji obyczajowych. W jego ocenie, cokolwiek osobliwie brzmi pogląd, zgodnie z którym podczas gdy funkcjonowanie „domów publicznych może zostać całkowicie zakazane, to przepełniony nagością peep-show, nawet odbywający się w kontekście praktycznie nieodróżnialnym od prostytutki” powinien cieszyć się konstytucyjną protekcją⁴⁹⁵. Powyższa krytyka jest oczywiście bezpośrednio funkcją ne-

⁴⁹² T. M. Tesluk, *Barnes v. Glen Theatre: censorship? So what?*, Case Western Reserve Law Review, vol. 42, s. 1110 – 1112.

⁴⁹³ G. P. Servodidio, *The devaluation of nonobscene eroticism as a form of expression protected by the First Amendment*, Tulane Law Review, vol. 67, s. 1251.

⁴⁹⁴ Oskarżenie Schauera brzmi szczególnie paradoksalnie w odniesieniu do Rehnquista, którego konserwatyzm właściwie od początku kadencji prokurował ostrą krytykę ze strony liberałów, przekonanych, iż jego polityczne predylekcje rzutować będą na treść orzeczeń (także w sprawach z zakresu wolności słowa). Por. J. F. Simon, *In his own image: the Supreme Court in Richard Nixon's America*, New York 1973, s. 240.

⁴⁹⁵ F. Schauer, *First Amendment opportunism*, Harvard 2000, s. 9 – 10.

gatywnego stosunku Schauera do nadmiernego poszerzania katalogu przedmiotów ochrony pierwszej poprawki.

W tym miejscu należy też zastanowić się nad znaczeniem oraz doktrynalnymi i prawnymi implikacjami tezy Rehnquista o marginalnej pozycji „tańca nago” z punktu widzenia klauzuli wolności słowa. Daleko idącą przesadą byłoby oczywiście upatrywanie w owym stwierdzeniu jakiegoś jurydycznego przełomu. Symptomy traktowania nieobscenicznej erotycznej ekspresji jako mało wartościowej były już przecież łatwo dostrzegalne np. w wyrokach SN w sprawach *Young vs. American Mini Theatres*, *Renton vs. Playtime Theatres, Inc.*, *California vs LaRue* czy wreszcie *Schad vs Borough of Mount Ephraim*. Mimo wszystko zwerbalizowanie takiego poglądu wprost w odniesieniu do „tańca nago” bez wątplenia zasługuje na uwagę. Jak trafnie jednak konstatuje Judith Lynne Hanna, prezes Sądu Najwyższego właściwie nie wyjaśniał, na czym dokładnie polegać ma ta marginalna, fragmentaryczna bądź też częściowa relewantność tańca erotycznego do pierwszej poprawki⁴⁹⁶. Wskazany brak precyzji sprowokował jednego z komentatorów do przepelnionego sarkazmem wyrażenia ubolewania nad faktem, że Rehnquist nie rozrysował w uzasadnieniu diagramu ilustrującego rozmaite sfery oddziaływania klauzuli wolności słowa⁴⁹⁷. Niezależnie od uwypuklonych niejasności możemy jednak pokusić się o pewne spekulacje w celu wyjaśnienia rozumowania przyjętego przez prezesa SN, starając się przy tym zinterpretować je w możliwie najkorzystniejszym świetle (tj. w sposób maksymalnie niekolidujący z dotychczas ustanowionymi precedensami). Nie jest bowiem skazana apriorycznie na niepowodzenie próba usprawiedliwienia konkluzji Rehnquista o marginalnym statusie „tańca nago” bez odwołania się do treściowej ewaluacji ekspresji (aczkolwiek – jak można podejrzewać – krytyczny stosunek sędziego do komunikowanego poprzez taniec erotyczny przekazu – traktowanego przezeń jako mało wartościowy albo wręcz bezwartościowy – stanowił *de facto* dominantę takiej konkluzji). Niewykluczone bowiem, że fundamentalne znaczenie dla Rehnquista posiadało rozróżnienie pomiędzy tradycyjnie akceptowanymi metodami komunikacji (jak choćby filmy czy spektakle teatralne, występowanie nagości w których nie było przedmiotem zainteresowania Indiany) a ledwie ekspresyjnymi środkami przekazu w rodzaju „tańca nago”⁴⁹⁸. Innymi słowy, tylko marginalna ochrona przedmiotowej wypowiedzi przez pierwszą poprawkę wynikałaby z faktu, że „taniec nago” – jako *sui generis* medium komunikacji – nie konstituuje składowej części „strukturalnego szkie-

⁴⁹⁶ J. L. Hanna, *Toying with the striptease dancer and the First Amendment*, [w:] *Play contexts revisited*. Vol. 2, ed. by S. Reifel, Stamford 1999, s. 44.

⁴⁹⁷ M. M. Harrold, *Observations of white noise: an “acid test” for the First Amendment*, Lincoln 2005, s. 82.

⁴⁹⁸ R. C. Post, *Recuperating First Amendment doctrine*, *Stanford Law Review*, vol. 47, s. 1259.

letu dyskursu publicznego”⁴⁹⁹. Wydaje się jednak, iż nawet taka życzliwa dla Rehnquista wykładnia wyroku generalnie prowadzi do bardzo poważnych konsekwencji doktrynalnych (mimo że stanowisko prezesa SN wprost dotyczy raczej trywialnej problematyki). Trafna jest bowiem teza Ronalda J. Krotoszynskiego, że dyferencjacja poziomu protekcji różnych kategorii ekspresji faktycznie oznacza odejście od klasycznej liberalnej metafory „wolnego rynku idei” (na którym swobodnie konkurują ze sobą rozmaite wypowiedzi) i wyrażenie gotowości do zaakceptowania bardziej komunitariańsko i wspólnotowo zorientowanej wykładni pierwszej poprawki⁵⁰⁰. Jak zauważa Helen Pundurs, analizowane orzeczenie ufundowane jest na założeniu, jakoby „widok w pełni obnażonej kobiecej piersi był czymś niemoralnym, względnie mogącym wywołać niemoralne lub też dysruptywne skutki, natomiast widok częściowo zakrytej kobiecej piersi był czymś zupełnie innym”⁵⁰¹. Trudno nie postrzegać wprowadzenia tej dystynkcji jako przejawu sędziowskiego aktywizmu (polegającego na kierowaniu się przez sędziów w toku wyrokowania własnymi preferencjami moralnymi, a nie prawem stanowionym czy utrwalonymi precedensami), zakorzenionego w paternalistycznym paradygmacie i uzależniającego przyznanie wypowiedziom całościowej protekcji konstytucyjnej od aprobującego stosunku judykatury do ich treści⁵⁰². Można, rzecz jasna, replikować, że wskazana hierarchizacja nie tyle jest wyrazem preferencji sędziowskich, co raczej stanowi udzielenie lokalnym zbiorowościom upoważnienia do ograniczania niemoralnej (zdaniem jej członków) ekspresji symbolicznej w nienaruszający ustawy zasadniczej sposób⁵⁰³. W moim przekonaniu, ujęcie to mocno trąci jednak sofistyką...

Użyteczne będzie rozpoczęcie analizy dalszej części wyroku, poświęconej ocenie regulacji Indiany (a dokładniej rzecz ujmując, jej zastosowania do przypadku tańca erotycznego) przez pryzmat kryteriów zawartych w teście O’Brien⁵⁰⁴, od przytoczenia

⁴⁹⁹ J. Weinstein, *Democracy, sex, and the First Amendment*, New York University Review of Law & Social Change, vol. 31, s. 874.

⁵⁰⁰ R. J. Krotoszynski, Jr., *The First Amendment in cross-cultural perspective: a comparative legal analysis of the freedom of speech*, New York 2006, s. 23.

⁵⁰¹ H. Pundurs, *Public exposure of the female breast: obscene and immoral or free and equal?*, In the Public Interest, vol. XIV, s. 21.

⁵⁰² M. M. Harrold, *Stripping away at the First Amendment: the increasingly paternal voice of our living Constitution*, University of Memphis Law Review, vol. 32, s. 408.

⁵⁰³ Tak A. E. Mitchell, *Nude dancing and First Amendment scrutiny*, Urban Lawyer, vol. 34, s. 285.

⁵⁰⁴ Nie sposób zgodzić się z opinią wyrażoną przez Ingrid Kristen Campagne, jakoby zgodność przedmiotowego unormowania z ustawą zasadniczą mogła być oceniana zarówno przez pryzmat standardu O’Brien, jak i testu TPM, a dokonany przez Rehnquista wybór pierwszego z tych wariantów spowodowany był wyłącznie faktem, że regulacja Indiany w oczywisty sposób nie przechodziła pozytywnie trzeciego kryterium weryfikacyjnego (z uwagi na zamknięcie wszystkich alternatywnych kanałów komunikowania przekazu transmitowanego przez „taniec nago”), [w:] *idem, Barnes v. Glen Theatre, Inc.: application of Indiana’s public*

oryginalnej interpretacji treści uzasadnienia oraz intencji Rehnquista autorstwa Vincenta Blasięgo. Osobiście skłaniając się ku akceptacji kategoryzacji „tańca nago” jako odmiany wypowiedzi symbolicznej, badacz podejrzewa równocześnie prezesa Sądu Najwyższego (w końcu jedną z ikon konserwatywnej jurysprudencki amerykańskiej) o zastosowanie dość dwuznacznego prawnie i moralnie fortelu. Blasi, koncentrując swą uwagę na supozycji Rehnquista o tylko marginalnym zainteresowaniu pierwszej poprawki przedmiotową problematyką, przekonuje bowiem, że przyjęcie tej optyki pozwoliło sędziemu na sformułowanie normatywnej koncepcji zakładającej, iż „wymuszanie przestrzegania standardów moralnych stanowi właściwy fundament dla ograniczania wolności słowa”. Przeprowadzone przezeń wywody prowadzić miały do potraktowania moralności jako karty atutowej przebijającej inne wartości gwarantowane w ustawie zasadniczej (odnośnie do wypowiedzi posiadających jedynie niską wartość z perspektywy pierwszej poprawki)⁵⁰⁵. Tym samym formalne poszerzenie zakresu oddziaływania konstytucyjnych gwarancji tak naprawdę miało na celu osłabienie intensywności ochrony swobody ekspresji (w szczególności swobody ekspresji symbolicznej na bazie standardu O'Briena)⁵⁰⁶. Dalsze tezy Rehnquista rzeczywiście jednoznacznie wskazywały, że aplikacja rzeczonoego testu do casusu „tańca nago” nie będzie prowadziła do jakiegokolwiek istotnego ograniczenia pola manewru państwa w implementacji norm regulacyjnych. Jak dowodził prezes SN, uchwalenie ustawy o „zapobieganiu publicznej nieobyczajności” mieści się generalnie w granicach konstytucyjnych kompetencji legislatury stanowej (której tradycyjne uprawnienia policyjne zawierają troskę o bezpieczeństwo, zdrowie i moralność publiczną). Regulacja ta przyczynia się również do urzeczywistniania znaczącego interesu publicznego. Wprawdzie z posiadanych przez Sąd Najwyższy informacji nie wynika *explicite* precyzyjna identyfikacja rzeczonoego interesu⁵⁰⁷, ale zarejestrowana historia *common law* i wykładnia gramatyczna tekstu ustawy pozwalają zasadnie

indecenty statute to nude dancing – is the Supreme Court stripping away First Amendment protections to reveal a new standard?, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 25, s. 610. Nawet jeśli Rehnquistowi rzeczywiście przyświecała tak „podstępna” motywacja, to i tak standard O'Briena był tu jedynym odpowiednim instrumentem analizy sędziowskiej. Por. również S. Baer, *Violence: dilemmas of democracy and law*, [w:] *Freedom of speech and incitement against democracy*, ed. by D. Kretzmer and F. Kershman Hazan, The Hague 2000, s. 68.

⁵⁰⁵ V. Blasi, *Six conservatives in search of the First Amendment: the revealing case of nude dancing*, William and Mary Law Review, vol. 33, s. 639, 640, 643.

⁵⁰⁶ Z pewnością warto w tym kontekście przypomnieć (por. A. J. Howard, *When can the moral majority rule?: the real dilemma at the core of the nude dancing cases*, St. Louis University Law Journal, vol. 44, s. 905), że aksjologicznym kamieniem węgielnym znajdującym się u podstaw pierwszej poprawki jest uznanie ograniczania wolności słowa ze względu na niemoralny charakter regulowanej ekspresji za co do zasady niedopuszczalne. Negacja tej zasady doprowadziłaby więc do dramatycznego przeformułowania znaczenia pierwszej poprawki.

⁵⁰⁷ Por. K. T. Gibson, *Barnes v. Glen Theatre, Inc.: the naked truth*, University of Miami Entertainment and Sports Law Review, vol. 9, s. 214.

domniemywać, że teleologia przedmiotowej normy wiąże się z ochroną społecznego porządku oraz moralności publicznej. Ów interes publiczny dotyczy więc zapobiegania niemoralnemu zachowaniu polegającemu na „obnażaniu się przed nieznanymi”, a regulacja jest refleksem społecznej dezaprobaty wobec takiego postępowania⁵⁰⁸. Rehnquist dodał też, iż z aksjologicznego punktu widzenia postulat rozdzielenia porządku prawnego od moralności jest właściwie nierealny; co więcej, nie posiada on także legitymacji w postanowieniach ustawy zasadniczej. Zgodnie z utrwaloną już niejako w orzecznictwie SN tendencją sędzia rozpatrywał pierwsze dwa warunki standardu O’Briena w sposób łączny i pozbawiony szczególnej wnikliwości⁵⁰⁹. Dotyczy to zwłaszcza zagadnienia instrumentalnej efektywności badanego unormowania. Jak trafnie stwierdza bowiem Harrold, prezes SN postrzegał niewielkie kawałki płótna jako narzędzia służące realizacji „szczytnego celu”, jakim jest ochrona moralności; tym samym sędzia ewidentnie przecenił etyczną funkcję skąpego ubioru (nie doceniając jednocześnie ekspresyjnej roli nagości)⁵¹⁰. Co więcej, przyjęta w orzeczeniu (obowiązująca zresztą od dawna w orzecznictwie SN) konwencja polegająca na liberalnej wykładni drugiego warunku testu oznacza, że praktycznie każdej regulacji możemy przypisać urzeczywistnianie legitymowanych i doniosłych interesów społecznych (zwłaszcza, jeśli zaakceptujemy domniemanie, zgodnie z którym ustawodawca nie wprowadza absolutnie zbędnych pod względem instrumentalnym unormowań)⁵¹¹. Czwarty warunek testu O’Briena także został w przeświadczeniu Rehnquista wypełniony przez analizowane uregulowanie. Jeśli zdiagnozujemy publiczne obnażanie się jako zło deontologiczne, a nie konsekwencjalistyczne, to konkluzja ta zdaje się zresztą nieunikniona. Akcydentalne brzemiona nałożone na ekspresję, nakazujące zakrycie wyłącznie najbardziej intymnych części ciała, nie są bowiem

⁵⁰⁸ Jak trafnie zauważa Alan Hyde, takie sprecyzowanie zamierzeń władzy posiada charakter tautologiczny; uprawnionym celem przepisu zapobiegającego publicznej nagości staje się zapobieganie publicznej nagości, [w:] *idem, Bodies of law*, Princeton 1997, s. 138. Tym samym obnażenie się przed nieznanymi nabiera charakteru zła samego w sobie niezależnie od czasoprzestrzennych okoliczności, w których następuje (z wyjątkiem sytuacji mieszczących się w granicach prawa do prywatności). Zauważmy jednak, iż cel ten można zidentyfikować nieco inaczej; prawomocnym zadaniem władzy publicznej byłaby tutaj ochrona osób niezyczących sobie oglądania widoku nagich ciał obcych ludzi. Oczywiście przyjęcie tej optyki wykluczałoby sensowność (i konstytucyjność) stosowania omawianej normy do „tańca nago” przy założeniu, że klienci lokali oferujących tę usługę są pełnoletni i dobrowolnie decydują się na oglądanie kontrowersyjnych pokazów. Ujęcie Rehnquista wydaje się natomiast przynajmniej częściowo potwierdzać pogląd Richarda Posnera, według którego u źródeł obowiązku nakładania w miejscach publicznych we wszelkich okolicznościach chociażby minimalnej ilości odzienia leży szczególnie silna w Stanach Zjednoczonych tabuizacja nagości, [w:] *idem, Sex and reason*, Cambridge 1992, s. 380.

⁵⁰⁹ J. M. McGoldrick, Jr., *op. cit.*, s. 927 – 928.

⁵¹⁰ M. M. Harrold, *Observations...*, s. 84 – 85.

⁵¹¹ J. S. Raskin, *Dancing on the outer perimeters: the Supreme Court’s precarious protection of expressive conduct*, Santa Clara Law Review, vol. 33, s. 425.

większe niż jest to konieczne dla wyeliminowania zachowań, które władza publiczna ma prawo zwalczać.

Podstawową kwestią rozpatrywaną w uzasadnieniu był jednak problem, czy zastosowanie omawianego unormowania do „tańca nago” stanowi przejaw tłumienia swobody wypowiedzi (inaczej mówiąc, czy ochrona moralności jest interesem niezwiązanym z ekspresją). Zdaniem Rehnquista, aplikacja przez Indianę swojej ustawy do pokazów organizowanych w Kitty Kat Lounge i przez Glen Theatre nie wynika z chęci penalizowania nagości z uwagi na erotyczny przekaz transmitowany przez tancerki, albowiem „najprawdopodobniej w podobnych klubach odbywa się wiele innych spektakli natury erotycznej bez jakiegokolwiek interferencji ze strony stanu tak długo, jak uczestniczący w nich aktorzy są odziani choćby w minimalny sposób. Co więcej, konieczność noszenia przez tancerki stringów i zakrywania brodawek sutkowych nie pozbawia tańca zdolności przekazania takiej erotycznej ekspresji, jaką ma on na celu; po prostu czyni ten przekaz mniej dosłownym”⁵¹². Jak uzupełniał sędzia, „zło, któremu Indiana pragnie zapobiec, to nie erotyczny taniec, lecz publiczna nagość. Pojawienie się na plaży nagich ludzi dowolnego kształtu, rozmiaru bądź wieku [...] transmitowałoby niewielki, jeżeli jakikolwiek, przekaz erotyczny; jednak stan próbuje do tego nie dopuścić. To publiczne obnażanie się jest złem, które stan chce wyeliminować, niezależnie, czy nagość jest czy też nie jest powiązana z jakąś aktywnością ekspresyjną”. Konstatacje Rehnquista prowadziły przeto do potraktowania nagości jako niekomunikacyjnego składnika tańca erotycznego. Z tego też powodu obłożenie jej groźbą sankcji miało nie wywierać pejoratywnego wpływu na swobodę ekspresji tancerek, pozostawiając istotę przekazu poza obszarem ingerencji władzy⁵¹³. Innymi słowy, argumenty moralistyczne zostały przez sędziego potraktowane jako niezwiązane z wolnością słowa; tym samym prezes SN uznał regulację za respektującą trzeci warunek standardu O'Brien.

Wydaje się, iż uzasadnienie zapoznawało fakt, że zdefiniowany w nim interes publiczny funkcjonuje w odmienny sposób w odmiennych kontekstach⁵¹⁴. Egzekwowanie norm zakazujących każdego (zarówno ekspresyjnego, jak i nieekspresyjnego) pojawiania się nago w miejscu publicznym w stosunku do dowolnego rodzaju obnażania się na ulicy, w parku bądź na ogólnie dostępnej plaży niewątpliwie pozostawałoby w zgodzie

⁵¹² Por. J. H. Taylor, *Nude dancing's marginal status under the First Amendment*, Florida Law Review, vol. 44, s. 149 (według autora, Rehnquist przyznał tu mimowolnie, że nagość stanowi ekspresyjny komponent przedmiotowych wypowiedzi symbolicznych, albowiem wpływa na dosłowność przekazu).

⁵¹³ Por. aprobatywnie R. A. Sedler, *Property and speech*, Journal of Law and Policy, vol. 121, s. 141 – 142.

⁵¹⁴ Por. P. S. Saluja, *Barnes v. Glen Theatre, Incorporated: the Court's moral disapproval of nude dancing*, The Ohio Northern University Law Review, vol. 18, s. 956 – 957.

ze standardem O'Briena. Interesem społecznym jest tu bowiem usunięcie niemoralnych zachowań z przestrzeni publicznej, w której na kontakt z nimi narażone są przypadkowe osoby⁵¹⁵. Jeżeli zatem pokaz „tańca nago” odbywałby się w takich okolicznościach, to regulacja z pewnością ustanawiałaby akcydentalne brzemie zgodne z testem O'Briena. Co więcej, w razie selektywnej prohibicji „tańca nago” (innej ekspresyjnej aktywności) w takich miejscach (np. przez wprowadzenie kwalifikowanej formy przestępstwa publicznego obnażania się), interes państwa posiadałby charakter ekspresyjny, ale niezwiązany z treścią ekspresji; przepis mógłby stanowić więc uprawnione ograniczenie TPM. Natomiast w sytuacji, w której unormowanie zabraniające pokazywania się nago w miejscach publicznych jest użyte jako instrument penalizacji „tańca nago”, odbywającego się w zamkniętym lokalu i skierowanego do zainteresowanej nim widowni, interes państwa polegający na obronie zasad moralnych ewidentnie posiada charakter związany z ekspresją. Przesłanką aplikacji przepisu w tym kontekście jest bowiem w sposób oczywisty sprzeczność komunikowanej przez tancerkę wypowiedzi symbolicznej z etyką (zdaniem legislatywy). Innymi słowy, kryminalizacja „tańca nago” jest warunkowana kwalifikacją tej kategorii ekspresji jako moralnie destrukcyjnej⁵¹⁶. Rehnquist zapewne replikowałby, że katalizatorem zastosowania regulacji jest nieekspresyjna nagość, a nie ekspresyjny „taniec nago”. Zgadzam się jednak m.in. z Servodidio i Taylorem, iż takie rozbijanie przedmiotowej wypowiedzi symbolicznej na części składowe jest pozbawione sensu oraz niemożliwe do konsekwentnego podtrzymywania, gdyż żadne heurystyczne zabiegi nie uzasadniają ignorowania faktu, że przesłankę represji wprowadzonej przez Indianę stanowi niemoralność chronionej ustawą zasadniczą (przynajmniej w teorii) ekspresji. Przedmiotowej regulacji nie sanowałoby także mniej rygorystyczne rozumienie trzeciego warunku standardu O'Briena, sprowadzające go wyłącznie do wymogu zachowywania przez przepisy neutralności treściowej. Absurdem byłoby wszak uznanie zasad etycznych za niedyskryminujące (w sensie opisowym) pejoratywnie kwalifikowanych zachowań ekspresyjnych⁵¹⁷. Zwróćmy też uwagę, że ustawa Indiany (i wyrok Rehnquista) oparte są na arbitralnym założeniu, zgodnie z którym „naga kobieta tań-

⁵¹⁵ Oczywiście jest przy tym, że stosowanie takiego unormowania do zachowań niekomunikacyjnych z punktu widzenia klauzuli wolności słowa w ogóle nie budzi żadnych wątpliwości w związku z pierwszą poprawką.

⁵¹⁶ T. A. West, *First Amendment protections stripped bare: Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, *New England Law Review*, vol. 27, s. 497.

⁵¹⁷ Zob. A. Hyde, *op. cit.*, s. 138. Wszelkie reguły właściwego postępowania mają w końcu wymiar wykluczający. Jak wskazuje także Paul Passavant (zapewne w zbyt udratyzowanej tonacji), zakaz „tańca nago” wiąże się z prawnym usankcjonowaniem społecznej ekskluzji zarówno osób uprawiających, jak i doceniających tę praktykę (są one postrzegane jako istoty z gruntu niemoralne), eliminowania ich z udziału, w tym co publiczne, oraz usuwania ich poza „dyskursywne parametry zachodniej cywilizacji”, [w:] *idem, No escape: freedom of speech and the paradox of rights*, New York 2002, s. 184.

cząca za szybą na życzenie uiszczających stosowne opłaty osób dorosłych w miejscu, w którym nie serwuje się alkoholu”, stwarza większe zagrożenie dla moralności oraz porządku społecznego niż np. nieprzyzwoita fotografia wystawiona w muzealnej gablocie⁵¹⁸. Dokonywanie przez władze publiczne podobnych rozróżnień, skutkujących konsekwencjami normatywnymi, zdaje się niemal paradygmatycznym przykładem niezachowania neutralności.

Sformułowana w uzasadnieniu moralistyczna argumentacja spotkała się z ostrą polemiką zdecydowanej większości komentatorów. Jak z niemalą dawką ironii pisze Nicholas Wolfson, ideologicznym i psychologicznym źródłem wywodów Rehnquista jest obawa, że pornografia (również ta niewyczerpująca legalnej definicji „obszescniczości”) stanowi szczególnie potężną kategorię ekspresyjną, zdolną wręcz wywołać seksualny Big Bang, radykalnie przekształcającą tradycyjną aksjologię i kulturę judeochrześcijańską, epatującą „homoseksualizmem, pedofilią, kazirodztwem, sadomasochizmem” i wynoszącą Madonnę (chodzi naturalnie o piosenkarkę) na piedestał⁵¹⁹. Według Tesluka, nie istnieje konstytucyjne upoważnienie pozwalające władzy limitować swobodę ekspresji w imię obrony zasad moralnych. Co więcej, aksjologia stojąca za stanowiskiem prezesa Sądu Najwyższego posiada wyłącznie judeochrześcijański charakter⁵²⁰ i może podlegać arbitralnym manipulacjom organów rządowych czy stanowych. Tym samym wyrok zwiększa wprawdzie siłę oddziaływania moralności publicznej, ale za cenę sytuowania jej w pozycji naturalnego „adwersarza praw jednostki”. Tesluk ostrzega, że uczynienie z norm moralnych przeciwwagi dla zasady wolności słowa może zdecydowanie osłabić ochronę praw jednostki przed bezpodstawnymi uroszczeniami ogółu⁵²¹. W przekonaniu Blasiego, Rehnquist wydaje się naiwnie wierzyć, że egzekwowanie standardów moral-

⁵¹⁸ R. Landry, *Barnes v. Glen Theatre – how can we know the dancer from the dance?*, Loyola Law Review, vol. 38, s. 253 – 254.

⁵¹⁹ N. Wolfson, *Eroticism, obscenity, pornography and free speech*, Brooklyn Law Review, vol. 60, s. 1064.

⁵²⁰ Akurat to oskarżenie wydaje się chybione. W swojej moralistycznej argumentacji Rehnquist odwołuje się bowiem raczej do pryncypiów demokratycznych (prawo społeczności do zwalczania nieetycznych w mniemaniu jej członków zachowań), a nie do jakiegokolwiek pretendującego do obiektywności porządku aksjologicznego. Warto nadmienić, iż w konserwatywnym amerykańskim dyskursie polityczno-prawnym istnieje niewątpliwie wewnętrzne napięcie teoretyczne (aczkolwiek w praktyce – z uwagi na panujące w Stanach Zjednoczonych realia społeczne – konflikt ten nie posiada przesadnego znaczenia) pomiędzy relatywizmem nawiązującym do zasad ludowładztwa oraz przekonań moralnej większości (kwestionowanych rzekomo przez liberalne elity) a etycznym absolutyzmem, poszukującym legitymizacji państwa i prawa w obiektywnych i nienaruszalnych wartościach. W gruncie rzeczy ujęcie prezesa SN koncentruje się wyłącznie na pierwszym z powyższych elementów. Tym samym trudno uznać, by uzasadnienie Rehnquista mogło w pełni usatysfakcjonować antyrelatywistycznych konserwatyistów w rodzaju cytowanego uprzednio Christophera Wolfe’a.

⁵²¹ T. M. Tesluk, *op. cit.*, s. 1115 – 1118, 1125 – 1126.

ności przez demokratyczną większość będzie miarkowane cnotami roztropności i racjonalności, a posiadający numeryczną przewagę „moralisci nie będą próbowali cenzurować przedstawień baletowych. Będą również tolerowali nagość w muzeach. A jeśli impuls cenzorski dosięgnie tych rewirów, to artyści i ich widownia skutecznie odwołają się do rozstrzygnięć politycznych”⁵²². Kolejna komentatorka akcentuje zaś immanentną nieprecyzyjność i niemierzalność interesu państwa polegającego na zabezpieczeniu respektowania przez obywateli standardów moralnych⁵²³. Natomiast zdaniem Aditi Bagchi, ograniczenie się przez Rehnquista do suchej jurydycznej analizy, pomijającej w zasadzie społeczne uwarunkowania i kontekst, zaprowadziło sędziego na manowce. Jak pisze bowiem autorka, „wola promowania moralności przez zakazanie nagości posiada jednakowe społeczne skutki, co pragnienie ograniczenia ekspresji erotycznej. Władza nie tylko efektywnie utrudniła obywatelom dostęp do określonych idei dotyczących znaczenia nagości lub wartości erotyzmu, ale równocześnie, komunikując swoje potępienie, pogwałciła założenie, zgodnie z którym jednostki są zdolne samodzielnie zadecydować o potencjalnym odrzuceniu przekazu transmitowanego przez taniec nago z powodu niemoralności nagości”. Akceptacja takiej linii rozumowania oznacza kwestionowanie przez SN deliberatywnej autonomii obywateli⁵²⁴. Za w znacznym stopniu adekwatne podsumowanie tych krytyk można uznać obiekcję wyrażoną przez Arnolda H. Lowy’ego, podkreślającą fundamentalną wewnętrzną niespójność wyroku. W jego ocenie, w wywodach Rehnquista „coś jest nie tak. Jeśli wypowiedź jest chroniona (nawet wypowiedź o niskiej wartości), to nie może być zakazana jedynie dlatego, że jest niemoralna”. Argumentacja przeciwna nabiera absurdalnego wręcz wymiaru, albowiem „jeżeli wypowiedzi posiadają niską wartość, to mogą być one przedmiotem rozsądnych ograniczeń; nie mogą być natomiast poddane całkowitemu zakazowi” na podstawie diagnoz moralnych przyjmowanych przez legislaturę⁵²⁵. Dodajmy też, że ten wątek uzasadnienia nie był zapewne problematyczny dla większości zwolenników optyki konserwatywnej. Jednak z uwagi na ogólne zanegowanie przez nich relewantności pierwszej poprawki do „tańca nago”, poszukiwanie moralistycznego usprawiedliwienia dla wprowadzania legalnych restrykcji wobec wskazanej wypowiedzi było dla reprezentantów takiego stanowiska właściwie kompletnie bezprzedmiotowe.

⁵²² V. Blasi, *Six...*, s. 644.

⁵²³ Zob. A. O. Wertheimer, *The First Amendment distinction between conduct and content: a conceptual framework for understanding fighting words doctrine*, *Fordham Law Review*, vol. 63, s. 833.

⁵²⁴ A. Bagchi, *Deliberative autonomy and legitimate state purpose under the First Amendment*, *Albany Law Review*, vol. 68, s. 842.

⁵²⁵ A. H. Loewy, *The use, nonuse, and misuse of low value speech*, *Washington and Lee Law Review*, vol. 58, s. 219.

Uzasadnienie orzeczenia sporządzone przez Antonina Scalię w jeszcze poważniejszym wymiarze redukowało konstytucyjną ochronę „tańca nago”. W literaturze wysuwane są często nawet supozycje, że konsekwencją stanowiska sędziego jest całkowite usunięcie owej formy rozrywki poza margines oddziaływania pierwszej poprawki oraz przydzielenie państwu pełni uprawnień regulacyjnych w odniesieniu do rzeczonyj aktywności (w granicach wyznaczonych przez standard racjonalności)⁵²⁶. Jak przekonamy się w toku dalszych rozważań, interpretacja taka jest nie do końca precyzyjna z perspektywy doktrynalnej; wydaje się jednak odpowiadać prawdzie z praktycznego punktu widzenia. Zmniejszenie poziomu protekcji tańca erotycznego przejawiało się na dwa sposoby. Po pierwsze, Scalia pryncypialnie odrzucił tu filozofię prawa ufundowaną na millowskiej zasadzie krzywdy, libertariańskim koncepcie samoposiadania czy też zaniegowaniu celowości utrzymywania w przepisach kategorii „przestępstw bez ofiar”. W jego przeświadczeniu, zarówno społeczeństwo USA, jak i (co ważniejsze) ustawa zasadnicza dopuszczają interwencję państwa w spontaniczne relacje społeczne nawet wtedy, gdy nikomu nie dzieje się w ich wyniku krzywda. Jedyne wymogi stawiane przez ustawę zasadniczą takiej ingerencji to wypełnienie przez nią minimalnych zdroworozsądkowych standardów *à propos* skuteczności instrumentalnej, wymiaru wprowadzanej sankcji, motywów przyświecających jej podjęciu (ten ostatni warunek spełnia choćby penalizacja stosunków homoseksualnych, jeżeli oparta jest na moralnym sprzeciwie względem relacji homoerotycznych) itp. W odniesieniu do przedmiotowej sprawy Scalia zadeklarował *expressis verbis*, że uprawnione jest zastosowanie represji karnych w sytuacji, w której „60 tysięcy w pełni świadomych dorosłych gromadzi się w Hoosierdome [słynna hala sportowa w Indianie – Ł. M], aby zaprezentować sobie wzajemnie własne genitalia, nawet gdy w tłumie nie znajduje się choć jeden urażony niewinny człowiek”. Jeśli pominąć restrykcje nakładane na regulacyjne działania państwa przez klauzulę wolności słowa, to identyczny pogląd jest również relewantny do tańca wykonywanego nago wyłącznie przed pragnącymi oglądać taki pokaz widzami. Zdaniem Scalii, przytoczone wyżej przypadki nie różnią się bowiem, pod kątem aksjologicznej legitymizacji ich kryminalizowania, niczym od sadomasochizmu, organizowania walk kogutów, zoofilii, używania narkotyków, prostytucji itd. (a są to w USA tradycyjne i zazwyczaj konstytucyjnie niekwestionowane obszary represji karnej). Wszystkie takie działania są „contra bonos mores” i nie ma żadnego znaczenia, czy w konkretnej sytuacji ktoś czuje się nimi urażony, pokrzywdzony czy chociażby zniesmaczony. Warto zauważyć, że Scalia posługuje się tu argumentem z równi pochyłej (zwykle należącym do arsenału zwolenników szeroko rozumianej swobody wypowiedzi) poprzez niedwuznacz-

⁵²⁶ Tak m.in. W. Overbeck, *Major principles of media law*, Belmont 2007, s. 415; T. Koopmans, *Courts and political institutions: a comparative view*, Cambridge 2003, s. 194.

ne sugerowanie, że zakwestionowanie przedmiotowej regulacji logicznie implikuje konieczność podważenia przepisów penalizujących zestawione z „tańcem nago” zachowania⁵²⁷. Słuszność wydaje się mieć Chai R. Feldblum, w której ocenie uzasadnienie Scalii rewitalizuje klasyczny konserwatywny dyskurs o potrzebie miarkowania jednostkowej wolności przez wspólnotową moralność⁵²⁸. W powyższym zakresie wywody Scalii różniły się od tez prezesa SN głównie stopniem ultymatywności, radykalizmem porównań oraz retoryczną bezkompromisowością.

Z perspektywy wolności słowa istotniejszy jest jednak drugi wątek analizowanego tekstu. Omawiane uzasadnienie postulowało bowiem zdecydowanie silniejszą niż wywód Rehnquista dywersyfikację zakresu ochrony konstytucyjnej „słów” w ścisłym sensie terminu (tj. – według definicji Scalii – ekspresji werbalnej) oraz wypowiedzi symbolicznych⁵²⁹. Jak trafnie zauważa Howard, „taniec nago” różni się od innych wymienionych przez Scalię zachowań. Prostyucja czy zoofilia nie są przecież (przynajmniej zazwyczaj) ekspresyjne, a władza publiczna jest bez trudu w stanie przywołać niekomunikacyjne interesy legitymizujące podjęcie normodawczych działań wymierzonych w takowe praktyki (jak choćby zapobieganie okrucieństwu w stosunku do zwierząt, zwalczanie blisko związanej z prostytucją czy obrotem substancjami odurzającymi przestępczości itp.⁵³⁰). Zaproponowana przez sędziego analogia pomiędzy prawnym statusem „tańca nago” a normatywnym usytuowaniem chociażby spożywania narkotyków jest możliwa do utrzymania jedynie pod warunkiem nieuwzględniania optyki narzucanej przez pierwszą poprawkę. Mając świadomość tego faktu, Scalia *de facto* musiał uargumentować tezę o odmowie rozpatrywania zgodności ustawy Indiany z klauzulą wolności słowa, uznaną w tej sytuacji za nieadekwatny punkt odniesienia. Podstawą jego rozumowania w tej kwestii nie były własności „tańca nago” (aczkolwiek sędzia powątpiewał w ekspresyjność figur tanecznych oraz wprost kwestionował komunikacyjną naturę nagości), ale właściwości badanego unormowania. W ocenie sędziego, regulacje dotyczące ekspresyjnej aktywności można podzielić na dwa rodzaje. Z pierwszym z nich mamy do

⁵²⁷ Zob. W. N. Eskridge, Jr., *Gay law: challenging the apartheid of the closet*, Cambridge 1999, s. 197 – 198.

⁵²⁸ Ch. R. Feldblum, *Sexual orientation, morality, and the law: Devlin revisited*, University of Pittsburgh Law Review, vol. 57, s. 313 – 314. Zasadna wydaje się zresztą sugestia Dana V. Kozłowskiego, zgodnie z którą Scalia kierował się w swoim orzeczeniu przede wszystkim osobistymi moralnymi przekonaniami, a nie np. wymogami doktrynalnej spójności, [w:] *idem, Content and viewpoint discrimination: malleable terms beget malleable doctrine*, Communication Law and Policy, vol. 13, s. 157.

⁵²⁹ Por. The Committee for Justice, *A response to the People for American Way's report "Courtning disaster: how a Scalia – Thomas Supreme Court would endanger our rights and freedoms"*, bmw 2002, s. 20 – 21.

⁵³⁰ A. J. Howard, *op. cit.*, s. 903. Zob. też W. N. Eskridge, Jr., *op. cit.*, s. 198 – 199.

czynienia wówczas, gdy władza wprowadza ograniczenia jakiegoś zachowania bezpośrednio z uwagi na jego komunikacyjne atrybuty. Egzemplifikacją mogą być tutaj takie casusy, jak penalizacja noszenia na rękawach opasek z określonymi emblematami, podpalenia flagi narodowej czy wywieszenia czerwonego sztandaru. Ponadto, jeżeli dana czynność będzie posiadać inherentnie i ostentacyjnie ekspresyjny charakter (np. publiczne paradowanie ze znakiem swastyki), to uzasadniona stanie się konkluzja, że ingerencja jest motywowana emocjonalnym bądź też ideowym komponentem danej wypowiedzi symbolicznej. W takich przypadkach, przyznawał Scalia, rzeczywiście usprawiedliwione jest przeprowadzenie badania zgodności podważanego przepisu z pierwszą poprawką. Jeśli jednak określona regulacja wymierzona jest równomiernie w każdy przypadek danego zachowania się, zupełnie niezależnie od jego ekspresyjnego bądź też nieekspresyjnego charakteru w konkretnej sytuacji, to jakiegokolwiek badanie przepisów pod kątem klauzuli wolności słowa staje się bezzasadne⁵³¹. Innymi słowy, jeśli celem kwestionowanej normy nie jest supresja przekazu, tylko jednolite uregulowanie postępowania, to sformułowana przez jednostkę wypowiedź symboliczna w ogóle nie podlega protekcyjnemu mechanizmowi ustanowionemu przez pierwszą poprawkę. Nietrudno odgadnąć, iż rozważana ustawa Indiany była, zdaniem Scalii, przykładem unormowania należącego do drugiej kategorii, zawierającego abstrakcyjną regułę prawną, penalizującą każdy przypadek publicznej nagości, która przecież bynajmniej nie jest stanem zmierzającym ze swojej istoty do komunikowania idei lub emocji (nie jest więc inherentnie ekspresyjna). Z opisanych względów, Scalia konsekwentnie odmówił aplikacji standardu O'Briena w przedmiotowym procesie⁵³². W jego mniemaniu, nie jest bowiem postulatem „rozsądnym domaganie się [...] aby każda restrykcja nałożona na wypowiedź będąca incydentalnym rezultatem ogólnego prawa regulującego zachowanie musiała przejść [...] badanie pod kątem zgodności z pierwszą poprawką”. Niewątpliwie, jak podniesiono w literaturze, uzasadnienie pozwala organom prawodawczym bądź sądowym na relatywnie szeroką limitację wypowiedzi symbolicznych⁵³³. Warto jednak pamiętać, że

⁵³¹ Dla celów porównawczych zob. uzasadnienie Scalii sporządzone w imieniu większości SN w dotyczącej wolności religijnej sprawie *Employment Division, Oregon Department of Human Resources vs. Smith* (494 U. S. Reports 872 z 1990 roku), gdzie sędzia odmówił stosowania pierwszej poprawki w zakresie wolności wyznania przy badaniu konstytucyjności unormowań wprowadzających incydentalne brzemiona na swobodę praktykowania religii.

⁵³² Mówiąc precyzyjniej, Scalia uznał za relewantny wyłącznie trzeci (i oczywiście pierwszy) warunek testu.

⁵³³ G. Servodidio, *op. cit.*, s. 1252. W szczególności warto zwrócić uwagę na konsekwencje pominięcia przez Scalię w jego analizie drugiego i czwartego warunku testu O'Briena. Moim zdaniem, na gruncie uzasadnienia aplikacja do tańca erotycznego hipotetycznego unormowania zakazującego pojawiać się publicznie w skąpej bieliźnie (której noszenie nie jest przecież immanentnie ekspresyjne) także nie naruszałaby klauzuli wolności słowa. O ile więc wyrok Rehnquista zawierał pewne instrumenty pozwalające chronić zorientowane seksualnie wypowiedzi symboliczne, o tyle orzeczenie Scalii praktycznie udzielało państwu w tej materii *carte blanche*.

w świetle powyższych konstatacji ograniczenia te rzeczywiście muszą posiadać czysto incydentalny charakter. Co więcej, całkowita ekskluzja określonych zagadnień spod „kognicji” pierwszej poprawki może zapobiec jej banalizowaniu oraz nadmiernie swobodnemu traktowaniu stawianych przez nią obostrzeń. Mimo wszystko trudno oprzeć się wrażeniu, że ze *stricte* ideowego punktu widzenia uzasadnienie sędziego w omawianej sprawie koliduje choćby z jego stanowiskiem w kwestii bezczeszczenia flagi.

W diametralnie przeciwnym kierunku poszło zaś uzasadnienie sporządzone przez Davida H. Soutera. Sędzia rozpoczął swój wywód od wyrażenia przekonania, że ani taniec (np. taniec towarzyski lub też aerobik), ani tym bardziej wprowadzanie się w stan nagości (choćby w celu efektywnego zażycia kąpieli słonecznej) nie mogą być zasadnie potraktowane jako czynności immanentnie ekspresyjne (zawarty w nich ładunek ideowy bądź emocjonalny jest zazwyczaj na tyle niewielki, że zaakceptowanie ich statusu jako wypowiedzi symbolicznych wymusiłoby *de facto* „nazywanie każdego dobrowolnie podjętego działania ekspresyjnym”). W przypadku erotycznego „tańca nago” sytuacja wygląda jednak inaczej. Występy te są bowiem skierowane do rzeczywistej albo hipotetycznej widowni i wyrażają „co najmniej zgeneralizowaną emocję lub uczucie” natury erotycznej, niosąc także ze sobą afirmację seksualnego doświadczenia⁵³⁴. W takim stanie faktycznym nagość jest związana z ekspresyjnym tańcem, a jej „stymulacyjny oraz atrakcyjny potencjał z całą pewnością może poszerzać siłę przekazu [...] działania taneczki polegające na zdjęciu odzienia [...] są zintegrowane z tańcem i jego ekspresyjną funkcją”. Z powyższych powodów legalność aplikacji ustawy o zapobieganiu publicznej nieobyczajności do „tańca nago” musi podlegać weryfikacji pod kątem zgodności z pierwszą poprawką. Warto zauważyć, że Souter nie uznał wskazanej formy aktywności za pozostającą tylko marginalnie w obszarze zainteresowania ustawy zasadniczej⁵³⁵. Mimo wspomnianych konstatacji sędzia zaakceptował ostatecznie kwalifikację „tańca nago” jako wypowiedzi symbolicznej. Tinsley E. Yarbrough trafnie tedy zauważa, że fenomenologiczne analizy Soutera poświęcone omawianej formie rozrywki przepojone są znaczną dozą ambiwalencji⁵³⁶. W dalszej części uzasadnienia sędzia zaakceptował

⁵³⁴ Por. M. T. Morley, „*Exceedingly vexed and difficult*”: *games and the First Amendment*, Yale Law Journal, vol. 112, s. 364. Przy takim ujęciu problematyki wydaje się zresztą, że w specyficznych okolicznościach także pokaz aerobiku lub tańca towarzyskiego może być ekspresyjny; decydujące jest tu komunikowanie określonych emocji oraz pragnienie skierowania przekazu do przynajmniej potencjalnej widowni. Na marginesie warto nadmienić, iż zaproponowane przez Soutera kryterium różni się znacząco od standardu Spence’a.

⁵³⁵ Tym samym, jak zauważył Jeffrey M. Shaman, większość sędziów w sprawie *Barnes vs. Glen Theatre* uznała (nieco paradoksalnie w kontekście samej sentencji wyroku) „taniec nago” za aktywność podlegającą protekcji pierwszej poprawki w szerszym niż marginalny wymiarze, [w:] *idem*, *Constitutional interpretation: illusion and reality*, Westport 2001, s. 184.

⁵³⁶ T. E. Yarbrough, *David Hackett Souter: traditional Republican on the Rehnquist Court*, Oxford 2005, s. 165.

pogląd wyrażony przez Rehnquista, iż miarodajnym standardem w ocenie konstytucyjności przepisów Indiany jest test O'Briena. Zaniechał jednakże skoncentrowania swoich analiz na moralistycznych przesłankach implementacji norm i usiłował legitymizować zastosowanie regulacji istnieniem interesu publicznego w zwalczaniu drugorzędnych skutków pozbawionego restrykcji funkcjonowania lokali oferujących pokazy „tańca nago”, do których zaliczył rozkwit prostytucji oraz wzrost przestępczości (dotyczący w szczególności napaści na tle seksualnym). Souter przyznawał wprost, że dostępny materiał empiryczny nie pozwala na autorytatywne przesądzenie, w jakim stopniu ta ostatnia okoliczność motywowała legislaturę Indiany przy uchwalaniu przedmiotowej ustawy (bądź stanową egzekutywę czy też sądy przy jej egzekwowaniu). Oparł się natomiast na utrzymanych w tym właśnie duchu twierdzeniach pełnomocnika Indiany wypowiedzianych już w toku procesu; przekonywał też, że właściwym sposobem procedowania przez judykaturę nie jest empiryczne poszukiwanie i rozpoznawanie faktycznych intencji ustawodawcy, ale zdiagnozowanie egzystencji albo nieistnienia interesu publicznego, w służbie któremu „zaskarżone stosowanie ustawy może być potraktowane jako konstytucyjne”. Uprawniony wydaje się wniosek, iż uzasadnienie uprawomocniło praktycznie całkowite abstrahowanie przez Sąd Najwyższy od wykładni autentycznej w procesie ustalania teleologii ustaw oraz podejmowanie przezeń prób aposteriorycznej sanacji unormowań⁵³⁷.

Przechodząc do aplikacji standardu O'Briena, Souter argumentował, że zapobieganie tak zdefiniowanym „secondary effects” znajduje się konstytucyjnie w gestii władzy publicznej i wypełnia znamiona istotnego interesu rządowego. Konstatacje powyższe raczej nie wzbudziły poważniejszych wątpliwości. Niezwykle problematyczny okazał się natomiast dalszy fragment uzasadnienia. Pozytywna ocena ustawy z perspektywy testu O'Briena teoretycznie wymagała udowodnienia, iż regulacja efektywnie wspomaga godny aprobaty interes rządu. Innymi słowy, należało w oparciu o racjonalne przesłanki zademonstrować, że pokazy „tańca nago” przyczyniają się do powstawania ujemnie wartościowanych drugorzędnych skutków, jak również że unormowanie nakazujące tancerkom zakrycie najbardziej intymnych części ciała może choćby w minimalny sposób zredukować takie „secondary effects”. Tymczasem Souter *de facto* absolwował organy państwowe od konieczności zaprezentowania aktualnych, zlokalizowanych albo przynajmniej porównywalnych rezultatów badań socjologicznych potwierdzających

⁵³⁷ Por. D. Bogen, *Generally applicable laws and the First Amendment*, *Southwestern University Law Review*, vol. 26, s. 224. Sędzia podążył tu śladem warrenowskiego ujęcia z wyroku w sprawie *Stany Zjednoczone vs. O'Brien*.

owe domniemania⁵³⁸. Wystarczające w tej materii okazały się dla sędziego badania przeprowadzone kilkanaście lat wcześniej, odnoszące się do zupełnie odmiennych geograficznych lokalizacji oraz dotyczące kin emitujących filmy pornograficzne⁵³⁹. Analogiczność takich okoliczności faktycznych nie jest bynajmniej bezsporna. Souter udzielał jednakże Indianie mandatu do eksperymentowania. Co więcej, sędzia w ogóle nie podjął próby wykazania instrumentalnej racjonalności regulacji (na najbardziej choćby elementarnym poziomie). Nie przedstawił m.in. żadnych empirycznie ugruntowanych czy abstrakcyjnie perswazyjnych argumentów przemawiających za poglądem, zgodnie z którym taniec erotyczny w skąpym odzieniu generuje mniej negatywnie ocenianych drugorzędnych rezultatów aniżeli „taniec nago”. Swoje stanowisko w rzeczonych kwestiach natury dowodowej autor uzasadnienia wyjaśniał niższą wartością wypowiedzi erotycznych z punktu widzenia pierwszej poprawki w porównaniu z innymi rodzajami przekazu. Biorąc pod uwagę taki konstytucyjny status „tańca nago”, władze miejskie powinny – zdaniem Soutera – dysponować dużym polem manewru w regulowaniu tej formy ekspresji bez konieczności każdorazowego przedstawiania w pełni relewantnych dowodów na jej związek z określonymi drugorzędnymi skutkami, których zwalczanie stanowi legitymowaną funkcję państwa.

Dyskusyjna jest także kwestia przyjętego przez sędziego założenia o wypełnianiu przez regulację trzeciego warunku testu O’Briena. Souter przekonywał bowiem w tym kontekście, iż nasilenie się prostytucji oraz przestępstw innego rodzaju nie pozostaje w klarownym związku przyczynowo-skutkowym z komunikacyjnymi składnikami „tańca nago”, ale jest jedynie skorelowane z nieskrępowanym funkcjonowaniem lokali oferujących ten typ rozrywki. Korelacja ta może wynikać np. z faktu, że takowe lokale samym swoim istnieniem przyciągają w pobliże ludzi skłonnych do podjęcia działań kryminalnych. Tym samym pojawienie się „secondary effects” nie jest (a przynajmniej nie musi być) refleksem „perswazyjnych konsekwencji ekspresji zawartej w tańcu nago”⁵⁴⁰. A zatem – wedle sędziego – regulacja wymierzona w drugorzędne skutki nie

⁵³⁸ Jak oceniał Scott D. Bergthold, wnioskowanie Soutera opiera się na „zdrowym rozsądku”, a nie na badaniach naukowych, [w:] *idem, Brief of Amici Curiae: American Planning Association and Community Defense Counsel in support of the City of Los Angeles*, Scottsdale 2001, s. 13. Można jednak wątpić, czy konkluzje ufundowane na rzekomym „common sense” stanowią dostateczną podstawę do ograniczania konstytucyjnych praw jednostki.

⁵³⁹ Por. sprawy *Young vs. American Mini Theatres* oraz *City of Renton vs. Playtime Theatres*. Przedstawione w pierwszej z tych spraw badania potwierdzały istnienie zależności między przestrzenną koncentracją takich kin a wzrostem przestępczości w ich okolicach.

⁵⁴⁰ Zdaniem George’a P. Smitha, intelektualnym źródłem proponowanej przez Soutera doktryny drugorzędnych skutków jest pogląd, jakoby dążenie do seksualnej gratyfikacji często wiązało się z utratą hamulców moralnych, [w:] *idem, Family values and the new society: dilemmas of the 21st century*, Westport 1998, s. 179. W świetle souterowskiej interpretacji koncepcji „secondary effects”, pogląd ten wydaje się w znacznym stopniu trafny.

okazuje się związana z tłumieniem swobody wypowiedzi⁵⁴¹. Przeciw rzeczonemu ujęciu można wysunąć rozliczne (i zarazem przekonujące) kontrargumenty. Ponieważ jednak omawiane uzasadnienie położyło rudymenty pod koncepcję zaaprobowaną w późniejszym czasie przez większość sędziów SN, powrócimy do tego zagadnienia w szerszym wymiarze w dalszym fragmencie pracy. W tym miejscu zwróćmy przeto uwagę tylko na trzy sprawy. Po pierwsze, położenie nacisku jedynie na bliżej niesprecyzowany związek pomiędzy umiejscowieniem klubów z erotyczną rozrywką a wzrostem różnego autoramentu przestępczości wytwarza niezwykle potężną broń w rękach państwa, uwalniając je w jeszcze większym stopniu, aniżeli czyni to uzasadnienie Rehnquista, od obowiązku udowodnienia racjonalności swej ograniczającej wolność słowa polityki. Skoro bowiem wskazana przez Soutera korelacja nie jest rezultatem „tańca nago”, to w jaki sposób przymus noszenia nader skąpego stroju miałby niwelować negatywne drugorzędne skutki⁵⁴²? Formułując to retoryczne pytanie nieco inaczej, w jaki sposób ingerencja w ekspresyjne (także zdaniem Soutera) zachowanie, jakim jest obnażanie się przez tancerkę, może zostać uznana za instrument zapobiegania pejoratywnym konsekwencjom niezwiązanym z owym zachowaniem oraz za postępowanie niemotywowane interesem związanym z ekspresją? Argument sędziego zawiera zatem oczywiste *contradicto in adiecto*. Odwołując się do banalnego rozumowania o charakterze tautologicznym, eliminowanie „secondary effects” wynikających (niezależnie od stopnia bezpośredniości relacji przyczynowo-skutkowej) z określonej ekspresji *ex definitione* jest interesem związanym z ekspresją. Po drugie, doktryna Soutera nakazuje potraktować jako treściowo neutralną właściwie każdą regulację erotycznej wypowiedzi symbolicznej, jeżeli jej rzeczywistym bądź domniemanym celem jest zwalczanie szkodliwych „secondary effects”. Po trzecie, *per analogiam*, identyczne wnioskowanie może zostać przeprowadzone w odniesieniu do produkcji artystycznych manifestujących rasistowskie uprzedzenia. Promowane przez nie poniżanie bądź ośmieszanie mniejszościowych grup społecznych również może doprowadzić do rozproszonych drugorzędnych skutków w postaci wzrostu przestępczości wymierzonej w ich przedstawicieli w pobliżu klubów wystawiających podobne produkcje⁵⁴³. Jeśli założyć, że ekspresja rasowej nienawiści lub gloryfikacja ustrojów totalitarnych nie zasługują na większą ochronę ustawy zasadniczej aniżeli nieobsceniczny przekaz erotyczny (co niekoniecznie musi być stanowiskiem aksjologicznie kontrowersyjnym), to na gruncie teorii Soutera można łatwo zaakceptować legalność aktu normatywnego zakazującego eksponowania na scenie teatralnej np. nazi-

⁵⁴¹ Por. J. Bell, *O say, can you see?: free expression by the light of fiery crosses*, Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, vol. 39, s. 382.

⁵⁴² T. M. Tesluk, *op. cit.*, s. 1118 – 1121, 1124 – 1125.

⁵⁴³ Por. V. Blasi, *Six...*, s. 654.

stowskiego umundurowania (przyjmując, że takowa regulacja nie byłaby stosowana do poważnych dzieł artystycznych)⁵⁴⁴. Tymczasem to przykładowe uregulowanie byłoby z całą pewnością (jeśli wykluczyć hipotezę o ewentualnej rewolucyjnej modyfikacji dotychczasowej linii orzeczniczej SN) potraktowane przez Sąd Najwyższy jako niekonstytucyjne. Koncepcja Soutera wydawała się przeto grozić poważnym zachwianiem integralności oraz koherentności sformułowanej przez judykaturę doktryny wolności słowa. Sędzia konkludował swój wywód stwierdzeniem, że regulacja Indiany spełnia także czwarty warunek testu O'Briena, albowiem nakładane przez nią wymagania tylko w minimalnym stopniu (w zestawieniu z prawomocnym interesem państwa realizowanym przez unormowanie) limitują swobodę ekspresji tancerek.

Na zakończenie analizowania sprawy *Barnes vs. Glen Theatre* kilka uwag trzeba poświęcić *votum separatum* autorstwa Byrona White'a (pod którym podpisali się także John P. Stevens, Harry Blackmun i Thurgood Marshall). Sędzia rozpoczął swe uzasadnienie od zaakcentowania silnie komunikacyjnego znaczenia „tańca nago” skontemplowanego jako integralna całość. Według White'a, taniec jest sztuką rytmicznego poruszania ciałem, aby wyrazić ideę bądź też emocję, opowiedzieć historię lub czerpać radość z samego ruchu (oczywiście nie dotyczyło to każdego przypadku podrygiwania w rytm muzyki). Aktywność ta pozwala niejednokrotnie zakomunikować treść, do alternatywnego przekazania której konieczne byłoby kilka akapitów prozy. Co więcej, w badanym tu casusie „nagość tancerki jest integralnym składnikiem emocji oraz myśli generowanych przez «taniec nago» [...] widok w pełni lub choćby jedynie częściowo ubranej tancerki generalnie będzie miał zupełnie odmienny wpływ na widza [...] nawet jeżeli wykonywany jest ten sam taniec [...] nagość jest sama w sobie ekspresyjnym komponentem

⁵⁴⁴ Jedyłą linię obrony stanowiłoby wykazanie, że regulacja ta nie nakłada akcydentalnych brzemion na wolność słowa, ale jest wymierzona bezpośrednio w swobodę ekspresji. Wyobraźmy sobie jednakowoż sytuację, w której mamy do czynienia z ustawą wymagającą uzyskania zezwolenia na noszenie mundurów obcych sił militarnych (całkowicie realny przykład); założmy też, iż hipotetyczne lokale wystawiające idealizujące narodowy socjalizm produkcje wspomnianych zezwoleń nie otrzymują. W moim przekonaniu, logika zawarta w uzasadnieniu Soutera legitymizuje zgodność takiego postępowania władzy z pierwszą poprawką. Skoro nagość nie jest sama w sobie ekspresyjna, to ubieranie się w określony sposób również takie nie jest; obydwa typy aktywności zyskują wymiar komunikacyjny dopiero w kontekście spektaklu artystycznego; zapobieganie przestępczości jest konstytucyjnie uprawnionym i ważnym interesem rządowym; „zdrowy rozsądek” mówi, że istnienie teatrów prezentujących apologetycznie nazistowską mowę nienawiści kreuje niepożądane „secondary effects”; te drugorzędne skutki niekoniecznie wynikają z samej ekspresji, ale np. z faktu, że przedmiotowe lokale przyciągają ludzi skłonnych do popełniania przestępstw przeciw przedstawicielom innych grup społecznych; zakaz noszenia umundurowania z czasów III Rzeszy to minimalne ograniczenie swobody ekspresji. Rozróżnienie dwóch wspomnianych stanów faktycznych musi być tedy ufundowane na arbitralnych założeniach, polegających na zakwalifikowaniu erotyki jako ekspresji mniej wartościowej z punktu widzenia pierwszej poprawki niż dyskurs rasistowski lub na uznaniu pokazu „tańca nago” za wypowiedź symboliczną, a spektaklu apoteozującego nazizm za „czyste słowo”.

tem tańca”. Z powyższych względów obligowanie tancerki do zakrywania określonych części ciała zmniejsza intensywność emocjonalnego lub erotycznego oddziaływania występu. Wywód ten jasno pokazuje, że White wyrażał sceptycyzm co do celowości separacji tańca erotycznego na „ekspresyjny taniec” i „nieekspresyjną nagość”. Logiczną konsekwencją stanowiska White’a powinno być w gruncie rzeczy przyjęcie tezy, że z punktu widzenia klauzuli wolności słowa wykonywany w klubie „taniec nago” nie różni się substancjalnie od wystawianego w teatrze spektaklu baletowego, którego scenariusz przewiduje obnażenie się występujących aktorek⁵⁴⁵. Ewidentnie pozbawiony merytorycznych podstaw jest zarazem zarzut Edwarda McKinley’a Urschela, który (oskarżając White’a m.in. o sprzeniewierzenie się intencjom twórców ustawy zasadniczej) utrzymuje, że *votum separatum* grozi – na zasadzie równi pochyłej – delegitymizacją przepisów kryminalizujących publiczne obnażanie się⁵⁴⁶. Uzasadnienie dotyczy jednak tylko nagości pojawiającej się w kontekście przedstawienia artystycznego; co więcej, przedmiotowe przepisy mogą przecież pomyślnie przejść (i zapewne przeszłyby) test O'Briena. Mimo takiej interpretacji fenomenu „tańca nago”, z niewyjaśnionych bliżej przyczyn sędzia zaaprobował jego kategoryzację jako wypowiedzi symbolicznej, podobnej istotowo do profanowania flagi państwowej, a nie jako egzemplifikację „pure speech”⁵⁴⁷. Odnotujmy jednak, że z praktycznej perspektywy powyższa diagnoza nie posiadała większego znaczenia, skoro regulacja Indiany była wymierzona wprost w komunikacyjny składnik ekspresyjnego zachowania. Konstatacja ta wynikać miała – w przekonaniu White’a – nie tylko z analizy własności „tańca nago”, ale także ze specyfiki relewantnego unormowania. Otóż tak brzmienie ustawy, jej wykładnia dokonana przez SN Indiany, jak i stypulacje pełnomocników stanu w procesie wskazują, że regulacja nie będzie służyć jako środek kryminalizowania nagości stanowiącej komponent szerszego dzieła artystycznego zasługującego na konstytucyjną ochronę (np. musicalu *Hair*) oraz do obnażania się przed grupą specjalnie w tym celu zaproszonych kilkudziesięciu nieznajomych w zaciszu domowym⁵⁴⁸. Unormowanie nie jest więc generalnym zakazem publicznego manifestowania nagości lub obnażania się przed obcymi ludźmi;

⁵⁴⁵ Por. Ch. Wolfe, *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, Lanham 1994, s. 364.

⁵⁴⁶ E. McKinley Urschel, *Nude dancing, expressive conduct and the First Amendment: reviewing Barnes v. Glen Theatre*, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 20, s. 485 – 486.

⁵⁴⁷ Por. C. P. Hansen, *op. cit.*, s. 581.

⁵⁴⁸ Akurat ten ostatni argument wydaje się chybiony. Jak słusznie konkluduje bowiem Urschel (*op. cit.*, s. 486), penalizacja pokazywania się nago tylko w miejscu publicznym w niczym nie uszczupla generalnego charakteru wprowadzonego zakazu, który wynika z faktu, że przedmiotem sankcji karnej jest zarówno nagość ekspresyjna, jak i nieekspresyjna. Replika ta nie odpowiada jednakowoż na podniesiony przez White’a problem dyferencjacji postępowania władzy publicznej w stosunku do rozmaitych rodzajów aktywności komunikacyjnej.

nie dotyczy wszak wszystkich potencjalnych przypadków proskrybowanego co do zasady zachowania. Stosowanie ustawy o „zapobieganiu publicznej nieobyczajności” do pokazu tańca erotycznego jest więc bez żadnych wątpliwości uwarunkowane dystynktywnie ekspresyjną treścią takich przedstawień; nie wynika natomiast z chęci urzeczywistnienia moralistycznie motywowanego sprzeciwu wobec nagości *per se*. Z wymienionych względów regulacja podlega testowi „surowego nadzoru sędziowskiego”.

Adekwatność standardu „strict scrutiny” do przedstawionych okoliczności wynikała więc, zdaniem White’a, z niewypełnienia przez regulację trzeciego warunku testu O’Brien’a. Sędzia wskazał, że decyzja o stosowaniu przepisu zakazującego obnażania się w miejscu publicznym w różnych kontekstach realizuje różne interesy. Penalizacja rzezczonego zachowania mającego miejsce w parku, na plaży czy też przy „stoisku z hot-dogami” służy ochronie osób, dla których podobny widok byłby przykrym lub obraźliwym przeżyciem. Jednak tak pojmowana protekcja osób trzecich przed narzucaniem im konieczności oglądania nieobyczajnego postępowania w oczywisty sposób nie stanowi celu władz państwowych przy kryminalizacji „tańca nago”, jeśli odbywa się on w zamkniętych klubach i skierowany jest do zainteresowanych nim dorosłych osób. Jak zatem dowodził White (powielając konkluzje Rehnquista, Scalii oraz Soutera), celem państwa w owej sytuacji jest pragnienie wyeliminowania tej wypowiedzi symbolicznej albo z uwagi na jej niemoralność, albo ze względu na występowanie powiązanych z nią i negatywnie wartościowanych konsekwencji. Jeśli prawdziwa jest pierwsza hipoteza, to mamy do czynienia z niemal paradygmatyczną egzemplifikacją dyskryminacji treściowej. Skoro bowiem państwo „zezwała tancerkom występować w stringach oraz z zakrytymi piersiami, lecz zabrania tańca nago, to decyzja o stosowaniu ustawowego zakazu [nagości] w tych okolicznościach wynika” z domniemanej niemoralności wykluczonego właśnie z obiegu zachowania komunikacyjnego. Jak emfaticznie podkreślał sędzia, żadnego znaczenia w ocenie powyższego działania władzy nie może dla SN posiadać estetyczna czy też artystyczna ewaluacja „tańca nago”⁵⁴⁹. Cytując jedno z wcześniejszych orzeczeń Sądu Najwyższego⁵⁵⁰, White przekonywał, że prawo klienta baru ze strip-teasem do oglądania „przy pięćdziesiątce żytniówki” preferowanego przez niego rodzaju rozrywki (choćby prymitywnej) zasługuje na jednakową ochronę konstytucyjną co prawo bardziej wyrobionego widza do cieszenia oczu odbywającym się w Centrum Lincolną pokazem baletowym. W kwestii drugiego członu zaprezentowanej alternatywy, sędzia przede wszystkim akcentował tezę, że wzrost prostytucji oraz innego typu przestępczości, wynikający – jak twierdzili pełnomocnicy procesowi Indiany – z promowa-

⁵⁴⁹ Por. M. Rushton, *The economic analysis of freedom of expression*, Regina 2001, s. 7 – 8.

⁵⁵⁰ Doran vs. Salem Inn, Inc.

nia przez „taniec nago” degradacji i poniżania kobiet oraz stanowiący jedno z następstw legalności tej kategorii wypowiedzi, nie może być potraktowany wyłącznie jako drugorzędny skutek ekspresji (oczywiście zakładając prawdziwość poglądu o istnieniu takiego związku przyczynowo-skutkowego). Konsekwencje te są bowiem funkcją bezpośredniego wpływu przedmiotowej ekspresji na widownię. Innymi słowy, rzekomy wzrost liczby przestępstw stanowiłby pierwszorzędny rezultat „związanych z erotyką czy zmysłowością emocji lub uczuć”, komunikowanych widzowi przez „taniec nago” i zaszczerpiających w jego umyśle określone pomysły bądź idee⁵⁵¹. Tym samym – jak twierdził White – regulacja Indiany godzi w esencję wolności słowa: zwalcza zidentyfikowane treściowo wypowiedzi ze względu na ich szkodliwe oddziaływanie na psychikę odbiorcy. Gdyby jednak nawet zaakceptować – zgodnie z propozycją Soutera – kwalifikację wymienionych skutków jako „secondary effects”, to i tak, zdaniem sędziego, relewantne unormowanie nie spełnia trzeciego warunku standardu O'Briena, albowiem interes publiczny również i w tym przypadku posiada charakter ekspresyjny. Ostatecznie – według White'a – niezależnie od tego, która ze wskazanych interpretacji postępowania władz jest poprawna, regulacja podlega testowi „strict scrutiny”⁵⁵². Wynik tej analizy jest negatywny, albowiem: 1) moralistycznie motywowana opozycja wobec określonych wypowiedzi i pragnienie ochrony dorosłych odbiorców przed rzekomo szkodliwą dla nich ekspresją nie wyczerpują znamion fundamentalnego interesu rządowego; 2) całkowita prohibicja „tańca nago” nie stanowi najmniej restrykcyjnego dla wolności słowa instrumentu zapobiegania drugorzędnym skutkom skorelowanym z tą wypowiedzią⁵⁵³. Podsumowując, w ocenie White'a zaskarżone stosowanie przepisów nie spełnia rygorów wyznaczonych w teście O'Briena (nie nakłada jedynie akcydentalnego brzemienia na ekspresję, ale jest w nią wprost wymierzone), nie jest uprawnionym ograniczeniem typu TPM (ingeruje bowiem w samą treść ekspresji) oraz nie uwzględnia kryteriów „surowego nadzoru sędziowskiego”. Jak puentował zatem sędzia, unormowanie okazuje się sprzeczne z pierwszą poprawką. Oceniając omówione uzasadnienie Blasi stwierdza, że jest ono klasycznym konserwatywnym protestem przeciw doktrynalnym abstrakcjom i sztucznym ideologicznym konstruktom: „Od Edmunda Burke'a po Michaela Oakeshotta

⁵⁵¹ Por. R. Landry, *op. cit.*, s. 248.

⁵⁵² Warto zauważyć, że, zgodnie z powyższym ujęciem, występowanie drugorzędnych skutków ekspresji wcale nie zwalnia regulacji ingerującej w jej treść z obowiązku pomyślnego przejścia rygorów „strict scrutiny”.

⁵⁵³ Zdaniem White'a, właściwym rozwiązaniem nie jest totalna delegalizacja całej kategorii wypowiedzi symbolicznych, ale ustanowienie umiarkowanych ograniczeń czasu, miejsca czy sposobu przekazu. Władza mogłaby np. nakazać rozproszenie (koncentrację) przestrzenne lokali z „tańcem nago”, nałożyć na tancerki obowiązek utrzymywania określonego dystansu do klientów czy też ograniczyć czas występów do pory nocnej.

czołowi konserwatywni myśliciele byli tradycyjnie krytyczni wobec ideologii, po części dlatego, że oddanie się jej może zaprowadzić człowieka ku zaślepienemu dążeniu do urzeczywistniania celów i ku niezdolności do docenienia relewantności historii, bogactwa życia oraz efektywności urządzeń, które przetrwały procesy ewolucyjne [...] White wydaje się podzielać owe sentymenty. Nie wszyscy konserwatyści uznaliby moralną obiekcję względem publicznej nagości za przejaw ideologii ani też wulgarną praktykę «tańca nago» za godną szacunku instytucję społeczną, która rozwija się i zaspokaja rynkowe potrzeby. Jednak regulacje wprowadzane w imię moralności częstokroć trąca zelowym. Ponadto, ponieważ w takim przypadku realizowane interesy są rzadko skonkretyzowane, moralistyczna regulacja z trudem poddaje się dyscyplinującemu oddziaływaniu prawa”. White, będący „kwintesencją” prawniczego realisty, oponuje więc przeciwko ideologizacji orzecznictwa, ignorowaniu dotąd funkcjonujących i zweryfikowanych pozytywnie precedensów (wiązących „secondary effects” z regulacjami czasu, miejsca i sposobu przekazu) oraz akceptowaniu legalnych fikcji (*à propos* pomijania rzeczywistych celów implementacji przedmiotowej ustawy do „tańca nago”)⁵⁵⁴. W umiarkowanym modelu konserwatywnym afirmowanym przez White’a nie ma w szczególności miejsca na przyznanie władzy funkcji strażnika moralności. Trafny wydaje się pogląd Jamesa L. Underwooda, że według White’a rozmaite enuncjacje Rehnquista i Scali „przygotowują żyzny grunt dla wprowadzenia policji myśli”⁵⁵⁵. Ta orwellowska optyka jest sędziemu najzupełniej obca.

Jak łatwo zapewne zaobserwować, polaryzacja Sądu Najwyższego na tle interesującej nas problematyki była przeto bardzo poważna. Co najistotniejsze, legitymizacje penalizacji „tańca nago” na podstawie ogólnego przepisu zabraniającego obnażania się w miejscach publicznych zaproponowane przez Rehnquista (argumentacja moralistyczna plus pozytywny rezultat testu O’Briena), Scalię (uzasadnienie moralistyczne plus odrzucenie konieczności zweryfikowania konstytucyjności przedmiotowego stosowania przepisów pod kątem zgodności z większością kryteriów zawartych w standardzie O’Briena) i Soutera (argumentacja pragmatyczna oparta na uprawnieniach państwa do zapobiegania „secondary effects” plus utrzymanie obowiązku zdania przez regulację testu O’Briena) fundamentalnie różniły się od siebie⁵⁵⁶. Sędziowie (łącznie z Whitem) zgadzali się natomiast co do traktowania „tańca nago” jako ekspresji symbolicznej oraz utrzymywali, że stosownym do opisanych okoliczności narzędziem analitycznym był

⁵⁵⁴ V. Blasi, *Six...*, s. 657, 660 – 661.

⁵⁵⁵ J. Lowell Underwood, *The Constitution of South Carolina. Vol III: Church and State, morality and free expression*, Columbia 1992, s. 376.

⁵⁵⁶ Teoretycznie jako miarodajne winno być traktowane uzasadnienie Soutera (jako najmniej restrykcyjne).

w omówionym casusie standard O'Briena⁵⁵⁷. Konsens dotyczył też traktowania jako węzłowej kwestii zgodności unormowania z trzecim warunkiem tego testu⁵⁵⁸. Warto również zauważyć pojawienie się wśród członków składu orzekającego istotnych rozbieżności na temat specyfiki „tańca nago” jako wypowiedzi symbolicznej. Zgodnie z koncepcją Rehnquista i Scalii, „taniec nago” składa się z czynników ekspresyjnych oraz nieekspresyjnych, które można odseparować od siebie pod względem konceptualnym czy prawodawczym. Natomiast w ujęciu Soutera oraz White'a, przedmiotową wypowiedź symboliczną konstituuje immanentnie ekspresyjny taniec oraz nieinherentnie ekspresyjna (aczkolwiek ekspresyjna w tym przypadku) nagość. Spór ten w kontekście regulacji Indiany posiadał wprawdzie wymiar akademicki, ale jego ogólna waga nie powinna być bagatelizowana. Przyjęcie pierwszego poglądu implikuje bowiem, że norma kryminalizująca *expressis verbis* oraz wyłącznie pozbycie się odzienia przez tancerkę podczas występu artystycznego stanowi regulację zachowania, ocenianą już to poprzez pryzmat całego testu O'Briena (Rehnquist), już to pod kątem wypełniania wymogów wynikających z trzeciego (i naturalnie pierwszego) warunku standardu (w złagodzonej wariancie) oraz z zasady racjonalności (Scalia); przyjęcie optyki Soutera nakazywałoby kwalifikować takową normę jako neutralną treściowo restrykcję redukującą wolność słowa, motywowaną drugorzędnymi skutkami wypowiedzi i podlegającą testowi O'Briena; z kolei przyjęcie perspektywy White'a wiązałoby się z zaklasyfikowaniem takiej normy jako regulacji dyskryminującej treściowo i naruszającej trzeci warunek standardu O'Briena, oraz z konfrontowaniem jej z rygorami wynikającymi z testu „surowego nadzoru sędziowskiego”. W każdym razie opisane różnice poglądów zaowocowały daleko idącą niepewnością wśród interpretatorów co do ostatecznego kształtu orzecznictwa oraz wywołały niemały chaos w niższych instancjach sądowych czy też na szczeblu legislacyjnym. Potrzeba doprecyzowania stanowiska SN w interesującej nas tutaj materii okazała się już wkrótce niewątpliwa. Okazji ku temu dostarczyła sprawa *City of Erie vs. Pap's A.M.*⁵⁵⁹, w której stan faktyczny był *per saldo* bardzo podobny do omówionego przy okazji procesu *Barnes vs. Glen Theatre, Inc.*⁵⁶⁰. W 1994 roku

⁵⁵⁷ Nawet uzasadnienie Scalii wydaje się zawierać swoiste przeformułowanie trzeciego warunku standardu, przy czym pozytywne przejście tego kryterium weryfikacyjnego (oraz – jak można mniemać – pierwszego warunku testu) jest – w przeświadczeniu sędziego – przesłanką wystarczającą do uznania regulacji za konstytucyjną pod kątem jej zgodności z pierwszą poprawką. W tym ujęciu drugi i czwarty warunek standardu są zatem nieistotne.

⁵⁵⁸ Zagadnienie instrumentalnej skuteczności regulacji – acz istotne – posiadało jednak charakter wtórny.

⁵⁵⁹ 529 U. S. Reports 277 (2000).

⁵⁶⁰ Jedyna istotna różnica pomiędzy przepisami wprowadzonymi przez Erie a ustawą Indiany wynikała z faktu, iż – jak się wkrótce przekonamy – pierwsza regulacja już w swojej treści (a nie tylko wskutek procesu stosowania prawa) wprost dotyczyła „tańca nago”. Por. M. M. Harrold, *Observations...*, s. 86.

rada miasta Erie przyjęła ordynans 75-1994, w którym kryminalizowała świadome bądź celowe pojawianie się nago w miejscach publicznych (nie popełniała przestępstwa osoba ubrana w stringi oraz zakrywająca brodawki sutkowe). Novum z naszej perspektywy było statuowanie w akcie prawnym *expressis verbis*, że przez miejsce publiczne należy też rozumieć bary, kluby, tawerny, teatry, dyskoteki itp.⁵⁶¹ Zarówno preambuła aktu, jak i lektura protokołów z posiedzeń rady miejskiej unaoczniały, że jednym z zasadniczych zamierzeń prawodawcy było zapobieżenie (obserwowanemu podobno w ostatnich latach) nieskrępowanemu krzewieniu się klubów z tańcem erotycznym. A zatem pokaz „tańca nago” tym razem już bez jakichkolwiek wątpliwości wymuszających dokonanie skomplikowanej wykładni teleologicznej stanowił naruszenie przepisów ordynansu. Zgodność rzeczzonego aktu normatywnego z pierwszą poprawką została podważona przez skazanego na podstawie jego przepisów właściciela klubu o nazwie „Kandyland”. Po rozbieżnych wyrokach w niższych instancjach Sąd Najwyższy stanu Pensylwania konkludował finalnie, że ordynans koliduje z klauzulą wolności słowa, stanowiąc manifestację dyskryminacji treściowej oraz nie przechodząc testu „surowego nadzoru sędziowskiego”⁵⁶². Sąd Najwyższy nie przychylił się do owej interpretacji, ale ponownie nie był w stanie uzgodnić wspólnej racjonalizacji swojego stanowiska. Najwięcej głosów zdobyło tym razem uzasadnienie sędzi Sandry Day O’Connor (do którego przyłączyli się Rehnquist, Stephen Breyer oraz Anthony M. Kennedy). Odrębnie sentencję orzeczenia legitymizował Scalia, który uzyskał także poparcie Clarence’a Thomasa. Natomiast Souter (co stanowiło – jak zobaczymy dalej – bardzo intrygujący paradoks), akceptując większość tez O’Connor, postulował jednak skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Stanowisko O’Connor precyzowało, systematyzowało i doprowadzało do ostatecznych konkluzji motywy obecne w omawianych uprzednio uzasadnieniach Soutera i Rehnquista. Jak przekonywała sędzia, o ile „taniec nago” to wypowiedź symboliczna pozostająca (marginalnie, ale jednak) w obrębie zainteresowania pierwszej poprawki, o tyle nagość *per se* nie stanowi elementu ekspresyjnego tegoż zachowania. Ordynans *prima facie* przewiduje generalny zakaz pojawiania się publicznie w stanie nagości niezależnie od faktu, czy takowemu postępowaniu towarzyszy jakakolwiek ekspresyjna aktywność;

⁵⁶¹ Co interesujące, za „nagość” w rozumieniu ordynansu uznano też noszenie rozmaitych strojów lub urządzeń symulujących te części anatomii człowieka, które w jego świetle winny pozostać zakryte. Powyższa definicja potwierdzała fakt, że penalizacja erotycznego „tańca nago” stanowiła jeden z głównych celów unormowania.

⁵⁶² Rekapitulacja stanu faktycznego i drogi instancyjnej za: M. McBride, *Pap’s A. M. v. City of Erie: the wrong route to the right decision*, Akron Law Review, vol. 33, s. 298 – 302; J. B. Kopf III, *City of Erie v Pap’s A.M.: Contorting secondary effects and diluting intermediate scrutiny to ban nude dancing*, Capital University Law Review, vol. 30, s. 832 – 833.

wymierzony jest przeto w zachowanie, a nie w wypowiedź. Wskazane unormowanie nakłada zatem wyłącznie akcydentalne brzemiona na wolność słowa; z tego powodu jego konstytucyjność powinna podlegać weryfikowaniu przez pryzmat standardu O'Briena. W świetle poprzedniego wyroku dotyczącego „tańca nago”, nie może budzić zaskoczenia skoncentrowanie się przez sędzię w pierwszej kolejności na kwestii wypełniania przez regulację trzeciego warunku testu. O'Connor stwierdzała w tym kontekście (opierając się na brzmieniu zawierającej stosowne sformułowania preambuły analizowanego aktu normatywnego), że katalizatorem penalizacji „tańca nago” było pragnienie zapobieżenia negatywnym drugorzędym skutkom łączącym się z funkcjonowaniem lokali prezentujących rzeczoną kategorię ekspresji. Do tych „secondary effects” zaliczono ujemne oddziaływanie na zdrowie, dobrobyt i bezpieczeństwo publiczne wskutek stwarzania atmosfery, w której może kwitnąć przemoc, molestowanie seksualne, prostytutka, choroby przenoszone drogą płciową, publiczne pijaństwo itd. Trudno polemizować z Christopherem T. Leahym, w którego przeświadczeniu desygnowanie tłumienia drugorzędnych skutków jako podstawowego celu ordynansu charakteryzowało się arbitralnością; decyzja ta została bowiem podjęta „w obliczu dowodów wskazujących na coś całkowicie przeciwnego”⁵⁶³. Należy odnotować, że stenogramy z obrad rady miejskiej jednoznacznie pokazywały, iż kryminalizacja „tańca nago” była motywowana przesłankami natury moralistycznej (tj. chęcią eliminacji nieprzyzwoitej – w mniemaniu rajców – praktyki). Jednak w przekonaniu sędzi fakt, że zwalczanie „secondary effects” jest (?) jednym z najważniejszych interesów publicznych, którym obiektywnie służyć mają kwestionowane przepisy, okazuje się najzupełniej wystarczający do uznania troski o zdrowie, dobrobyt i bezpieczeństwo publiczne za *ratio legis* regulacji w znaczeniu przyjmowanym przez trzeci warunek standardu O'Briena. Przesądzające okazywały się tu zatem nie konkluzje faktograficzne, wyprowadzone w wyniku śledzenia historii legislacji, ale możliwość zrjonalizowania unormowania jako instrumentu realizacji akceptowalnych na gruncie ustawy zasadniczej interesów publicznych. Rzeczywiste motywacje prawodawców zostały więc potraktowane przez sędzię jako materialnie nieistotne. W tym miejscu należy dobitnie zaakcentować fakt, że uzasadnienie O'Connor prowadziło do odrzucenia pomysłu legitymizowania penalizacji „tańca nago” poprzez wprost moralistyczne argumenty (jak uczynił to uprzednio Rehnquist)⁵⁶⁴. Przynajmniej na płaszczyźnie teoretycznej wyrok znamionował zatem refutację optyki komunitarystycz-

⁵⁶³ Ch. T. Leahy, *The First Amendment gone awry: City of Erie v. Pap's A. M., ailing analytical structures, and the suppression of protected expression*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 150, s. 1046 – 1047. Wydaje się raczej, że brzmienie preambuły nie odzwierciedlało faktycznych intencji radnych; przyjęło natomiast taką postać wyłącznie po to, aby skutecznie uchronić ordynans przed zarzutem niezgodności z ustawą zasadniczą.

⁵⁶⁴ Por. A. Etzioni, *The common good*, Malden 2004, s. 52.

nej. Słuszny wydaje się jednakże pogląd Anity L. Allen, według której orzeczenie nie stosuje tak naprawdę millowskiej zasady krzywdy (upostaciowionej w doktrynie drugorzędnych skutków), ale stanowi tylko niezdamny i pozorny ukłon w kierunku liberalnych reguł, zakrywający *de facto* konserwatywną ideologię idealizującą seksualną skromność⁵⁶⁵. Podobną opinię wyraził także Posner, w którego ocenie deklaratywne usprawiedliwianie regulacji występowaniem wymienionych „secondary effects” wręcz „nie może być traktowane poważnie”⁵⁶⁶. Z drugiej strony warto przywołać konstatację sceptycznie usposobionego do analizowanego wyroku Arnolda H. Loewy’ego. Jego zdaniem, aczkolwiek rozumowanie zawarte w orzeczeniu jest raczej nieprzekonujące, to na docenienie zasługuje sam fakt zrezygnowania przez SN z „zasłaniania się abstrakcyjną moralnością” przy ocenianiu konstytucyjności ograniczenia wolności słowa (co stanowi zresztą wątpliwy zabieg również z punktu widzenia zasady rozdziału kościoła od państwa) oraz poszukiwanie przezeń sensownej, zobiektywizowanej i zeświecczonej racjonalizacji swojego rozstrzygnięcia⁵⁶⁷.

W dalszej części tekstu O’Connor podkreślała, że przedmiotowe przepisy nie konstytuują niedozwolonej dyskryminacji treściowej, gdyż reakcja władz publicznych nie jest wymierzona ani w samą aktywność ekspresyjną, ani w jej pierwszorzędne skutki (czyli bezpośredni wpływ na widownię), ale jedynie w pośrednie i rozproszone konsekwencje skorelowane z istnieniem lokali z pokazami „tańca nago”. Sędzia podtrzymała tezę o treściowej neutralności ordynansu nawet w obliczu stypulacji pełnomocników Erie, że jego postanowienia nie będą stosowane do klasycznych produkcji teatralnych⁵⁶⁸. Prohibicja „tańca nago” jest po prostu legitymowana bez odwoływania się do przekazywanej przez rzeczoną wypowiedź symboliczną treści; celem rady miasta nie może być tedy ograniczanie swobody wypowiedzi. O’Connor dowodziła też, iż penalizacja „tańca nago” nie jest próbą tłumienia określonego rodzaju erotycznej ekspresji, ale wyłącznie wykluczeniem jednego ze sposobów jej przekazania. Sędzia przekonywała też, że nawet przyjęcie, *arguendo*, założenia o ekspresyjnym wymiarze nagości w kontekście tańca erotycznego i o wyciszaniu przez przedmiotowe unormowanie komunikacyjnego kom-

⁵⁶⁵ A. L. Allen, *Disrobed: the Constitution of modesty*, Villanova Law Review, vol. 51, s. 849.

⁵⁶⁶ R. A. Posner, *Pragmatism and purposivism in First Amendment analysis*, Stanford Law Review, vol. 54, s. 742.

⁵⁶⁷ A. H. Loewy, *Morals legislation and the Establishment Clause*, Alabama Law Review, vol. 55, s. 167.

⁵⁶⁸ Por. H. Cohen, *Obscenity and indecency: constitutional principles and federal statues*, Washington 2005, s. 10. Na marginesie dodajmy, iż wypada zgodzić się z poglądem Rondi Thorp, że poleganie w procesie ewaluacji zgodności przepisów z ustawą zasadniczą na takich mimo wszystko „półoficjalnych” zapewnieniach aktualnie sprawujących władzę osób wydaje się zabiegiem wielce ryzykownym, [w:] *idem*, *City of Erie v. Pap’s A. M.: the First Amendment wounded in the war for freedom of expression*, Gonzaga Law Review, vol. 36, s. 198 – 199.

ponentu wypowiedzi symbolicznej nie powinno skłaniać Sądu Najwyższego do zignorowania faktu, że domniemane ograniczenie wolności słowa pozostaje na poziomie *de minimis*⁵⁶⁹. Nakładanie przez ordynans tak niewielkich – praktycznie nieistotnych – restrykcji nie stanowi dostatecznego powodu, aby pozbawiać regulację przymiotu treściowej neutralności. Z uzasadnienia jasno wynika zatem konkluzja, że jeśli badana w procesie kontroli konstytucyjności regulacja będzie postrzeżona przez SN jako „wywierająca minimalny wpływ na ekspresję o niewielkiej wartości”, to Sąd winien w takich okolicznościach co do zasady powstrzymać się od ingerencji w decyzje ustawodawcy⁵⁷⁰. Jak trafnie zauważa zarazem R. George Wright, pogląd O'Connor implikuje, że „taniec półnago” jest właściwie adekwatnym substytutem „tańca nago”: w obydwu przypadkach występująca osoba komunikuje esencjonalnie tożsamy (różnica jest co najwyżej „de minimis”) przekaz⁵⁷¹. Puentując omówiony tu fragment wyroku i odpowiadając na zarzut, że uzasadnienie utrzymuje w wewnętrznie sprzeczny sposób, jakoby regulacja mogła jednocześnie dotyczyć nieekspresyjnego zachowania polegającego na obnażaniu się (i tym samym nakładać tylko akcydentalny ciężar na ekspresję) oraz w zamiarze zwalczać negatywne „secondary effects” generowane przez określoną kategorię wypowiedzi⁵⁷², sędzia replikowała: „Nie dostrzegam niczego zasługującego na sprzeciw w tym, aby władze miejskie przyjmowały ordynans generalnie zapobiegający publicznemu obnażaniu się (nawet, jeśli takie przepisy incydentalnie wpływają na chro-

⁵⁶⁹ Biorąc pod uwagę tradycyjne uwzględnianie – choćby z nieprzesadzającym skutkiem – przez amerykańską jurysprudencję autentycznej wykładni ustawy zasadniczej, użycie tego zwrotu wydaje się nieprzypadkowe. Otóż jeden z ojców-założycieli USA, James Madison, posługiwał się przy debatach konstytucyjnych dotyczących wolności religijnej paremią „de minimis non curat lex” (prawo nie zajmuje się drobiazgami), L. W. Levy, *The Establishment Clause: religion and the First Amendment*, Chapel Hill 1994, s. 123. Tym samym O'Connor zdawała się subtelnie sugerować, że nie warto angażować konstytucji w rozstrzyganie legalności obowiązku noszenia przez tancerki tak skąpego stroju, jak stringi, czy zakrywania brodawek sutkowych.

⁵⁷⁰ W. E. Lee, *Facts, assumptions, and American Pie*, Law Review of Michigan State University Detroit College of Law, 2000, s. 243.

⁵⁷¹ Zdaniem Wrighta, teza taka, z pozoru brzmiąca dość wiarygodnie, nie jest zakorzeniona w dotychczasowych precedensach SN, a jej konsekwentna akceptacja może spowodować wyraźną redukcję stopnia ochrony wolności słowa. *Per analogiam* należałoby bowiem stwierdzić, że zwrot „fuck the draft” (por. Cohen vs. California) może być – bez znaczącego uszczuplenia treści przekazu – zastąpiony niewulgarnymi sformułowaniami w rodzaju „precz z poborem”, „do diabła z poborem” czy „zdecydowanie sprzeciwiam się poborowi”, [w:] *idem, Emotion-based approach to freedom of speech*, Loyola University Chicago Law Journal, vol. 34, s. 444.

⁵⁷² Ewidentnie bezpodstawną jest przecież supozycja, że wymienione drugorzędne skutki są po prostu rezultatem każdego rodzaju publicznego obnażania się, niezależnie od jego ekspresyjnego potencjału (por. J. Fee, *The pornographic secondary effects doctrine*, Alabama Law Review, vol. 60, s. 311). Zaiste trudno przypuszczać, aby opalanie się topless na balkonach przez choćby najurodzawsze kobiety mogło doprowadzić do rozplenienia się publicznego pijaństwa, nasilenia się przestępczości czy wzrostu liczby zachorowań na rzeżączkę czy kiłę...

nioną ekspresję) i zarazem rozpoznawały, że pewien specyficzny przypadek publicznej nagości [...] jest szczególnie problematyczny ze względu na wywoływanie przezeń szkodliwych drugorzędnych skutków”. Z przedstawionych tu powodów regulacja – w przekonaniu O’Connor – w pełni respektuje zawarty w standardzie O’Briena trzeci warunek konstytucyjności prawa.

W dalszej kolejności sędzia zajęła się kwestią pozostałych warunków powyższego testu. Zidentyfikowana jako *telos* kryminalizacji ochrona bezpieczeństwa oraz zdrowia publicznego w sposób oczywisty pozostaje konstytucyjnie w dominium władzy publicznej; konstytuuje też „niewątpliwie ważny” interes rządowy. O’Connor wprost zwalniała również organy państwa z konieczności przedstawiania sprecyzowanych dowodów świadczących o odpowiedzialności lokali z „tańcem nago” za występowanie „secondary effects” (sędzia powoływała się tutaj na sprawę Stany Zjednoczone vs. O’Brien, gdzie Sąd Najwyższy nie wymagał przedłożenia przez stronę państwową przekonujących dowodów, że niszczenie kart powołania do sił zbrojnych w poważnym stopniu zagrażało sprawnemu funkcjonowaniu mechanizmu poboru). Dostatecznie miarodajne w tym zakresie okazało się istnienie licznych badań socjologicznych dotyczących szkodliwego wpływu instytucji „o tym samym charakterze” (a więc np. kin wyświetlających filmy pornograficzne) na ich sąsiedztwo. Według O’Connor, władze lokalne mogą polegać na „doświadczeniach innych jurysdykcji”; nie muszą więc przedstawiać dowodów bezpośrednio odnoszących się do ich terytorium. Bodaj jeszcze donioślejszą koncesją na rzecz władzy było uznanie za wartościowe dowodowo osobistych niesformalizowanych ocen czy przeświadczeń twórców regulacji. Sędzia dowodziła, że „radni miejscy, zaznajomieni z sytuacją panującą w handlowym śródmieściu Erie, są osobami, które prawdopodobnie posiadają wiedzę z pierwszej ręki o tym, co dzieje się w oraz dookoła lokali z «tańcem nago», oraz które potrafią poczynić szczegółowe, profesjonalne obserwacje co do występujących tam szkodliwych drugorzędnych konsekwencji” funkcjonowania podobnych przybytków. Domniemanie zgodności stwierdzeń władzy z faktami jest oczywiście obalalnym *presumptio iuris*; ciężar dowodu zostaje jednakże przesunięty na stronę oponentów regulacji⁵⁷³. Trafna wydaje się teza Claire Calvert i Roberta D. Richardsa, że uzasadnienie O’Connor wykazało tym samym „wyjątkową deferencję” dla dowodów

⁵⁷³ D. B. Verrilli, Jr., D. E. Maynard, *Playboy and City of Erie: shift toward balancing?*, Communications Lawyer, vol. 18, s. 13 (autorzy dodają, że tak radykalna deferencja wobec stanowiska władzy – a w interesującym nas casusie wobec poglądów ledwie pięciu członków rady miejskiej – była dotąd zarezerwowana w orzecznictwie SN dla wyspecjalizowanych struktur administracyjnych, rzeczywiście dysponujących konkretną fachową wiedzą; na myśl przychodzi tu choćby – w kontekście wypowiedzi symbolicznych – Służba Ochrony Parków Narodowych).

prezentowanych przez stronę rządową⁵⁷⁴. Pamiętać wszelako warto, iż ta część wyroku dobrze komponowała się z generalną jurydyczną filozofią O'Connor, akcentującą zalety sędziowskiej pokory i wstrzeźliwości (również w sprawach dotyczących wolności obywatelskich)⁵⁷⁵. Sędzia podkreśliła równocześnie, że pozostawienie władzy lokalnej tak szerokiej możliwości formułowania dyskrecjonalnych osądów⁵⁷⁶ wynika z faktu, iż ordynans normuje zachowanie, a nie ekspresję. Innym fundamentalnym pytaniem w aspekcie wspomaganego przez zaskarżone przepisy interesu publicznego było zagadnienie ściśle prakseologicznej skuteczności działania podjętego przez radę miejską. O'Connor twierdziła, że chociaż „obowiązek noszenia stringów oraz zakrywania brodatek sutkowych przez tancerki raczej nie zniweluje w sposób znaczący drugorzędnych skutków”, to miasto posiada uprawnienie do „eksperymentowania w szukaniu rozwiązania trudnych problemów”. Nawet jeżeli zabieg ten nie jest szczególnie efektywny, to test O'Briena nie zawiera żadnych wymogów odnośnie do skali instrumentalnej racjonalności regulacji. Ordynans spełnia także czwarty warunek standardu, albowiem wywierany przezeń wpływ na obszar wolności słowa jest zgoła minimalny. Supresja tylko tego składnika ekspresji symbolicznej, który następuje, „kiedy spada ostatni skrawek” materiału (przypomnijmy, że w przekonaniu sędzi obnażenie się ma charakter niekomunikacyjny), zostawia tancerce szeroką paletę alternatywnych możliwości transmitowania erotycznego przekazu. Sędzia wskazywała również (słusznie), że test O'Briena nie wymaga od rządu stosowania najmniej restrykcyjnych dla swobody wypowiedzi metod urzeczywistniania uprawnionego interesu publicznego, oraz utrzymywała (niesłusznie), iż posłużenie się przez władze miejskie unormowaniami typu TPM wcale nie musiałoby ograniczać wolności słowa w stopniu mniejszym niż badany zakaz⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ C. Calvert, R. D. Richards, *Stripping away First Amendment rights: the legislative assault on sexually oriented businesses*, New York University Journal of Legislation and Public Policy, vol. 7, s. 110.

⁵⁷⁵ Por. np. S. D. O'Connor, *The majesty of the law: reflections of a Supreme Court Justice*, New York 2003, s. 244 – 247; A. B. Rierden, *Reshaping the Supreme Court: new Justices, new directions*, New York 1988, s. 79.

⁵⁷⁶ Co więcej, sędzia stwierdziła nawet *expressis verbis*, że potencjalne naukowe analizy akademickie nie będą częstokroć miały dostatecznej mocy, aby podważyć „doświadczenia lokalnego rządu”.

⁵⁷⁷ Ten ostatni wniosek byłby prawdziwy tylko pod dwoma – raczej niezachodzącymi – warunkami. Po pierwsze, O'Connor musiałaby zakwestionować konstytucyjność kumulatywnego regulowania tańca erotycznego poprzez np. równoczesne wprowadzenie zakazu publicznego obnażania się oraz uchwalenie planu zagospodarowania przestrzennego, *de facto* limitującego liczbę miejsc, w których odbywają się pokazy tańca erotycznego. W innym przypadku teza sędzi pozbawiona jest logicznego sensu. Po drugie, całkowita prohibicja „tańca nago” połączona z brakiem szczególnych przepisów nakazujących koncentrację czy rozproszenie klubów z tańcem erotycznym musiałaby zostać potraktowana jako mniej dotkliwie ograniczenie wolności słowa niż zredukowanie liczby lokali, w których pokaz „tańca nago” może się odbywać. Trudno tymczasem zgodzić się z tezą, jakoby eliminacja kategorii ekspresji była mniej restrykcyjna aniżeli limitacja miejsc jej przekazywania.

Dokonana ostatecznie przez sędzię O'Connor homogenizacja doktryny drugorzędnych skutków oraz koncepcji akcydentalnych brzemion odbiła się wręcz olbrzymim echem w kręgu znawców problematyki komentujących rozstrzygnięcia SN⁵⁷⁸. Do wyjątków na tle generalnej recepcji można zaliczyć przychylną waloryzację orzeczenia przez Jamesa S. Malloya, którego zdaniem wyrok i jego uzasadnienie są mocno zakorzenione w dotychczasowych precedensach ustalonych przez Sąd Najwyższy⁵⁷⁹. Większość uczestników debaty uznała natomiast teorię zaproponowaną przez O'Connor za wręcz fundamentalną modyfikację dotychczasowej linii orzeczniczej, podążającą w dodatku w dramatycznie złym kierunku. Spróbujmy tedy pokrótce zrekonstruować najważniejsze z prezentowanych obiekcji. Po pierwsze, zadekretowana synteza miała zwiastować drastyczne pomniejszenie poziomu konstytucyjnych gwarancji udzielanych wypowiedziom symbolicznym oraz zapowiadać prawdopodobieństwo ześlizgnięcia się SN po „równi pochyłej” w kontekście ogólnej roli odgrywanej w amerykańskim życiu publicznym przez zasadę maksymalnego respektowania wolności słowa. Jak utrzymuje David L. Hudson, „pomimo swego pozornie godnego pochwały celu, doktryna drugorzędnych skutków wywiera korozyjny wpływ na jurysprudencję odnoszącą się do Pierwszej Poprawki. Każdy przedmiot regulacji, zamierzony bądź mimowolny, może konstytuować drugorzędny skutek. Przy takim ujęciu doktrynalnym, prawo ewidentnie ufundowane na dyskryminacji treściowej zaczyna być analizowane jako unormowanie neutralne, jeżeli tylko ograniczenie swobody słowa może być usprawiedliwione bez odwołania się do treści przekazu [...] Racjonalizacja w oparciu o regułę drugorzędnych skutków rozcieńcza również stopień konstytucyjnej protekcji wypowiedzi, na które nakładane są autentycznie neutralne treściowo ograniczenia. Jeśli tylko sąd zidentyfikuje jakieś drugorzędne skutki, którym rzezona regulacja ma zapobiegać, to wspomniane przepisy przejdą test konstytucyjności” jako nakładające jedynie akcydentalne brzemiona na ekspresję. Tymczasem właściwie każda wypowiedź wywołuje jakieś rozproszone konsekwencje, często niepożądane z tej czy z innej perspektywy; cecha taka nie powinna zatem kreować prawnego fundamentu pod interwencję państwa w obszar wolności słowa⁵⁸⁰. Trudno również odmawiać zasadniczej słuszności pogładowi Lisy Malmer, sformułowanemu w kontekście interesującego nas casusu: „Nie ma wątpliwości, że ograniczanie swobody ekspresji jest częstokroć wygodną metodą zwalczania przestępczości. Tytułem przykła-

⁵⁷⁸ Pamiętać przy tym warto, iż zdecydowana większość badaczy pierwszej poprawki to niejako naturalni zwolennicy maksymalnie szerokiej interpretacji terminu „wolność słowa”.

⁵⁷⁹ J. S. Malloy, *A content neutral public nudity ordinance that satisfies O'Brien test may require erotic dancers to wear G-strings and pasties without violating their First Amendment right of freedom of expression: City of Erie v. Pap's A. M.*, *Duquesne Law Review*, Spring 2001, s. 728.

⁵⁸⁰ D. L. Hudson, *The secondary effects doctrine: "the evisceration of First Amendment freedoms"*, *Washburn Law Journal*, vol. 37, s. 60.

du, stany mogłyby zapobiec większości aktów przemocy zachodzących na demonstracjach po prostu poprzez zakazanie demonstracji. Pierwsza poprawka nie toleruje jednakowoż ograniczeń nakładanych na ekspresję tylko z tego powodu, że restrykcje te mogą działać prewencyjnie w stosunku do działalności przestępczej. Tym samym, aczkolwiek delegalizacja «tańca nago» stanowi skrót pozwalający powstrzymać nielegalne zachowania, to Konstytucja wymaga, abyśmy zezwolili na kontynuowanie tańców i zaatakowali problem przestępczości w bezpośredni sposób⁵⁸¹. Po drugie, ujęcie O'Connor zapoznaje fakt, że jeżeli zamierzeniem władzy jest wyeliminowanie albo redukcja „secondary effects” określonego ekspresyjnego zachowania (drugorzędne skutki wymienione przez sędzię są wszak – w jej ocenie – efektem pokazów „tańca nago”), a instrumentem służącym osiągnięciu tego celu staje się ingerencja w treść wypowiedzi symbolicznej (choćby utrzymana była tylko na poziomie *de minimis*), to regulacja właściwie *ex definitione*: 1) jest związana z tłumieniem wolności słowa; 2) jest manifestacją dyskryminacji treściowej; 3) nie przechodzi przynajmniej trzeciego warunku testu O'Briena; 4) nie nakłada tylko akcydentalnych brzemion na ekspresję; 5) musi wypełnić kryteria zawarte w teście „strict scrutiny”. Tymczasem, jak trafnie argumentuje Erwin Chemerinsky, teoria drugorzędnych skutków konfunduje teleologiczną prawomocność unormowania z jego treściową neutralnością⁵⁸². Przepis może przecież jednocześnie zwalczać mieszczące się konstytucyjnie w sferze oddziaływania rządu „secondary effects” i pozostawać ufundowanym na dyferencjacji przekazu pod względem treści. Użyteczna może okazać się tu analogia np. z potencjalnym uregulowaniem zabraniającym epatowania widza w spektaklach teatralnych scenami prezentującymi sadyzm, szczególne okrucieństwo, wyrafinowane tortury itp. Racjonalizacja wspomnianej normy byłaby właściwie tożsama z uzasadnieniem restrykcji nakładanych na „taniec nago”. Chodziłoby o ograniczenie przestępczości i wzajemnej agresji („secondary effect”) wywołanej już samym funkcjonowaniem teatrów prezentujących takowe widowiska (drastyczna przemoc występująca w poważnych produkcjach naturalnie nie byłaby penalizowana). Jak można jednak przypuszczać, regulacja taka byłaby bez cienia wątpliwości uznana przez SN za przejaw dyskryminacji treściowej⁵⁸³. Ponownie uprawnione wydaje się domniemanie, że to erotyczny i seksualny komponent „tańca nago” sprawił, iż SN odstąpił od swej ugruntowanej linii orzeczniczej. Po trzecie, konkluzje O'Connor otwierają wła-

⁵⁸¹ L. Malmer, *Nude dancing and the First Amendment*, University of Cincinnati Law Review, vol. 59, s. 1307.

⁵⁸² E. Chemerinsky, *Content neutrality as a central problem of freedom of speech: problems in the Supreme Court's application*, Southern California Law Review, vol. 74, s. 60 – 61.

⁵⁸³ Por. E. Caron, *Blood, guts and the First Amendment: regulating violence in the entertainment media*, Kansas Journal of Law and Public Policy, vol. XI, s. 98.

dzy drogę nie tylko do dyskryminacji treściowej, ale wręcz do światopoglądowej. Wyrok pomija bowiem całkowicie punkt widzenia potencjalnej widowni pokazów „tańca nago”; doktryna „secondary effects” zostaje tu użyta do dysproporcjonalnego obciążenia wyłącznie jednego z segmentów rynku idei i holistycznie pozbawia, w imię polityki społecznej, grupę jednostek o określonych preferencjach moralnych dostępu do interesującego ich przekazu⁵⁸⁴. O ile pominięcie owego elementu w rozstrzygnięciach w sprawach Stany Zjednoczone vs. O’Brien bądź też Clark vs. Community for Creative Non-Violence było uzasadnione obiektywnymi (tj. niezależnymi od oceny treści ekspresji) przesłankami, o tyle w omawianym przypadku zabieg ten jest pochodną sędziowskiej percepcji „tańca nago”, odzwierciedlającej elitarne tendencje kulturowe⁵⁸⁵. Po czwarte, niesłychanie enigmatyczne okazuje się samo pojęcie „secondary effects”. Dystynkcja między bezpośrednimi konsekwencjami przekazu zachodzącymi w umysłach odbiorców (czy odbierają określoną ekspresję jako podniecającą, ciekawą, odrażającą, śmiertelnie nudną itp.) a drugorzędnymi skutkami okazuje się, co dobitnie unaocznia przykład „tańca nago”, bardzo amorficzna⁵⁸⁶. Stąd też w literaturze przedmiotu po wielokroć kwalifikowano opisane przez O’Connor skutki (choćby wzrost przestępczości) jako „primary effects”; miały one stanowić bezpośredni refleks oddziaływania przekazu na mentalność czy nastrój adresatów⁵⁸⁷. Należy oczywiście również odnotować, że część konstytucjonalistów wyrażała odmienny pogląd⁵⁸⁸. Wnioskowanie to opierało się na supozycji, iż „secondary effects” pojawiają się niezależnie od faktu, czy jakaś osoba była rzeczywistym odbiorcą przekazu. Stąd np. rozkwit prostytucji w pobliżu lokali z tańcem erotycznym nie jest związany z tym, czy osoby oddające się takiemu procederowi oraz ich klienci w ogóle mają jakąkolwiek styczność z przedmiotową ekspresją (mogą przecież np. spotykać się przed wejściem do klubu). Stanowisko to jest bez wątpienia koherentne intelektualnie; jednakże wydaje się raczej aposterioryczną racjonalizacją regulacji aniżeli konkluzją opartą na realistycznej ocenie sytuacji. W przeważającym bowiem zakresie negatywne reperkusje funkcjonowania lokali z „tańcem nago” zdają się wynikać z oddźwięku wywoływanego przez przekaz wśród odbiorców. Co więcej, zaproponowa-

⁵⁸⁴ Ch. T. Leahy, *op. cit.*, s. 1056 – 1057.

⁵⁸⁵ M. M. Harrold, *Observations...*, s. 87.

⁵⁸⁶ Zob. S. V. Shiffrin, *Negative responsibility and indirect harm: notes on a problem in constitutional law*, New York 2007, s. 16 – 17, 33 – 34.

⁵⁸⁷ Zob. np. L. M. Eckert, *Language games: regulating adult establishments, and the obfuscation of power*, Southern California Review of Law and Women’s Studies, vol. 15, s. 263; I. Hare, *Method and objectivity in free speech adjudication: lessons from America*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 54, s. 72.

⁵⁸⁸ Por. E. C. Baker, *Autonomy and informational privacy, or gossip: the central meaning of the First Amendment*, Social Philosophy and Policy, vol. 21, s. 218.

ne przez O'Connor rozumienie doktryny drugorzędnych skutków prowadzi do paradoksalnych rezultatów. Gdyby bowiem powiązanie między „tańcem nago” a wymienionymi w uzasadnieniu zjawiskami było bardziej bezpośrednie (tzn. gdyby wskazana aktywność ekspresyjna wprost nakłaniała widzów do publicznego pijaństwa, korzystania z usług prostytutek, odbywania stosunków seksualnych z przygodnymi partnerami itp.⁵⁸⁹), to wówczas przedmiotowa regulacja podlegałaby testowi „surowego nadzoru sędziowskiego”. Zgodnie tedy z wyrokiem, im bardziej niesprecyzowana i mistyczna korelacja między wypowiedzią symboliczną a określonymi konsekwencjami⁵⁹⁰, im bardziej peryferyjna relacja między źródłami zła a różnymi problemami społecznymi⁵⁹¹, tym mniejszy poziom ochrony przysługujący ekspresji. Po piąte, przeprowadzone przez sędzię rozciągnięcie doktryny drugorzędnych skutków poza pierwotny zasięg jej obowiązywania (tj. poza obszar regulacji typu TPM) oraz hybrydyzacja teorii drugorzędnych skutków i koncepcji akcydentalnych brzemion⁵⁹² w sposób niedwuznaczny zachęcają wymiar sprawiedliwości do, jak odnotowuje David S. Day, „ignorowania pretekstualnego kontekstu otaczającego rzekomo neutralne treściowo regulacje”. Inaczej mówiąc, propozycje O'Connor promują akceptowanie „fikcji prawniczych” dotyczących rzeczywistego celu kwestionowanego aktu normatywnego. Prawdziwym zamierzeniem ustawodawcy było limitowanie erotyczno-seksualnego przekazu komunikowanego przez „taniec nago”; tymczasem sądy, w przeświadczeniu O'Connor, winny rzeczony fakt całkowicie zapoznać i koncentrować się na szukaniu wtórnych usprawiedliwień dla zaskarżonych norm, umożliwiających uregulowaniu ostatecznie się w konfrontacji z pierwszą poprawką⁵⁹³. Po szóste, istnieją duże wątpliwości co do jakiegokolwiek kauzalnego (nawet w najluźniejszym rozumieniu rzeczzonego terminu) powiązania między funkcjonowaniem lokali prezentujących taniec erotyczny a występowaniem rozmaitych niepożądanych drugorzędnych skutków. Oczywiście socjologia nie jest nauką ścisłą; z definicji,

⁵⁸⁹ Pamiętajmy, że sędzia jasno odrzuciła taką diagnozę.

⁵⁹⁰ P. A. Passavant, *Governing sexuality: the Supreme Court's shift to containment*, [w:] *Between law and culture: relocating legal studies*, ed. by D. T. Goldberg, M. Musheno, L. C. Bower, Minneapolis 2001, s. 318.

⁵⁹¹ B. K. Lemley, *Effectuating censorship: civic republicanism and the secondary effects doctrine*, *John Marshall Law Review*, vol. 35, s. 222 – 223.

⁵⁹² B. J. Pollock, *The government may institute a total ban on public nudity in order to combat secondary effects associated with adult entertainment establishments – City of Erie v. Pap's A. M.*, 120 S. Ct. 1382 (2000), *Seton Hall Constitutional Law Journal*, vol. 11, s. 176; M. M. Harrold, *Observations...*, s. 88.

⁵⁹³ D. S. Day, *The hybridization of the content-neutral standards for the free speech clause*, *Arizona State Law Journal*, vol. 19, s. 226; D. J. McDonald, *Regulating sexually oriented businesses: the regulatory uncertainties of a "regime of prohibition by indirection" and the obscenity doctrine's communal solution*, *Brigham Young University Law Review*, 1997, s. 348 i n. Por. też C. Calvert, R. D. Richards, *op. cit.*, s. 295 – 296.

wbrew złudzeniom Claude’a Henriego de Saint-Simona nie może tedy zyskać stopnia pozytywności przynależnego ścisłym dziedzinom wiedzy⁵⁹⁴. Niemniej jednak, nawet uwzględniając specyfikę przedmiotu, niemal biegunowa polaryzacja poglądów wśród badaczy co do wpływu takich klubów na sąsiedztwo musi budzić konsternację. Istnieją przykładowo badania w ogóle zaprzeczające występowaniu imputowanego związku między działaniem lokali oferujących erotyczną rozrywkę i wzrostem przestępczości⁵⁹⁵; socjologowie częstokroć nie potrafią także uzgodnić wspólnej interpretacji danych, co do merytorycznej poprawności których panuje w profesji konsensus⁵⁹⁶. Pojawiają się równocześnie opinie wskazujące, iż badania potwierdzające wspomnianą wyżej relację nie charakteryzują się dostatecznym rygoryzmem metodologicznym (np. porównują zróżnicowane pod względem społeczno-ekonomicznym rejony, nie urzeczywistniają wymogów zachowania odpowiedniej perspektywy czasowej, myślą obiektywne statystyki przestępczości z jej czysto subiektywną – zazwyczaj pesymistyczną – percepcją przez osoby zamieszkujące dany teren)⁵⁹⁷. W kontekście istnienia przedmiotowej korelacji, uzasadnienie O’Connor nadawało oczywiście szczególne znaczenie optyce lokalnej. Wydaje się jednak, że perspektywa prawodawcy raczej nie może pozostawać kontrfaktyczna. Trudno zatem jest kwestionować pogląd, że – zwłaszcza w przypadku limitowania wolności obywatelskiej (choćby i w tak trywialnej kwestii) – dowody potwierdzające sensowność racjonalizacji ustanowienia przez państwo danego unormowania muszą być jednoznacznie przekonujące naukowo. Jeśli bowiem poprzestać na nieznajdujących zakorzenienia w materiale empirycznym dywagacjach, to SN mógłby – gdyby tylko członkowie składu orzekającego posiadali przychylniejszy stosunek do „tańca nago” – odmówić przepisom miasta nawet przymiotu racjonalności (opierając się na niezwyfikowanym założeniu, jakoby kluby oferujące tę formę rozrywki działały na zasadzie wentylu bezpieczeństwa⁵⁹⁸). Słuszny jest więc postulat Davida L. Faigmana, którego zdaniem hipoteza o korelacji między „tańcem nago” a drugorzędnymi skutkami powin-

⁵⁹⁴ Por. np. A. V. Gouldner, *The coming crisis of Western sociology*, New York 1970, s. 92 – 93; L. Kołakowski, *Główne nurty marksizmu. Część I. Powstanie*, Warszawa 1989, s. 157.

⁵⁹⁵ Zob. np. D. Linz, M. Z. Yao, S. Byrne, *Testing Supreme Court assumptions in California v. la Rue: is there justification for prohibiting sexually explicit messages in establishments that sell liquor?*, *Communication Law Review*, vol. 7, s. 27 – 45.

⁵⁹⁶ Por. np. zdecydowanie odmienne interpretacje badań socjologicznych przeprowadzonych w Nowym Jorku nad oddziaływaniem lokali z tańcem topless na otoczenie [w:] J. E. Berger, *Zoning adult establishments in New York: a defense of the adult-use zoning text amendments of 1995*, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 24, s. 126 – 127 oraz [w:] R. Simon, *New York City’s restrictive zoning of adult businesses: a constitutional analysis*, *ibidem*, vol. 23, s. 208 – 209.

⁵⁹⁷ B. Paul, D. Linz, B. J. Shafer, *Government regulation of adult businesses through zoning and anti-nudity ordinances: debunking the legal myth of negative secondary effects*, *Communication Law and Policy*, vol. 6, s. 355, 366 – 389.

⁵⁹⁸ Zob. B. K. Lemley, *op. cit.*, s. 222 – 223.

na być potraktowana przez Sąd Najwyższy jako tzw. „reviewable fact”. Aby zostać wziętą pod uwagę w kontekście orzecznictwa konstytucyjnego, supozycja taka musi być relatywnie skonkretyzowana, rzetelnie udokumentowana i oparta na uzyskanych w zgodzie z rygorami metodologicznymi dowodach⁵⁹⁹. Warto również zauważyć, iż „taniec nago” obejmuje bardzo szerokie spektrum zachowań: od całkowicie prymitywnych oraz zwulgaryzowanych pokazów prezentowanych w miejscach o nader podejrzanej reputacji aż po rozbudowane pod względem estetycznym czy artystycznym spektakle przedstawiane w lokalach zabiegających o bardziej wybredną – aczkolwiek niekoniecznie obdarzoną szczególnie wyrobionym gustem – klientelę (na myśl przychodzą tu np. sławne paryskie kabarety). Można powątpiewać, czy funkcjonowanie klubów oferujących rozrywkę drugiego typu rzeczywiście stymuluje w jakikolwiek namacalny sposób erupcję przestępczości. Po siódme wreszcie, ujęcie O'Connor totalnie abstrahowało od skuteczności zaproponowanych przez władzę remediów. Ani standardy racjonalnej analizy, ani tym bardziej rezultaty empirycznej weryfikacji nie dają wszak żadnego potwierdzenia efektywności wprowadzenia przymusu zakrywania intymnych części jako antidotum na „secondary effects”⁶⁰⁰. Wybór przez władze miejskie takiej metody postępowania co najmniej silnie uprawdopodobniał domniemanie (a nawet wprost potwierdzał jego zasadność), że faktycznym zamierzeniem Erie było ocenzenie erotycznej ekspresji. Zignorowanie owego faktu przez O'Connor w stopniu większym aniżeli inne nieścisłości czy niekonsekwencje uzasadnienia (natury zarówno doktrynalnej, jak i faktycznej) demaskowało pozorną argumentację odwołującą się do konieczności zwalczania „secondary effects”⁶⁰¹.

Jak zapewne nietrudno odgadnąć na podstawie powyższej rekapitulacji, w mojej ocenie zdecydowana większość zarzutów wysuniętych przez komentatorów przeciwko uzasadnieniu autorstwa O'Connor jest dość dobrze umotywowana. Wydaje się, że grzechem pierwotnym wyroku (pomijając wyjściową klasyfikację pokazu „tańca nago” jako ekspresji symbolicznej, a nie jako „czystego słowa”) było potraktowanie nagości jako nieekspresyjnego komponentu regulowanego zachowania. W rezultacie takowej kwalifikacji, penalizacja „tańca nago” została skonceptualizowana – już samo sformuło-

⁵⁹⁹ D. L. Faigman, *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts*, New York 2008, s. 98. Takowa propozycja nie jest, rzecz jasna, wolna od ułomności. Rodzi się bowiem pytanie, czy sędziowie posiadają dostateczne kompetencje merytoryczne, by ocenić rzetelność badań socjologicznych (a także psychologicznych, ekonomicznych itp.)? Co więcej, powyższe ujęcie musi prowadzić do – prawdopodobnie nadmiernego – poszerzenia obszaru sędziowskiej dyskrecjonalności i uznaniowości. Mimo wszystko jednak niebezpieczeństwa te wydają się mniejsze niż zagrożenia wynikające z radykalnej deferencji sądów wobec wątpliwych argumentów prawodawcy.

⁶⁰⁰ Ch. T. Leahy, *op. cit.*, s. 1063 – 1065.

⁶⁰¹ B. J. Pollock, *op. cit.*, s. 177.

wanie brzmi paradoksalnie – nie jako penalizacja „tańca nago”, ale po prostu jako penalizacja (jednego z przypadków) publicznego obnażania się. O ile dokonywanie podobnych rozróżnień posiada z pewnością sens w odniesieniu do wypowiedzi symbolicznych konstytuujących przestępstwo skutkowe w najlżejszym choćby rozumieniu tego terminu (wymierzenie sankcji karnych z tytułu ekspresyjnego spalenia flagi państwowej powodującego powstanie zagrożenia pożarowego nie z uwagi na sprofanowanie wskazanym czynem narodowego symbolu, ale ze względu na wywołanie rzeczowego niebezpieczeństwa), o tyle konstruowanie podobnych dystynkcji w przypadku konstytuującego immanentną całość „tańca nago” przypomina próbę oddzielenia samej czynności dzierżenia pióra od pisania nim konkretnych słów. Błąd ten stał się źródłem wszystkich późniejszych niedomagań orzeczenia, albowiem ułatwił przyjęcie zmodyfikowanej – i wielce permisywnej – wykładni standardu O’Brien. Ostatecznie jestem skłonny podzielić ocenę Francesco Ortiza, zgodnie z którą zaproponowana przez O’Connor koncepcja doktrynalna stanowi wręcz „nadużycie zdrowego rozsądku”⁶⁰².

Pryncypialne *votum separatum* względem orzeczenia O’Connor złożył sędzia Stevens (do którego przyłączyła się również Ruth B. Ginsburg). Przedmiotowe zdanie odrębne zasadniczo zawierało i antycypowało większość z uwag krytycznych podniesionych później w literaturze przedmiotu, co zwalnia nas z konieczności jego szerszej prezentacji. Przedstawmy więc tylko syntetycznie kilka najważniejszych wątków. W przekonaniu Stevensa, ordynans konstytuuje całkowity zakaz formułowania danego rodzaju wypowiedzi symbolicznych. Fakt, że przekaz erotyczny może być transmitowany na szereg rzekomo ekwiwalentnych sposobów, nie jest tu okolicznością ekskulpacyjną (to tak, jakby stwierdzić, iż obłożenie prewencyjną cenzurą jednej książki nie jest całkowitym zakazem danej ekspresji, bo równolegle mogą być wydawane inne dzieła o takim samym ideowym przesłaniu lub też emocjonalnym przekazie). Jak z gryzącym sarkazmem dowodził dalej Stevens, klienci „Kandyland” najprawdopodobniej nie podzieliliby opinii O’Connor, jakoby zakaz pozbywania się przez tancerki „ostatniego skrawka materiału” wywierał wyłącznie taki wpływ na ekspresję, który można opatrzyć terminem „de minimis”. Co bodaj najistotniejsze, zdaniem Stevensa O’Connor chciała by „mieć ciastko i je zjeść. Albo ordynans Erie nie był wymierzony w wypowiedź, a Sąd może próbować usprawiedliwiać ową regulację w oparciu o standard akcydentalnych brzemion, albo Erie ukierunkowało swe prawo na drugorzędne skutki wypowiedzi, a Sąd może usiłować uzasadnić owe przepisy w oparciu o tę właśnie doktrynę. Nie wolno jednakowoż hybrydyzować obydwu konceptów z nadzieją, że interes Erie polegający na eliminowaniu drugorzędnych skutków zostanie potraktowany jako niezwiązany

⁶⁰² F. Ortiz, *Zoning the voyeur dorm: regulating home-based voyeur web sites through land use laws*, U.C. Davis Law Review, vol. 34, s. 963.

z wypowiedzią” w rozumieniu trzeciego warunku testu O'Briena. Jak podkreślał sędzia, „jeśli państwo wprowadza regulację, to może albo koncentrować się na drugorzędnych skutkach, albo może skupiać się na sprawach związanych z niekomunikatywnym składnikiem ekspresji, nie zajmując się w ogóle zagadnieniem, w jakim stopniu unormowanie wpłynie na wypowiedzi, i dopiero później, kiedy okaże się, że regulacja nakłada brzemia na ekspresję, usprawiedliwić takie ograniczenie jako niezamierzoną incydentalną konsekwencję działania”. Rozważanie problemu drugorzędnych skutków przy nakładaniu akcydentalnych brzemion jest *contradicto in adiecto*, wypaczającym zasadę neutralności treściowej⁶⁰³. Co więcej, wiara, że zakrycie przez tancerki najintymniejszych części ciała wywrze jakkolwiek namacalny wpływ na występowanie „secondary effects”, ufundowana jest na „gigantycznie niewiarygodnych” przesłankach. Sąd Najwyższy pominął również dowody (brzmienie preambuły; stenogramy z obrad rady miejskiej; obietnica selektywnego egzekwowania aktu przez reprezentantów Erie wykluczającego, wbrew literalnemu brzmieniu przepisów, penalizowanie nagości pojawiającej się w musicalach lub też produkcjach teatralnych; specyficzna definicja „nagości” przytoczona przez nas w przypisie 1114⁶⁰⁴) wskazujące, że ordynans był wyraźnie i celowo wymierzony w praktykę „tańca nago”. Supresja ta była wyraźnie motywowana ekspresyjnym komponentem wypowiedzi symbolicznej; stanowi on bowiem jedyny element pozwalający odróżnić nagość tancerki w „Kandyland” od nagości aktorki w *Hair*. Ostatecznie – według Stevensa – ordynans ewidentnie narusza drugi (nie przyczynia się do urzeczywistnienia istotnego, nieekspresyjnego interesu publicznego), trzeci (stanowi ograniczenie wolności komunikowania zdefiniowanych treściowo wypowiedzi, motywowane interesami związanymi z supresją swobody ekspresji) i czwarty (ustanawia całkowity zakaz „tańca nago” zamiast np. wprowadzenia restrykcji TPM) warunek standardu O'Briena. Jak puentował sędzia, zapoznanie tych najzupełniej kluczowych zagadnień podważa fundamentalne pryncypia zbiektywizowane w pierwszej poprawce oraz legitymizuje praktyki cenzorskie w imię „szczytnych celów” i „wątliwych zysków” państwa.

Najwymowniejszym wskaźnikiem niedoskonałości zawartych w uzasadnieniu O'Connor było jednakowoż stanowisko sędziego Soutera, pierwotnego twórcy przyjętej tamże doktryny. Katherine Liepe-Levinson nie wahała się nawet zinterpretować obecnie wyrażonych przezeń poglądów jako refutacji uprzednio żywionych przekonań⁶⁰⁵. Supo-

⁶⁰³ Por. S. Dente Ross, *op. cit.*, s. 746 – 747. W konsekwencji, wedle Stevensa, SN stosuje test „pośredniego nadzoru sędziowskiego” do dyskryminującej treściowo regulacji (por. R. G. Wright, *Content-based and content-neutral regulation of speech: the limitations of a common distinction*, University of Miami Law Review, vol. 60, s. 348).

⁶⁰⁴ Zob. E. D. Monroe, *City of Erie v. Pap's A. M.: nude dancing as a form of expression protected under the First Amendment*, Southern University Law Review, vol. 28, s. 90.

⁶⁰⁵ K. Liepe-Levinson, *Strip show: performances of gender and desire*, New York 2001, s. 28.

zycja taka wydaje się zbyt daleko idąca. Souter w dalszym ciągu aprobował stosowanie testu O'Briena do uregulowań w rodzaju tych implementowanych przez Erie oraz przekonywał, iż cel ordynansu (zapobieganie negatywnym drugorzędnym skutkom) jest niezwiązany z supresją ekspresji. Zarazem jednak sędzia warunkował zachowanie przez takie przepisy wymogów konstytucyjnych prezentacją przez legislatywę realnych dowodów potwierdzających, iż „secondary effects” są skorelowane z funkcjonowaniem lokali z „tańcem nago”, oraz wskazujących, że zaproponowane remedium będzie skuteczne. W przeciwnym bowiem razie wymiar sprawiedliwości nie ma możliwości kompetentnego rozważenia, czy drugi i czwarty warunek testu O'Briena zostają wypełnione. Co interesujące, Souter na zakończenie swego uzasadnienia poczynił dwa wyznania o niemal bezprecedensowym w dziejach Sądu Najwyższego charakterze. Po pierwsze, sędzia przyznał się otwarcie do ignorancji w merytorycznym przedmiocie sprawy⁶⁰⁶ oraz zadeklarował, iż ten brak wiedzy wpłynął na treść jego orzeczenia w sprawie *Barnes vs. Glen Theatre*. Po drugie, Souter *expressis verbis* określił swoje dotychczasowe stanowisko jako błędne, nieomal za nie przepraszając⁶⁰⁷. Sędzia nie wykluczył także, iż po ponownym rozpoznaniu sprawy ordynans będzie musiał zostać uznany za naruszenie ustawy zasadniczej z uwagi na nadmiernie szeroki zakres przedmiotowy regulacji (nie będąc usatysfakcjonowanym obietnicą pełnomocnika Erie o niestosowaniu unormowania do obnażania się podczas klasycznych produkcji teatralnych).

Również Antonin Scalia, akceptując sentencję orzeczenia, nie oszczędził teorii O'Connor krytycznej uwagi *à propos* skuteczności remediów proponowanych przez Erie. Co do meritum zagadnienia, Scalia powtórnie wyłożył doktrynę zaproponowaną przezeń w sprawie *Barnes vs. Glen Theatre* (moralistyczna interpretacja celu regulacji; ordynans jako generalna penalizacja publicznego obnażania się, niezależna od hipotetycznego współwystąpienia z nim rzekomego elementu komunikowania idei bądź emocji; milczenie pierwszej poprawki w tym przypadku). Ponieważ „taniec nago” nie jest zabroniony z uwagi na niesiony przez siebie przekaz natury erotycznej, lecz ze względu na jego inherentną niemoralność⁶⁰⁸, to nawet koncentracja rady miejskiej na tym zacho-

⁶⁰⁶ Potwierdził tym samym ogólną intuicję Richarda Posnera odnośnie do nader skromnej wiedzy sędziów Sądu Najwyższego na temat analizowanej przez nich w przedmiotowym procesie ekspresji, [w:] *idem*, *Breaking the deadlock: the 2000 election, the Constitution, and the courts*, Princeton 2001, s. 206.

⁶⁰⁷ Por. B. J. Shafer, A. A. Adams, *Jurisprudence of doubt: obscenity, indecency, and morality at the dawn of the 21st century*, Michigan Bar Journal, vol. 84, s. 23.

⁶⁰⁸ Por. Ch. J. Andrew, *The secondary effects doctrine: the historical development, current application, and potential mischaracterization of an elusive judicial precedent*, Rutgers Law Review, vol. 54, s. 1203 – 1204. Pierwsza poprawka mogłaby hipotetycznie zostać pogwałcona jedynie w przeciwstawnej sytuacji. Wspomniane rozróżnienie pomiędzy samym zachowaniem a komunikowanym przez nie przekazem jest zaskakujące w świetle stanowiska Scalii w sprawach dotyczących profanacji flagi państwowej. Przyjęcie przez sędzię podobnych

waniu podczas uchwalania relewantnych przepisów nie odzwierciedla niczego ponad fakt, że Erie ma problem przede wszystkim z obnażonymi tancerkami, a nie z nagimi plażowiczami, sprzedawcami hot-dogów, biegaczami w miejscach publicznych itp. Ze skupienia przez radnych uwagi na wyłącznie jednym przejawie publicznej nagości nie wolno zatem wyprowadzać konkluzji o dyskryminacyjnym charakterze unormowania. Wydaje się, iż ujęcie zaproponowane przez Scalię (a zbliżone doń były wcześniejsze supozycje Rehnquista) jest zdecydowanie bardziej spójne pod względem konstrukcyjnym w porównaniu z doktryną O'Connor⁶⁰⁹. Rodzi się tedy pytanie: dlaczego pozostali sędziowie (skłonni uznać ordynans za zgodny z konstytucją) nie opowiedzieli się za tym rozwiązaniem problemu⁶¹⁰ i zrezygnowali z optyki moralistycznej na rzecz wątpliwej doktryny drugorzędnych skutków (merytoryczny rezultat okazałby się wszak w obydwu przypadkach identyczny)? Otóż – jak trafnie odnotowuje Rondi Torp – orzeczenie Scalii umożliwia władzy publicznej regulowanie „moralnego klimatu miasta”. Zdaniem autorki, jeśli zezwolić na ograniczanie swobody wypowiedzi na podstawie takiego uzasadnienia, to wówczas konstytucja „znajduje się w poważnym niebezpieczeństwie. Można wyobrazić sobie, jakie inne kategorie ekspresji mogą zostać ocenzone, jeżeli rząd uzyska prawo ingerencji w treść chronionego przekazu na podstawie jego niemoralności”⁶¹¹. Pomijając nadmiernie, jak się wydaje, radykalną frazeologię tej konstatacji, można jednakowoż przypuszczać, że większości sędziów SN towarzyszyła zbliżona obawa przed ustawianiem na przeciwległych szalach wartości wolności słowa oraz dekretowanej państwowym przymusem moralności z jej subiektywnym epistemologicznie, jeśli nie ontologicznie, charakterem. Trudno zresztą zaprzeczyć, że taka konfrontacja koliduje przynajmniej z duchem pierwszej poprawki.

Na zakończenie omawianego wątku ponownie warto podkreślić, że dokonanie przez SN konstytucyjnej analizy „tańca nago” odbiło się szerokim echem wśród prawni-

dystynkcji przy wyrokowaniu we wskazanych procesach musiałyby przecież zaowocować utrzymaniem w mocy norm kryminalizujących ekspresyjną desakralizację sztandaru. Wydaje się, iż rzeczona odmienność spojrzenia wynika z dwóch przesłanek. Po pierwsze, z niedostatecznie immanentnej – w mniemaniu Scalii – ekspresyjności „tańca nago” (w przeciwieństwie do podpalenia flagi USA). Po drugie, z przekonania sędziego o nader niewielkiej istotności ekspresji erotycznej z punktu widzenia aksjologii legitymizującej konstytucyjną klauzulę wolności słowa.

⁶⁰⁹ Podkreślmy jednak, iż koncepcja Scalii – niezależnie od koncepcyjnej koherencji – implikuje wręcz drastyczne ograniczenie ochrony wypowiedzi symbolicznych w zestawieniu z obowiązującą dotąd linią orzecznictwa SN.

⁶¹⁰ Oczywiście sędziowie mogliby zachować obowiązek zbadania regulacji pod kątem standardu O'Briena.

⁶¹¹ R. Thorp, *op. cit.*, s. 198. Por. R. J. Krotoszynski, Jr., *Building bridges and overcoming barricades: exploring the limits of law as an agent of transformational social change*, Case Western Law Review, vol. 47, s. 437.

ków, polityków czy publicystów. Niewątpliwie znaczną dozę racji posiada Peter H. Schuck, który twierdzi, że podejmowanie takich spraw jest postrzegane przez wielu uczestników publicznej debaty jako postępowanie wręcz kuriozalne oraz w znaczący sposób przyczyniające się do uszczuplenia instytucjonalnego prestiżu Sądu Najwyższego⁶¹². W moim przekonaniu wynika to jednakże z niedostatecznej wiedzy osób formułujących podobne oceny. Oczywiście kwestia „tańca nago” pozornie może wydawać się trywialna (aczkolwiek problem uprawnionego zakresu ingerencji władzy publicznej w konsensualne w rozumieniu cywilnoprawnym relacje między dorosłymi jednostkami nie powinien być chyba traktowany jako banalny); jej rozważenie niosło jednak za sobą szereg doniosłych konsekwencji w sferze konstytucjonalistycznej. W każdym razie recepcja ostatecznego kształtu orzeczenia SN w tej kwestii była wielce zróżnicowana. Z jednej strony możemy tu przywołać pogląd Aarona Brogdona, który krytykował decyzje w sprawach *Barnes vs. Glen Theatre* oraz *City of Erie vs. Pap’s A. M.* za brak klarownego stwierdzenia, że „pierwsza poprawka nie gwarantuje żadnej ochrony niebezpiecznemu zachowaniu, jakim jest publiczne obnażanie się, i to bez względu na to, czy towarzyszy mu jakiś rodzaj ekspresji [...] penalizowanie postępowania, które społeczeństwo uznaje za niemoralne, jest egzemplifikacją uprawnionego zastosowania władzy policyjnej [...] zakazywanie moralnie nieakceptowanych zachowań jest uzasadnione tradycyjną rolą władz stanowych bądź lokalnych, która polega na [...] zapewnianiu publicznej moralności, zdrowia i bezpieczeństwa”⁶¹³. Z drugiej strony można natomiast przytoczyć stanowisko Kevina Case’a, którego zdaniem „polityczna oraz „moralna” tyrania to nie są dwa różne zwierzęta; tyrania, która zachodzi wtedy, gdy jedna grupa obywateli narzuca swoje poglądy moralne reszcie, stanowi niemniejsze zagrożenie dla wolności aniżeli polityczne represje. Przymus zakrywania piersi lub też zakładania stringów może wydawać się niewielką, prawie nieistotną, restrykcją. Istnieje jednakże realne niebezpieczeństwo, że takowe ograniczenia są postawieniem pierwszego kroku na drodze ku «zinstytucjonalizowanej wersji purytanizmu»”⁶¹⁴. Na marginesie warto równocześnie wskazać, że w amerykańskim dyskursie prawniczym pojawiały się także zupełnie anegdotyczne (przynajmniej z naszej perspektywy) wypowiedzi, które upatrywały źródeł decyzji SN w dominacji heteropatriarchalnej ideologii, panicznym strachu przed waginą, rewitalizacji lęku kastracyjnego i fetyszizacji stringów⁶¹⁵. W obliczu rzeczo-

⁶¹² P. H. Schuck, *The limits of law: essays on democratic governance*, Boulder 2000, s. 322.

⁶¹³ A. Brogdon, *Improper application of the First Amendment scrutiny to conduct-based public nudity laws: City of Erie v Pap’s A.M. perpetuates the confusion created by Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, *Brigham Young University Journal of Public Law*, vol. XVII, s. 111 – 112.

⁶¹⁴ K. Case, *op. cit.*, s. 1231 – 1232.

⁶¹⁵ Zob. m.in. F. Valdes, *Acts of power, crimes of knowledge: some observations on desire, law and ideology in the politics of expression at the end of the Twentieth century*, *Journal of Gen-*

ných enuncjacji można przypuszczać, że protagoniści sporu zgodziliby się z tezą, że o ile „taniec nago” nie należy do „tradycyjnych kwestii życia i śmierci kojarzonych z problemem wolności jednostki, które generują rozważania na temat surowej cenzury bądź też ekscesywnej regulacji życia przez rząd, o tyle pod powierzchnią zagadnienia leży ukryty świat autentycznych kontrowersji, którego większość nie dostrzega”⁶¹⁶. Kluczową kwestią są tutaj w szczególności dalsze losy standardu O'Briena (tj. podstawowego narzędzia analitycznego w sprawach dotyczących wypowiedzi symbolicznych). Przyszłość pokaże, czy znacząca redukcja jego mocy protekcyjnej zaproponowana przez O'Connor i zaakceptowana przez trzech innych sędziów zostanie zaaprobowana przez większość SN. Warto również spojrzeć na orzecznictwo Sądu Najwyższego w relewantnej materii w kontekście problemu sędziowskiego aktywizmu. Omówione sprawy dobrze ilustrują bowiem niejednoznaczność tego pojęcia. Z jednej strony na podkreślenie zasługuje fakt, że Sąd Najwyższy zachował powściągliwość w podważaniu norm prawnych przyjętych przez władze lokalne⁶¹⁷. Z drugiej strony pamiętać trzeba, że test O'Briena jest instrumentem wypracowanym przez judykaturę, a nie przewidzianym w prawie stanowionym. Ocena konstytucyjności ograniczającej swobodę ekspresji regulacji odbywała się zatem w oparciu o samodzielnie ustalone przez SN kryteria, których interpretacja uległa w dodatku dość daleko posuniętej modyfikacji. Ponadto odmowa przyznania jakiemuś rodzajowi wypowiedzi gwarancji wynikających z pierwszej poprawki na podstawie subiektywnych ocen sędziów (dotyczących w tym przypadku wartości „tańca nago”) może być potraktowana jako analogiczna manifestacja aktywizmu co zastosowanie ustawy zasadniczej w celu eliminacji z obrotu prawnego unormowań ustanowionych przez demokratycznie wybraną władzę. Finalna ocena postępowania Sądu Najwyższego jako wstrzemięźliwego bądź aktywistycznego będzie więc najprawdopodobniej funkcją osobistych przekonań interpretatora co do meritum sprawy. Fakt ten potwierdza polityczny (a nie deskryptywny) charakter wymienionych wyżej pojęć.

der, *Race and Justice*, vol. 1, s. 249; A. M. Adler, *Girls! Girls! Girls!: the Supreme Court confronts g-string*, *New York University Law Review*, vol. 80, s. 116 – 129.

⁶¹⁶ D. J. Saari, *Too much liberty? Perspectives on freedom and the American dream*, Westport 1995, s. 110.

⁶¹⁷ Por. Ch. S. Lopeman, *The activist advocate: policy making in State Supreme Courts*, Westport 1999, s. 26 – 28.

ZAKOŃCZENIE

Przeprowadzone analizy uprawniają do wyciągnięcia następujących wniosków:

1) Delimitowany przez pierwszą poprawkę do ustawy zasadniczej USA zakres wolności słowa wydaje się generalnie bardzo szeroki, zarówno w ujęciu absolutnym, jak i komparatystycznym (tj. w zestawieniu z regulacjami obowiązującymi w innych – chociażby w polskim – porządkach normatywnych). Świadczy o tym przynajmniej sześć, wzajemnie powiązanych, podstawowych aspektów. Po pierwsze, konstytucyjne gwarancje przysługują także szczególnie bulwersującym i kontrowersyjnym kategoriom ekspresji, jak np. mowa nienawiści, radykalny dyskurs natury politycznej czy znieważające opinie niewyczerpujące znamion deliktu cywilnoprawnego. Po drugie, w amerykańskim konstytucjonalizmie generalnie obowiązuje zawężająca interpretacja tych rodzajów wypowiedzi, które mogą być zakazywane bez naruszania pierwszej poprawki. Dobrym przykładem jest tu ewolucja definicyjna pojęcia „fighting words”. Po trzecie, podstawowy test używany w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach związanych z wolnością słowa, którego pozytywne przejście upoważnia państwo do wprowadzania całościowych ograniczeń możliwości formułowania danej ekspresji lub do przyjmowania rozwiązań dyskryminujących treściowo czy światopoglądowo – tj. standard „strict scrutiny” – jest nader trudny do pozytywnego przejścia. Po czwarte, nawet jeśli zakazywalne kategorie wypowiedzi mogą potencjalnie być rozumiane szeroko, to i tak praktyka jurydyczna przemawia zazwyczaj na korzyść wykładni zawężającej. W tym z kolei przypadku dobrym *exemplum* wydają się losy testu Millera. Po piąte, pierwsza poprawka stawia ewentualnym restrykcyjnym unormowaniom poważne wymogi formalne w odniesieniu do jasności oraz zakresu przedmiotowego regulacji. Po szóste – co najistotniejsze z punktu widzenia niniejszego opracowania – Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych jest gotów uwzględniać kontekst narzucany przez zasadę swobody wypowiedzi przy rozstrzygnięciu spraw dotyczących niekonwencjonalnej aktywności ekspresyjnej w rodzaju np. milczenia, spania w parku narodowym czy wydatkowania środków finansowych na partie polityczne i kampanie wyborcze. Z powyższych powodów obszar swobody wypowiedzi symbolicznych wyznaczany przez pierwszą poprawkę bez wątpienia pozostaje bezprecedensowo rozległy. Za wyjątek w tym zakresie trzeba natomiast uznać restrykcyjne stanowisko SN w kwestii penalizacji tańca nago, które wydaje się motywowane przede wszystkim przesłankami psychospołecznymi.

2) Sąd Najwyższy generalnie próbuje kwalifikowanie różnorodnych zachowań niewerbalnych jako desygnatu użytego w dyspozycji pierwszej poprawki terminu „słowo”.

Przypomnijmy, iż klasyfikacja danego postępowania jako ekspresyjnego (w konstytucyjnie doniosłym stopniu) automatycznie powoduje rozciągnięcie nań zasięgu normowania klauzuli wolności słowa. W moim przekonaniu, wskazane stanowisko SN jest uzasadnione w głównej mierze względami teleologicznymi, precyzyjnie i elegancko sformułowanymi przez sędziego Jacksona w sprawie *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*. Generalny sprzeciw względem dekretowania przez aparat państwowy jakiegokolwiek – w zdroworozsądkowych granicach – ideowej czy moralnej ortodoksji zdaje się doktrynalnym fundamentem analizowanych przez nas rozstrzygnięć. Zauważmy ponadto, że racje aksjologiczne przemawiające za ochroną swobody wypowiedzi symbolicznych są *de facto* jednakowe z argumentami legitymizującymi zasadność zapewnienia wolności „czystego słowa”. Rzeczona tożsamość wynika z bliskiego związku obydwu fenomenów z podstawową regułą wolnego społeczeństwa, jaką jest wolność myśli oraz sumienia. Swoboda wypowiedzi symbolicznej, analogicznie jak ekspresji werbalnej, konstytuuje istotny element indywidualnej autonomii i samorealizacji (*vide* odmowa udziału w patriotycznych rytuałach); komunikacja niewerbalna może stanowić manifestację ideologicznych bądź politycznych przekonań (*vide* wywieśnienie czerwonej flagi, profanacja sztandaru państwowego), swoboda głosu których należy do kanonów ustroju liberalno-demokratycznego; ekspresyjne zachowania przyczyniać się mogą – zgodnie z miltonowskim czy millowskim paradygmatem – do lepszego zrozumienia otaczającej nas rzeczywistości, nawet jeśli są bulwersujące bądź kontrowersyjne (*vide* palenie krucyfiksów); w równym stopniu, jak do „pure speech”, odnosi się do nich wymóg tolerancji (*vide* erotyczny taniec nago). Sąd Najwyższy generalnie akceptuje przy tym pogląd, zgodnie z którym prawo do wyboru metody komunikacji jest doniosłym komponentem zasady wolności słowa. Konkludując, nawet jeśli w ostatecznym rozrachunku w konkretnej sprawie związanej z ekspresją symboliczną powyższe argumenty nie uzyskują priorytetu w stosunku do potrzeby ochrony czy zagwarantowania innych cennych wartości, to w konstytucyjnej arytmetyce SN nie waha się brać ich pod uwagę (zazwyczaj waloryzując je relatywnie wysoko).

3) Możliwe – i zdecydowanie warto się o to pokusić – jest skonstruowanie na podstawie orzeczeń SN teoretycznego modelu określającego odpowiedni przebieg procesu sądowego w sprawach dotyczących wypowiedzi symbolicznych (nawet biorąc pod uwagę fakt, iż Sąd Najwyższy zazwyczaj nie podejmował wprost w danej sprawie wszystkich zasugerowanych przeze mnie działań albo też nie czynił poszczególnych kroków w zaproponowanej poniżej kolejności). W pierwszym rzędzie należy rozważyć, czy wprowadzenie określonego unormowania mieści się w ogóle w kompetencjach danego organu (pierwszy warunek testu O’Brien). Negatywna odpowiedź na to pytanie czyni oczywiście wszelkie dalsze rozstrząsania bezprzedmiotowymi. W następnej kolejności

sąd winien ocenić, czy regulowane zachowanie jest ekspresyjne w konstytucyjnym rozumieniu terminu. Wniosek przeczący oznacza, iż badana sprawa nie wymaga rozpatrywania pod kątem klauzuli wolności słowa; ewaluacja zgodności przepisu z ustawą zasadniczą dokonywana będzie co do zasady w oparciu o standard racjonalności (chyba że pojawi się konieczność analizowania regulacji pod kątem innego konstytucyjnego uprawnienia obywatelskiego). Jeśli zaś analizowane postępowanie konstytuuje wypowiedź symboliczną, to wyjściowym zadaniem sądu jest ustalenie, czy dane unormowanie wykazuje dostateczny stopień jasności (tj. czy nie można skutecznie postawić mu zarzutu „vagueness”). Kolejny krok to zastosowanie doktryny kategoryjnego wykluczenia (tj. określenie, czy dana ekspresja nie wyczerpuje definicyjnych znamion wypowiedzi generalnie niechronionej przez pierwszą poprawkę, np. groźby, „fighting word” bądź też obscenium), uzupełnionej koncepcją niedostatecznej inkluzji oraz teorią „overbreadth”. Niemożność uprawomocnienia regulacji w powyższy sposób powoduje, iż sąd musi przeanalizować relewantne unormowanie pod kątem specyfiki nakładanych przez nie ciężarów na swobodę wypowiedzi. W tym zakresie możliwe są dwie sytuacje. Jeżeli przepis posiada charakter ograniczenia typu TPM (tzn. dopuszczalne jest sformułowanie analogicznej wypowiedzi symbolicznej w innym czasie, w innym miejscu bądź w inny sposób), to zadaniem sądu jest aplikacja testu odpowiedniego dla oceny takiego uregulowania. Jeśli wynik owej inwestygacji jest niekorzystny (np. przepis posiada charakter dyskryminujący treściowo lub światopoglądowo albo nie gwarantuje alternatywnych kanałów komunikacyjnych), sąd powinien zastosować standard „surowego nadzoru sędziowskiego”, niespełnienie warunków którego jest tożsame z kwalifikacją unormowania jako sprzecznego z ustawą zasadniczą. Z alternatywną sytuacją mamy do czynienia wówczas, gdy dana regulacja całościowo delegalizuje pewien rodzaj wypowiedzi symbolicznych. W takich okolicznościach właściwym standardem jest test O’Briena. W pierwszej kolejności sąd winien skoncentrować się na ustaleniu interesu rządowego, któremu służy dane unormowanie (trzeci warunek testu). Jeżeli zidentyfikowany interes wypełnia stosowne kryteria, to dalszym krokiem jest aplikacja drugiego i czwartego warunku standardu. W zależności od rezultatu tej analizy regulacja jest uznawana za zgodną bądź sprzeczną z pierwszą poprawką. Jeżeli natomiast unormowanie nie przechodzi pozytywnie trzeciego warunku testu O’Briena, to sąd zobowiązany jest odwołać się do standardu „strict scrutiny”, weryfikując fundamentalny charakter interesu publicznego, wąskie ujęcie regulacji i fakt (nie)istnienia alternatywnych środków pozwalających władzy na urzeczywistnienie wskazanego interesu w mniej restrykcyjny dla wolności słowa sposób; konsekwencje tej analizy przesądzają o losie unormowania. Oczywiście wskazany wyżej model postępowania trzeba traktować jako typ idealny, który – w zależności od partykularnych okoliczności sprawy – może podlegać pewnym korekturom

(sąd może np. zastosować doktrynę forum publicznego, standard dotyczący ekspresji reklamowej czy też chociażby dyrektywę interpretacyjną statuującą niemal absolutny zakaz ustanawiania wstępnych ograniczeń wypowiedzi). Jednak w ogólnym zarysie rzeczony schemat obejmuje wszystkie konieczne kroki orzecznicze, wyznaczając przy tym przejrzystą i racjonalną ścieżkę procedowania. Sądzę, że jego konsekwentna aplikacja uczyniłaby wyroki sądowe dotyczące wypowiedzi symbolicznych zdecydowanie klarowniejszymi. Na marginesie warto też dodać, iż przedstawiony model może również stanowić użyteczne narzędzie dla konstytucjonalistów, ułatwiające analizę konkretnych rozstrzygnięć.

4) Fundamentalną zasadą obowiązującą (oraz systematycznie zwiększającą swoje znaczenie) w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu klauzuli wolności słowa jest reguła neutralności treściowej i światopoglądowej państwa. Wymóg ten zdaje się najlepiej wyrażać aksjologiczne pryncypia znajdujące u podstaw pierwszej poprawki. W kontekście wypowiedzi symbolicznych należy przede wszystkim zauważyć, iż przyjęcie rozwiązań dyskryminujących wyklucza uprawomocnienie danej regulacji na mocy relatywnie permissywnych testów TPM i O'Briena, uruchamiając mechanizm surowego nadzoru sędziowskiego. Zasada bezstronności, upostaciowiona w doktrynie niedostatecznej inkluzji, kwalifikuje również jako konstytucyjnie problematyczne (z pewnymi wyjątkami) selektywne ograniczanie możliwości formułowania tylko jednej subkategorii wypowiedzi należącej do rodzaju ekspresji pozostającego generalnie poza obrębem gwarancji zawartych w pierwszej poprawce; również w takich okolicznościach konieczne jest odwołanie się do standardu „strict scrutiny”. Choć zasada neutralności nie posiada oczywiście wymiaru absolutnego (postulat taki jest zresztą niemożliwy do realizacji), to jednak wykroczenie przeciw niej jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych wypadkach.

5) Podstawowym standardem używanym przez Sąd Najwyższy w celu zdiagnozowania stopnia ekspresyjności określonego zachowania jest test Spence'a. Standard ten syntetyzuje element subiektywny (nakazujący uwzględnić intencję podmiotu podejmującego dane działanie albo decydującego się na poniechanie jakiegoś działania) oraz obiektywny (polecający wzięcie pod uwagę percepcji danego zachowania przez jego odbiorców), zawierając także wymóg analizy kontekstualnej. W moim przekonaniu, test ten stanowi rozsądne kompromisowe rozwiązanie, pozwalające uniknąć dwóch niekorzystnych skrajności. Z jednej strony wyklucza radykalnie subiektywistyczny paradygmat, zgodnie z którym działający podmiot byłby upoważniony do autorytatywnego de-sygnowania swojego postępowania jako ekspresyjnego w konstytucyjnie znaczącym stopniu. Wskazana tu optyka musiałaby doprowadzić do nadmiernego poszerzenia zakresu oddziaływania klauzuli wolności słowa, w konsekwencji już to wydatnie osłabia-

jąc protekcyjną siłę pierwszej poprawki, już to przesadnie ograniczając regulacyjne kompetencje państwa (zdecydowanie bardziej prawdopodobne jest ziszczenie się tej pierwszej hipotezy). Z drugiej strony standard Spence'a umożliwia przychylne odniesienie się przez judykaturę do niestandardowych sposobów wyrażania poglądów lub też emocji i nie ogranicza gwarancyjnej funkcji pierwszej poprawki wyłącznie do zabezpieczania swobody komunikowania się przy użyciu zwyczajowych metod (w szczególności słowa mówionego i pisanego). Warto jednakże zaznaczyć, że SN był niekiedy gotów (por. *Clark vs. Community for Creative Non-Violence*) przyjmować prowizoryczne założenie o zasadności potraktowania pewnego zachowania jako wypowiedzi symbolicznej bez stosowania standardu Spence'a, poszerzając tym samym sferę normowania pierwszej poprawki. W moim przeświadczeniu, zabieg taki należy – ze wskazanego wyżej powodu – oceniać zdecydowanie krytycznie. Przyjęcie takowego stanowiska powoduje bowiem, że egzegeza poszczególnych standardów – a zwłaszcza standardu O'Brien – służących ochronie wolności słowa staje się mniej rygorystyczna, co rzutuje także na treść rozstrzygnięć sądowych w procesach dotyczących zachowań o jednoznacznie komunikacyjnym charakterze.

6) Nierygorystyczne podejście Sądu Najwyższego do kryteriów pozwalających kwalifikować dane zachowanie jako ekspresyjne powoduje, że w sprawach dotyczących całkowitego zakazu formułowania domniemanej wypowiedzi symbolicznej absolutnie podstawowym narzędziem orzeczniczym okazuje się test O'Briena, który co do zasady wydaje się rozsądnym kompromisowym rozwiązaniem dylematów dotyczących kwestii nakładania na wypowiedzi symboliczne nieakcydentalnych i akcydentalnych brzemion. Wydaje się, że w kontekście zachowań ekspresyjnych najważniejsze znaczenie posiada trzeci warunek przedmiotowego standardu, wymagający, aby analizowane unormowanie realizowało interes publiczny niezwiązany z tłumieniem wolności słowa (o ile nie należy oczywiście bagatelizować warunku pierwszego, o tyle pamiętać trzeba, że postulowana w nim inwestycja musi być poprowadzona we wszystkich zawisłych przed sądem sprawach). Siła protekcyjna tegoż postanowienia jest ściśle uzależniona od przyjętego przez SN sposobu jego interpretacji. Bez większych wątpliwości należy uznać, że dokonana w tym zakresie przez Sąd Najwyższy wykładnia jest dość permissywna i pozwala prawodawcy na relatywnie szerokie – w zestawieniu z alternatywną egzegezą rygorystyczną – ingerowanie w sferę ekspresyjnych swobód obywateli. Konsekwencja ta stanowi pochodną akceptacji dwóch założeń. Pierwsze z nich dotyczy identyfikowania celu, który ma urzeczywistnić regulacja. SN jest bowiem generalnie gotów a posteriori uprawomocnić kontrowersyjne unormowania (jeżeli tylko jest to możliwe) i przyjmować, że służą one realizacji zamierzeń wypełniających trzeci warunek standardu, nawet jeśli faktycznym motywem aktywności ustawodawczej jest zwalczanie nieak-

ceptowanej ekspresji; wszelkie wątpliwości w tej kwestii są rozstrzygane na korzyść strony rządowej. Innymi słowy, jeśli tylko można przypisać normie (przynajmniej potencjalnie – patrz niżej) urzeczywistnianie jakiegoś nieekspresyjnego interesu, to Sąd Najwyższy jest skłonny tak właśnie postępować. Zjawisko to było szczególnie widoczne przy okazji rozpatrywania sprawy *Stany Zjednoczone vs. O'Brien*. Drugie ze wspomnianych założeń dotyczy zaś interpretacji frazy „niezwiązany z tłumieniem wolności słowa”. W efekcie hybridyzacji testów O'Briena i TPM dokonanej przy okazji rozstrzygnięć dotyczących „tańca nago”, SN stwierdził, że unormowanie wymierzone jedynie w drugorzędne skutki danej wypowiedzi symbolicznej pozostaje w zgodzie z trzecim warunkiem standardu¹; interes państwowy polegający na zwalczaniu pewnych niekorzystnych konsekwencji określonej ekspresji okazuje się *summa summarum* interesem nieekspresyjnym. Wymienione tu zabiegi wydatnie osłabiają siłę gwarancji wolności słowa zawartych w teście O'Briena, zwłaszcza biorąc pod uwagę raczej marginalne znaczenie przywiązywane przez SN do drugiego i czwartego warunku rzeczoności standardu. Sąd Najwyższy jest bowiem skłonny szeroko pojmować termin „ważny interes rządowy” (utożsamiając go z interesem „realnym” czy „rzeczywistym”), przyjmować założenie o skuteczności – nawet, jeśli wydaje się ona wielce wątpliwa – zaproponowanych środków dla realizacji tegoż interesu oraz traktować czwarty warunek jako wprowadzający wyłącznie wymóg elementarnej instrumentalnej racjonalności unormowania. Nie stanowi zatem przypadku fakt, że w czterech *casusach* dotyczących ekspresji symbolicznej, w których SN stosował standard O'Briena (tzn. łącznie ze sprawą *Clark vs. Community for Creative Non-Violence*), procesy zakończyły się – z ledwie jednym wyjątkiem – tryumfem strony rządowej. Ponownie warto jednak podkreślić, że możliwa jest także odmienna egzegeza testu O'Briena, radykalnie zaostrzająca wymogi, których wypełnienie jest konieczne, by regulacja mogła zostać zaklasyfikowana jako niekolidująca z pierwszą poprawką. W moim przeświadczeniu, taka reinterpretacja standardu O'Briena – a zwłaszcza jego trzeciego warunku – byłaby w pełni uzasadnionym posunięciem.

7) Sąd Najwyższy niewątpliwie odegrał kluczową rolę w ukształtowaniu obowiązującego dziś w Stanach Zjednoczonych modelu ochrony wolności słowa. Zdanie to jest trafne szczególnie w kontekście wypowiedzi symbolicznych, co do których można przecieć postawić – w mojej ocenie aksjologicznie błędną – tezę, że konstytucja zachowuje milczenie i pozostawia tym samym ustawodawcy pełną swobodę regulacyjną (w granicach wyznaczonych przez standard racjonalności). Aktywność SN w omówionej w pracy kwestii jest oczywiście jedynie egzemplifikacją nieustannie rosnących wpływów judykatury w obszarze stanowienia prawa. Wskazany proces z pewnością powoduje

¹ Pamiętać także warto o ujawnionej – przynajmniej moim zdaniem – podczas rozpatrywania rzeczonych spraw faktycznej gotowości SN do kategoryzowania skutków pierwszorzędnych jako drugorzędnych.

istotne konsekwencje w sferze ustrojowo-politycznej, tak z perspektywy praktycznej, jak i z punktu widzenia teorii demokracji. Mimo to – z wyłożonych w książce przyczyn – zachowuję daleko idący sceptycyzm wobec teoretycznoprawnej użyteczności takich pojęć, jak „aktywizm” czy „wstrzeźliwość” sędziowska, co do których zdefiniowania nie sposób osiągnąć choćby rudymenarnego konsensusu. Jak pokazuje choćby dyskusja w sprawie rozstrzygnięć SN dotyczących „tańca nago” bądź bezczeszczenia flagi, zarzut aktywizmu częstokroć posiada obosieczny charakter i może być z powodzeniem – w zależności od przyjmowanej definicji terminu – postawiony przez wszystkich protagonistów toczzonego wokół konkretnych orzeczeń sporu². Zastanówmy się też przykładowo nad zagadnieniem mowy nienawiści. Objęcie przez SN tej kategorii ekspresji gwarancjami pierwszej poprawki może być zakwalifikowane jako aktywistyczne ograniczanie kompetencji legislatury; z kolei wyłączenie „hate speech” poza zakres normowania klauzuli wolności słowa może być uznane za przykład aktywistycznej interpretacji ustawy zasadniczej, która nie zawiera przecież upoważnienia do hierarchizowania wypowiedzi ze względu na ich ideologiczną treść. W mojej przeto ocenie, podobne dyskusje są zazwyczaj bezprzedmiotowe z perspektywy teoretycznoprawnej. Sądzę, iż dyskurs konstytucyjny powinien po prostu koncentrować się wokół zagadnienia, czy dany wyrok poprawnie lub błędnie interpretuje pierwszą poprawkę (w sprawach dotyczących innych postanowień konstytucyjnych pojęcia aktywizmu/wstrzeźliwości mogą być nieco bardziej przydatne; nie pretenduję tu do stawiania wniosków uniwersalnych). Krótko mówiąc, prawna analiza orzecznictwa pod omawianym wcześniej kątem częstokroć stanowi „red herring”, tj. fałszywy trop, odwodzący nas od rozpoznawania istoty problemu. Wspomniane kategorie wydają się natomiast posiadać obiektywny – oderwany od problemu merytorycznej zasadności wyroku – sens w przypadku, w którym Sąd Najwyższy stoi w obliczu wyboru pomiędzy dwoma konkurencyjnymi interpretacjami konstytucji lub też badanej normy, z których jedna prowadzi do zakwestionowania, a druga do uprawomocnienia, demokratycznie przyjętych regulacji. Jednakowoż w mojej ocenie w sprawach dotyczących klauzuli wolności słowa i swobody wypowiedzi symbolicznych takowa sytuacja albo nie zachodzi wcale, albo zachodzi niezwykle rzadko³. Przyjmijmy jednak prowizorycznie założenie odmienne i przypuśćmy, że **prawne**

² Nie oznacza to oczywiście, że wymienione kategorie są całkowicie oraz w każdym przypadku pozbawione jakiegokolwiek obiektywnego znaczenia. Przykładowo, słynne orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie konstytucyjności zakazu przerywania ciąży (Roe vs. Wade, 410 U. S. Reports 113 (1973)) wydaje się stanowić przejaw aktywizmu, albowiem SN zaangażował się w nim w działalność *par excellence* prawotwórczą.

³ Jak pokazują cytowane w rozdziale pierwszym ustalenia Eugene’a Volokha, nawet najbardziej radykalna optyka oryginalistyczna nie pozwala na zupełne wyłączenie ekspresji symbolicznej poza obszar oddziaływania pierwszej poprawki. Za niepoprawne uważam również ograniczanie się w interpretacji klauzuli wolności słowa wyłącznie do ściśle literalnej wykładni, sprowadzające jej gwarancje jedynie do ochrony ekspresji werbalnej.

argumenty przemawiające za kwalifikowaniem unormowania jako zgodnego albo niezgodnego z pierwszą poprawką są równie przekonujące. Otóż także w tym wypadku merytoryczna ocena ostatecznej decyzji sądu okazuje się pochodną przekonań politycznych. Uznanie regulacji za konstytucyjną umacnia demokratyczny składnik ustroju; jej uchylenie utwierdza jego klasycznie liberalny komponent. Nie ulega wątpliwości, że stając w obliczu takiego wyboru, SN częściej opowiedziałby się za drugim rozwiązaniem. Selekcja ta może naturalnie podlegać krytyce, która przynależy jednak głównie do obszaru filozofii politycznej, a nie do sfery teorii prawa. Konfundowanie tych dwóch wymiarów wydaje się szkodliwe dla jakości publicznej debaty nad rolą sądów konstytucyjnych we współczesnych demokracjach.

ORZECZNICTWO

Abrams vs. Stany Zjednoczone, 250 U. S. Reports 616.
Adair vs. Stany Zjednoczone, 208 U. S. Reports 161.
Adkins vs. Children’s Hospital, 261 U. S. Reports 525.
Alexander vs. Stany Zjednoczone, 509 U. S. Reports 544.
Allgeyer vs. Louisiana, 165 U. S. Reports 578.
Arcara vs. Cloud Books, 478 U. S. Reports 697.
Ashcroft, Attorney General vs. Free Speech Coalition, 535 U. S. Reports 234.
Bachellar vs. Maryland, 397 U. S. Reports 564.
Barnes vs. Glen Theatre, Inc., 501 U. S. Reports 560.
Barr vs. City of Columbia, 378 U. S. Reports 146.
Beauharnais vs. Illinois, 343 U. S. Reports 250.
Bell vs. Maryland, 378 U. S. Reports 226.
Bethel School District nr 403 vs. Fraser, 478 U. S. Reports 675.
Bolger vs. Youngs Drug Products Corp., 463 U. S. Reports 60.
Boos vs. Barry, 485 U. S. Reports 312.
Bose Corp. vs. Consumers Union of United States, 466 U. S. Reports 485.
Bouie vs. City of Columbia, 378 U. S. Reports 347.
Boy Scouts of America vs. Dale, 530 U. S. Reports 640.
Brandenburg vs. Ohio, 395 U. S. Reports 444.
Brown vs. Board of Education, 347 U. S. Reports 483.
Brown vs. Entertainment Merchants Association, www.supremecourt.gov.
Brown vs. Louisiana, 383 U. S. Reports 131.
Buckley vs. Valeo, 424 U. S. Reports 1.
Burson vs. Freeman, 504 U. S. Reports 191.
California vs. LaRue, 409 U. S. Reports 109.
Cantwell vs. Connecticut, 310 U. S. Reports 296.
Capitol Square Review and Advisory Board vs. Pinette, 515 U. S. Reports 753.
Carey vs. Brown, 447 U. S. Reports 455.
Chaplinsky vs. State of New Hampshire, 315 U. S. Reports 568.
Citizens United vs. Federal Election Commission, 558 U. S. Reports 50.
City of Cincinnati vs. Discovery Network, Inc., 507 U. S. Reports 410.
City of Erie vs. Pap’s A. M., 529 U. S. Reports 277.
City of Ladue vs. Gilleo, 512 U. S. Reports 114.
City of Los Angeles vs. Alameda Books, Inc., 535 U. S. Reports 425.

City of Los Angeles vs. Preferred Communications, Inc, 476 U. S. Reports 488.
Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U. S. Reports 268.
Cohen vs. California, 403 U. S. Reports 15.
Communist Party vs. Control Board, 367 U. S. Reports 1.
Consolidated Edison Co. of New York, Inc. vs. Public Service Commission of New York, 447 U. S. Reports 530.
Coppage vs. Kansas, 236 U. S. Reports 1.
Cox vs. New Hampshire, 312 U. S. Reports 569.
Cowgill vs. California, 396 U. S. Reports 371.
Dallas vs. Stanglin 490 U. S. Reports 19.
Dawson vs. Delaware, 503 U. S. Reports 159.
Debs vs. Stany Zjednoczone, 249 U. S. Reports 211.
Denver Area Educational Telecommunications Consortium vs. Federal Communications Commission, 518 U. S. Reports 727.
Dombrowski vs. Pfister, 380 U. S. Reports 479.
Doran vs. Salem Inn, Inc 422 U. S. Reports 922.
Eisenstadt vs. Baird, 405 U. S. Reports 438.
Employment Division, Oregon Department of Human Resources vs. Smith, 494 U. S. Reports 872.
Federal Communications Commission vs. Pacifica Foundation, 438 U. S. Reports 726.
Federal Trade Commission vs. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U. S. Reports 411.
Food Employees vs. Logan Valley Plaza, Inc., 391 U. S. Reports 308.
Forsyth County, Georgia. vs. The Nationalist Movement, 505 U. S. Reports 123.
Frisby vs. Schultz, 487 U. S. Reports 474.
Frohwerk vs. Stany Zjednoczone, 249 U. S. Reports 204.
Garner vs. Louisiana, 368 U. S. Reports 157.
Garrison vs. Louisiana, 379 U. S. Reports 64.
Gertz vs. Robert Welch, 418 U. S. Reports 323.
Ginsberg vs. New York, 390 U. S. Reports 629.
Ginzburg vs. Stany Zjednoczone, 383 U. S. Reports 463.
Gitlow vs. People of the State of New York, 268 U. S. Reports 652.
Gober vs. City of Birmingham, 373 U. S. Reports 374.
Gooding vs. Wilson, 405 U. S. Reports 518 (1972).
Grayned vs. City of Rockford, 408 U. S. Reports 104.
Gutknecht vs. Stany Zjednoczone, 396 U. S. Reports 295.
Halter vs. Nebraska, 205 U. S. Reports 34.

Hazelwood School District vs. Kuhlmeier, 484 U. S. Reports 260.
Healy vs. James, 408 U. S. Reports 169.
Hill vs. Colorado, 530 U. S. Reports 703.
Hurley vs. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, 515 U. S. Reports 557.
Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell, 485 U. S. Reports 46.
Jacobellis vs. Ohio, 378 U. S. Reports 184.
Jay Burns Baking Co. vs. Bryan, 264 U. S. Reports 504.
Jenkins vs. Georgia, 418 U. S. Reports 153.
Jones vs. City of Opelika, 316 U. S. Reports 584.
Kaplan vs. California, 413 U. S. Reports 115.
Kelley vs. Johnson, 425 U. S. Reports 238.
Keyishian vs. Board of Regents, 385 U. S. Reports 589.
Kingsley Pictures Corp. vs. Regents, 360 U. S. Reports 684.
Kovacs vs. Cooper, 336 U. S. Reports 77.
Leathers vs. Medlock, 499 U. S. Reports 439.
Lichter et al. vs. Stany Zjednoczone, 334 U. S. Reports 742.
Linmark Associates, Inc. vs. Willingboro Tp., 431 U. S. Reports 85.
Lochner vs. New York, 198 U. S. Reports 45.
Lorillard Tobacco Co. vs. Reilly, 533 U. S. Reports 525.
Madsen vs. Women's Health Center, Inc., 512 U. S. Reports 753.
Manual Enterprises Inc. vs. Day, Postmaster General, 370 U. S. Reports 478.
Marbury vs. Madison, 5 U. S. Reports 137.
McConnell, United States Senator vs. Federal Election Commission, 540 U. S. Reports 93.
Members of City Council of City of Los Angeles vs. Taxpayers for Vincent, 466 U. S. Reports 789.
Metromedia, Inc. vs. City of San Diego, 453 U. S. Reports 490.
Minersville School District vs. Gobitis, 310 U. S. Reports 586.
Memoirs vs. Massachusetts 383 U. S. Reports 413.
Meyer vs. State of Nebraska, 262 U. S. Reports 390.
Milk Wagon Drivers Union of Chicago, Local 753 vs. Meadowmoor, 312 U. S. Reports 287.
Milkovich vs. Loran Journal, 497 U. S. 1.
Miller vs. California, 413 U. S. Reports 15.
Minneapolis Star and Tribune Co. vs. Minnesota Commissioner of Revenue, 460 U. S. Reports 575.
Mishkin vs. New York, 383 U. S. Reports 502.
Morehead vs. New York, 298 U. S. Reports 587.
N.A.A.C.P vs. Button, 371 U. S. Reports 415.

National Association for the Advancement of Colored People vs. Claiborne Hardware Co., 458 U. S. Reports 886.
Newport vs. Iacobucci, 479 U. S. Reports 92.
New York vs. Ferber, 458 U. S. Reports 747.
New York State Liquor Authority vs. Bellanca, 452 U. S. Reports 714.
New York Times Co vs. Sullivan, 376 U. S. Reports 254.
Oestereich vs. Selective Service Board, 393 U. S. Reports 233.
Paris Adult Theatre I vs. Slaton, 413 U. S. Reports 49.
Perry Education Association vs. Perry Local Educators' Association, 460 U. S. Reports 37.
Peterson vs. City of Greenville, 373 U. S. Reports 244.
Plummer vs. City of Columbus, 414 U. S. Reports 2.
Police Department of the City of Chicago vs. Mosley, 408 U. S. Reports 92.
Pope vs. Illinois, 481 U. S. Reports 497.
Procurier vs. Martinez, 416 U. S. Reports 396.
Radich vs. New York, 401 U. S. Reports 531.
R.A.V. vs. St. Paul, 505 U. S. Reports 377.
Red Lion Broadcasting Co. vs. Federal Communications Commission, 395 U. S. Reports 367.
Redrup vs. State of New York, 386 U. S. Reports 767.
Renton vs. Playtime Theatres, Inc., 475 U. S. Reports 41.
Ribnik vs. McBride, 277 U. S. Reports 350.
Roe vs. Wade, 410 U. S. Reports 113.
Roth vs. Stany Zjednoczone, 354 U. S. Reports 476.
Rumsfeld vs. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc., 547 U. S. Reports 47.
Sable Communications of California, Inc. vs. Federal Communications Commission, 492 U. S. Reports 115.
San Francisco Arts & Athletics, Inc. vs. United States Olympic Committee, 483 U. S. Reports 522.
Saxbe vs. Washington Post Co., 417 U. S. Reports 843.
Schacht vs. Stany Zjednoczone, 398 U. S. Reports 58.
Schad vs. Borough of Mount Ephraim, 452 U. S. Reports 61.
Schenck vs. Pro-Choice Network of Western New York, 519 U. S. Reports 357.
Schenck vs. Stany Zjednoczone, 249 U. S. Reports 47.
Schneider vs. New Jersey, 308 U. S. Reports 147.
Simon & Schuster, Inc. vs. Members of the New York State Crime Victims Board, 502 U. S. Reports 105.
Smith vs. Goguen, 415 U. S. Reports 566.

Southeastern Promotions Ltd. vs. Conrad, 420 U. S. Reports 546.
Spence vs. Washington, 418 U. S. Reports 405.
Stanley vs. Georgia, 394 U. S. Reports 557.
Stany Zjednoczone vs. Albertini, 472 U. S. Reports 675.
Stany Zjednoczone vs. Eichman, 496 U. S. Reports 310.
Stany Zjednoczone vs. Grace, 461 U. S. Reports 171.
Stany Zjednoczone vs. O'Brien, 391 U. S. Reports 367.
Stany Zjednoczone vs. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U. S. Reports 803.
State of Missouri vs. Holland, 252 U. S. Reports 416.
Street vs. New York, 394 U. S. Reports 576.
Stromberg vs. California, 283 U. S. Reports 359.
Taylor vs. Louisiana, 370 U. S. Reports 154.
Terminiello vs. City of Chicago, 337 U. S. Reports 1.
Texas vs. Johnson, 491 U. S. Reports 397.
Thornhill vs. Alabama, 310 U. S. Reports 88.
Tinker vs. Des Moines School District, 393 U. S. Reports 503.
Trop vs. Dulles, 356 U. S. Reports 86.
Turner Broadcasting System vs. Federal Communications Commission, 512 U. S. Reports 622 oraz 520 U. S. Reports 180.
Ward vs. Rock Against Racism, 491 U. S. Reports 781.
Watts vs. United States, 394 U. S. Reports 705.
Wayte vs. Stany Zjednoczone, 470 U. S. Reports 598.
West Coast Hotel Co. vs. Parrish 300 U. S. Reports 379.
West Virginia State Board of Education vs. Barnette, 319 U. S. 624.
Whitney vs. People of State of California, 274 U. S. Reports 357.
Wisconsin vs. Mitchell, 508 U. S. Reports 476.
Wooley vs. Maynard, 430 U. S. Reports 705.
Virginia vs. Black et al., 538 U. S. Reports 343.
Young vs. American Mini Theatres, 427 U. S. Reports 50.
Young vs. Arkansas, 474 U. S. Reports 1070.

LITERATURA

- Abernathy M. Glenn, Perry B. A., *Civil liberties under the Constitution*, Columbia 1993.
- Abraham H. J., *Freedom and the Court: civil rights and liberties in the United States*, New York 1967.
- *Justices and Presidents: a political history of appointments to the Supreme Court*, New York 1992.
 - *Justices, Presidents, and Senators: a history of the U. S. Supreme Court: appointments from Washington to Bush 2*, Lanham 2008.
 - *The Judiciary: the Supreme Court in the governmental process*, Boston 1997.
- Abrams F., *Speaking freely: trials of the First Amendment*, New York 2005.
- Abrams R. M., *America transformed: sixty years of revolutionary change 1941 – 2001*, New York 2006.
- Adams T. (ed.), *Censorship and First Amendment rights: a primer*, Tarrytown 1992.
- Adler A.M., *Girls! Girls! Girls!: the Supreme Court confronts g-string*, New York University Law Review, vol. 80.
- Alexander L., *Compelled speech*, Constitutional Commentary, vol. 23.
- *Is there a right of freedom of expression?*, New York 2005.
 - *Trouble on track two: incidental regulations of speech and free speech theory*, Hastings Law Journal, vol. 44.
- Alfange D., Jr., *Free speech and symbolic conduct: the draft-card burning case*, Supreme Court Review, 1968.
- Allen A. L., *Disrobed: the Constitution of modesty*, Villanova Law Review, vol. 51.
- Allen D. S., *Democracy, Inc.: the press and law in the corporate rationalization of public sphere*, Champaign – Urbana 2005.
- Alstynne W. W van, *First Amendment: cases and materials*, Westbury 1995.
- (ed.), *Freedom and tenure in the Academy*, Durham 1993.
 - *Freedom of speech and the Flag Anti-Desecration Amendment: antinomies of constitutional choice*, Free Speech Yearbook, vol. 29.
- Altman A., *Liberalism and campus hate speech: a philosophical examination*, Ethics, vol. 103.
- Amar A. R., *The case of missing Amendments: R.A.V. v. City of St. Paul*, Harvard Law Review, vol. 102.
- Anastaplo G., *Reflections on freedom of speech and the First Amendment*, Lexington 2007.
- *The Constitutionalist: notes on the First Amendment*, Lanham 2005.

- Anderson-Carson D., *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston: „symbolic speech” and its First Amendment protections: is association assimilation?*, Southern University Law Review, vol. 23.
- Andrew Ch. J., *The secondary effects doctrine: the historical development, current application, and potential mischaracterization of an elusive judicial precedent*, Rutgers Law Review, vol. 54.
- Andrias K. E., *A robust public debate: realizing free speech in workplace representation election*, Yale Law Journal, vol. 112.
- Anton A., Fisk M., Holmstrom N. (ed.), *Not for sale: in defense of public goods*, Boulder 2000.
- Arbuckle M. R., *Reasonable inferences and substantial evidence: How the U. S. Supreme Court side-stepped the First Amendment in upholding content-based must-carry rules in its Turner decision*, Communications and the Law, vol. 22.
- Arkes H., *Civility and the restriction of speech: rediscovering the defamation of groups*, The Supreme Court Review, 1974.
- *Natural rights and the right to choose*, Cambridge 2002.
 - *The return of George Sutherland: restoring a jurisprudence of natural rights*, Princeton 1994.
- Arthur J., *Words that bind: judicial review and the grounds of modern constitutional theory*, Boulder 1995.
- Atkins S. E., *Encyclopedia of modern worldwide extremists and extremist groups*, Westport 2004.
- Baer J. A., *Our lives before the law: constructing a feminist jurisprudence*, Princeton 1999.
- Bagchi A., *Deliberative autonomy and legitimate state purpose under the First Amendment*, Albany Law Review, vol. 68.
- Baker E. C., *Autonomy and informational privacy, or gossip: the central meaning of the First Amendment*, Social Philosophy and Policy, vol. 21.
- *Human liberty and freedom of speech*, New York – Oxford 1989.
 - *Scope of the First Amendment freedom of speech*, UCLA Law Review, vol. 25.
- Bakken T., *Liberty and equality through freedom of expression: the human rights questions behind „hate crime” laws*, The International Journal of Human Rights, vol. 4.
- Ball H., *Hugo L. Black: cold steel warrior*, New York – Oxford 1996.
- Banning L., *The sacred fire of liberty: James Madison and the founding of the federal republic*, Ithaca 1995.
- Barak G., *Gimme shelter: a social history of homelessness in contemporary America*, New York 1992.
- Barbour S. (ed.), *Free speech: current controversies*, San Diego 2000.
- Barendt E., *Freedom of speech*, Oxford 1985.

- Barger A., *Changing state laws to prohibit the display of hangman's nooses: tightening the knot around the First Amendment*, William and Mary Bill of Rights Journal, vol. 17.
- Barlow Jackson J., Levy L. W., Masugi K. (ed.), *The American founding: essays on the formation of the Constitution*, New York 1988.
- Barnett Lidsky L., Wright R. G., *Freedom of the press: a reference guide to the United States Constitution*, Westport 2004.
- Barnett Pearce W., *Communication and the human condition*, Carbondale 1989.
- Bartlett J. (ed.), *The First Amendment in a free society*, New York 1999.
- Basiak J. F., Jr., *Inconsistent levels of generality in the characterization of unenumerated fundamental rights*, University of Florida Journal of Law and Public Policy, vol. 16.
- Battistella E. L., *Bad language: are some words better than others?*, New York 2005.
- Baum L., *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*, Princeton 2006.
- *The Supreme Court*, Washington 1989.
- Bauman R. W., Kahana T. (ed.), *The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state*, Cambridge 2006.
- Beatty D. M., *Human rights and judicial review: a comparative perspective*, Dordrecht 1994.
- Becker T. L., Feeley M. M. (ed.), *The impact of Supreme Court decisions*, New York 1973.
- Bedau H. A. (ed.), *Civil disobedience in focus*, London and New York 2002.
- Belknap M. R., *Cold War political justice: the Smith Act, the Communist Party, and American civil liberties*, Westport 1997.
- *The Supreme Court under Earl Warren 1953 – 1969*, Columbia 2005.
- Bell C., *Ritual: perspectives and dimensions*, New York 1997.
- Bell J., *Hate thy neighbor: violent racial exclusion and the persistence of segregation?*, Ohio State Journal of Criminal Law, vol. 5.
- *O say, can you see?: free expression by the light of fiery crosses*, Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, vol. 39.
- *Policing hatred: law enforcement, civil rights, and hate crime*, New York 2004.
- Bell P., Bell R., *Americanization and Australia*, Sydney 1998.
- Belsky M. H. (ed.), *The Rehnquist Court: a retrospective*, New York 2002.
- Beman L. T. (compiled by), *Selected articles on censorship of speech and the press*, New York 1930.
- Berckmans P., *The semantics of symbolic speech*, Law and Philosophy, vol. 16.
- Berger F. R., *Freedom of expression*, Belmont 1980.
- Berger J. E., *Zoning adult establishments in New York: a defense of the adult-use zoning text amendments of 1995*, Fordham Urban Law Journal, vol. 24.
- Bergthold S. D., *Brief of Amici Curiae: American Planning Association and Community Defense Counsel in support of the City of Los Angeles*, Scottsdale 2001.

- Bernard Cohen I., *Benjamin Franklin: his contribution to the American tradition*, Indianapolis 1953.
- Berns W., *Making patriots*, Chicago 2001.
- *The First Amendment and the future of American democracy*, New York 1976.
- Bernstein D. E., *You can't say that! The growing threat to civil liberties from antidiscrimination laws*, Washington 2003.
- Bezanson R. P., *Art and freedom of speech*, Champaign – Urbana 2009.
- Bhagwat A., *The test that ate everything: intermediate scrutiny in First Amendment jurisprudence*, University of Illinois Law Review, 2007.
- Bickel A. M., *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, Indianapolis 1962.
- Bilz K., *Speaking of crime: the language of criminal justice*, Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 96.
- Bix B., *Law, language, and legal determinacy*, Oxford 1995.
- Blackstone's commentaries on the laws of England*, book 4th, chapter 11th, <http://avalon.law.yale.edu>.
- Blake C. N. (ed.), *The arts of democracy: art, public culture, and the state*, Washington 2007.
- Blakey G. R., Murray B. J., *Threats, free speech, and the jurisprudence of the federal criminal law*, Brigham Young University Law Review, 2002.
- Blanchard M. A., *Revolutionary sparks: freedom of expression in modern America*, New York – Oxford 1992.
- Blasi V. (ed.), *Ideas of the First Amendment*, Saint Paul 2006.
- *Six conservatives in search of the First Amendment: the revealing case of nude dancing*, William and Mary Law Review, vol. 33.
- *The checking value in First Amendment theory*, American Bar Foundation Research Journal, 1977.
- Blechner P. A., *Supreme Court rejection of the east restrictive alternative test*, Annual Survey of American Law, 1990.
- Bleise B. J., *Freedom of speech and flag desecration: a comparative study of German, European and United States law*, Denver Journal of International Law and Policy, vol. 20.
- Blocher J., *Institutions in the marketplace of ideas*, Duke Law Journal, vol. 57.
- Blondel J., *Comparing Political Systems*, New York 1972.
- Bodenhamer D. J., Ely J. W., Jr. (ed.). *The Bill of Rights in modern America. Revised and expanded*, Bloomington 2008.
- Bogdan F. W., *Congressional prohibition of contemptuous flag burning suppresses constitutionally protected free speech*, Washington and Lee Law Review, vol. 40.

- Bogen D., *Generally applicable laws and the First Amendment*, Southwestern University Law Review, vol. 26.
- Bojarski T., Michalska-Warias A., Piórkowska-Flieger J., Szwarczyk M., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Bollinger L. C., *The Skokie legacy: reflections on an "easy case" and free speech theory*, Michigan Law Review, vol. 80.
- *The tolerant society: freedom of speech and extremist speech in America*, New York 1986.
- Bollinger L. C., Stone G. R. (ed.), *Eternally vigilant: free speech in the modern era*, Chicago 2002.
- Bork R. (ed.), *"A country I do not recognize": the legal assault on American values*, Stanford 2005.
- *Neutral principles and some First Amendment problems*, Indiana Law Journal, vol. 47.
- *Slouching towards Gomorrah: modern liberalism and the American decline*, New York 1996.
- *The tempting of America: political seduction of the law*, New York 1990.
- Bosmajan H. A., *Metaphor and reason in judicial opinions*, Carbondale 1992.
- *The principles and practice of freedom of speech*, New York 1971.
- Bottoms B., Kovera M. Bull, McAuliff B. D. (ed.), *Children, social science, and the law: social science and policy*, New York 2002.
- Bracken H. M., *Freedom of speech: words are not deeds*, Westport 1994.
- Bradley C. (ed.), *The Rehnquist legacy*, New York 2006.
- Brady J. H., *Confusion twice confounded: the First Amendment and the Supreme Court. An historical study*, South Orange 1954.
- Branham R. J., *Debate and critical analysis: the harmony of conflict*, Hillsdale 1991.
- Brant I., *The Bill of Rights: its origins and meaning*, Indianapolis 1965.
- Bresler R. J., *Freedom of association: rights and liberties under the law*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2004.
- Breyer S., *Active liberty: interpreting our democratic Constitution*, New York 2005.
- Brint M., Weaver W. (ed.), *Pragmatism in law and society*, Boulder 1991.
- Brisbin R. A., Jr., *Justice Antonin Scalia and the conservative revival*, Baltimore 1998.
- Brogdon A., *Improper application of the First Amendment scrutiny to conduct-based public nudity laws: City of Erie v Pap's A.M. perpetuates the confusion created by Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, Brigham Young University Journal of Public Law, vol. XVII.
- Brown R. D., *The strength of a People: the idea of an informed citizenry in America 1650 – 1870*, Chapel Hill 1996.
- Buckley F. H., *Liberal nationalism*, UCLA Law Review, vol. 48.

- Bunikowski D., *Teoria deklaratoryjna i konstytucyjna wykładni (aktywizm i pasywizm prawniczy)*, Państwo i Prawo, nr 11/2005.
- Bunker M. D., *Critiquing free speech: First Amendment theory and the challenge of interdisciplinarity*, Mahwah 2001.
- Bunker M. D., Erickson E., *The jurisprudence of precision: contrast space and narrow tailoring in First Amendment doctrine*, Communication Law and Policy, vol. 6.
- Burnett W. J., *Wisconsin v. Mitchell: First Amendment fast-food style*, Temple Political & Civil Rights Law Review, vol. 4.
- Butler J., *Excitable speech: a politics of the performative*, New York 1997.
- Byrne Hessick C., *Motive's role in criminal punishment*, Southern California Law Review, vol. 80.
- Cahill F. V., Jr., *Judicial legislation: a study in American legal theory*, New York 1952.
- Calvert C., Richards R. D., *Stripping away First Amendment rights: the legislative assault on sexually oriented businesses*, New York University Journal of Legislation and Public Policy, vol.7.
- Campagne I. K., *Barnes v. Glen Theatre, Inc.: application of Indiana's public indecency statute to nude dancing – is the Supreme Court stripping away First Amendment protections to reveal a new standard?*, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 25.
- Campbell T., *Separation of powers in practice*, Palo Alto 2004.
- Cannon L., *President Reagan: the role of a lifetime*, New York 2000.
- Capers B., *Flags*, Howard Law Review, vol. 48.
- Carbado D. W., Gulati M., *What exactly is racial diversity?*, California Law Review, vol. 91.
- Caristi D., *Expanding free expression in the marketplace: broadcasting and the public forum*, New York 1992.
- Carlson J., *George C. Wallace and the politics of powerlessness: the Wallace campaigns for the Presidency, 1964 – 1976*, New Brunswick and London 1981.
- Carmi G. E., *Dignity – the enemy from within: a theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification*, Journal of Constitutional Law, vol. 9.
- Caron E., *Blood, guts and the First Amendment: regulating violence in the entertainment media*, Kansas Journal of Law and Public Policy, vol. XI.
- Carr J. A., *Free speech in the military community: striking a balance between personal rights and military necessity*, The Air Force Law Review, vol. 45.
- Carrington P. D., *Stewards of democracy: law as a public profession*, Boulder 1999.
- Carter S. L., *Civility: manners, morals, and the etiquette of democracy*, New York 1998.
- Case K., *“Lewd and immoral” : nude dancing, sexual expression, and the First Amendment*, Chicago – Kent Law Review, vol. 81.
- Casmir F. L., *Building communication theories: a socio/cultural approach*, Hillsdale 1994.

- Cásarez N. B., *Public forums, selective subsidies, and shifting standards of viewpoint discrimination*, Albany Law Review, vol. 64.
- Chafe W. H., *The achievement of American liberalism: the New Deal and its legacies*, New York 2003.
- Chafee Z. L., *Freedom of speech in war time*, Harvard Law Review, vol. 32.
- Chambers S., *Reasonable democracy: Jurgen Habermas and the politics of discourse*, Ithaca 1996.
- Chapman J. W., Shapiro I. (ed.), *Democratic community*, New York 1993.
- Charles G-U. E., *Colored speech: cross burnings, epistemics, and the triumph of critics?*, Georgetown Law Journal, vol. 93.
- Chemerinsky E., *Content neutrality as a central problem of freedom of speech: problems in the Supreme Court's application*, Southern California Law Review, vol. 74.
- Chmielewski A., *Spółeczeństwo otwarte czy wspólnota? Filozoficzne i moralne podstawy nowoczesnego liberalizmu oraz jego krytyka we współczesnej filozofii społecznej*, Wrocław 2001.
- Chomsky N., *Knowledge of language: its nature, origin, and use*, Westport 1986.
- Christiano T. (ed.), *Philosophy and democracy: an anthology*, New York 2003.
- Ciani K. E., *Revelations of a reformer: Helen D. Marston Beardsley and progressive social activism*, The Journal of San Diego History, vol. 50.
- Clark D. S., Ansary T. (ed.), *Introduction to the law of the United States*, The Hague – London - New York 2002.
- Cleary E. J., *Beyond the burning cross: the First Amendment and landmark R.A.V. case*, New York 1994.
- Coan A. B., *Talking originalism*, Brigham Young University Law Review, 2009.
- Coenen D. T., *Justice Blackmun, federalism and separation of powers*, Dickinson Law Review, vol. 97.
- Cohen H., *Freedom of speech and press: exceptions to the First Amendment*, CRS Report for Congress.
- *Obscenity and indecency: constitutional principles and federal statutes*, Washington 2005.
- Cohen J., *Congress shall make no law: Oliver Wendell Holmes, the First Amendment, and judicial decision-making*, Ames 1989.
- Cohen W., Danelski D. J., *Constitutional law: civil liberties and individual rights*, Westbury 1994.
- Cohen-Almagor R., *Harm principle, offence principle, and the Skokie affair*, Political Studies, vol. XLI.

- *Scope of tolerance: the studies on the costs of free expression and freedom of the press*, London and New York 2006.
 - *Speech, media and ethics: the limits of free expression. Critical studies on freedom of expression, freedom of the press and the public's right to know*, New York 2001.
 - *The boundaries of liberty and tolerance: the struggle against Kahanism in Israel*, Gainesville 1994.
- Coliver S. (ed.), *Striking a balance: hate speech, freedom of expression, and non-discrimination*, Essex 1992.
- Coliver S., Hoffman P., Fitzpatrick J., Bowen S. (ed.), *Secrecy and liberty: national security, freedom of expression and access to information*, The Hague 1999.
- Collier Ch. W., *Meaning in law: a theory of speech*, New York 2009.
- Collins J. P., Jr., *Speaking in code*, Yale Law Journal, vol. 106.
- Constable M., *Just silences: the limits and possibilities of modern law*, Princeton 2005.
- Cookson C., *Regulating religion: the courts and the Free Exercise Clause*, New York 2000.
- Cooper P. J., *Battles on the Bench: conflict inside the Supreme Court*, Lawrence 1995.
- Cornwell N. C., *Freedom of the press: rights and liberties under the law*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2004.
- Corsianos G., *Express yourself! – freedom of expression in the United States of America*, Queen Mary Law Journal, issue 7.
- Cortese A. J. P., *Opposing hate speech*, Westport 2006.
- Cortner R. C., *The Supreme Court and civil liberties policy*, Palo Alto 1975.
- Coski J. M., *The Confederate Battle Flag: America's most embattled emblem*, Cambridge 2005.
- Cox. A., *Freedom of expression*, Cambridge and London 1981.
- *The role of the Supreme Court in American government*, London – Oxford – New York 1978.
- Craft T. L., *Symbolic expression: flag desecration – attitudes and the law*, Suffolk University Law Review, vol. 5.
- Cram I., *Contested words: legal restrictions on freedom of speech in liberal democracies*, Aldershot 2006.
- Crane P. T., *"True threats" and the issue of intent*, Virginia Law Review, vol. 92.
- Crocker T. P., *Displacing dissent: the role of "place" in the First Amendment jurisprudence*, Fordham Law Review, vol. 75.
- Crowley A. L., *R.A.V. v. City of St. Paul: how the Supreme Court missed the writing on the wall*, Boston College Law Review, vol. 34.
- Cruz D. B., *Just don't call it "marriage". The First Amendment and marriage as an expressive resource*, Southern California Law Review, vol. 74.

- Currie D. P., *The Constitution in Congress: the Federalist period*, Chicago 1997.
- *The Constitution in the Supreme Court: the second century 1888 – 1986*, Chicago – London 1990.
- Curtis M. Kent, *No state shall abridge: the Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Durham 1986.
- Cutler S. L., Lipps L. L., *Expressive conduct*, Georgetown Journal of Gender and Law, vol. 1.
- Dahl R. A., *Pluralist democracy in the United States: conflict and consent*, Chicago 1967.
- Dasgupta R., *Changing face of the law: a global perspective*, Lincoln 2005.
- Davenport Ch., *State repression and the domestic democratic peace*, New York 2007.
- Davis D. H., Hawkins B. (ed.), *New religious movements and religious liberty in America*, Waco 2003.
- Davis L. G., Sims-Wood J. L., *The Ku-Klux-Klan: a bibliography*, Westport 1984.
- Day D. S., *The hybridization of the content-neutral standards for the free speech clause*, Arizona State Law Journal, vol. 19.
- *The incidental regulation of free speech*, University of Miami Law Review, vol. 42.
- Daynes B. W., Tatalovich R., *Contemporary readings in American government*, Lexington 1980.
- Dean J. W., *The Rehnquist choice: the untold story of the Nixon appointment that redefined the Supreme Court*, New York 2001.
- Deegan P. J., *Freedom of speech*, Minneapolis 1987.
- Defeis E. F., *Freedom of speech and international norms: a response to hate speech*, Stanford Journal of International Law, vol. 29.
- Degan M. S., “*Adding the First Amendment to the fire*”: *cross burning and hate crime laws*, Creighton Law Review, vol. 26.
- Delgado R., *What if Brown v. Board of Education was a hate-speech case?*, Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties, April 2005.
- *When equality ends: stories about race and resistance*, Boulder 1999.
- *Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling*, Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, vol. 17.
- Demaske Ch., *Modern power and the First Amendment: reassessing hate speech*, Communication Law and Policy, vol. 9.
- Dente Ross S., *Reconstructing First Amendment doctrine: the 1990 [r]evolution of the Central Hudson and O’Brien tests*, Hastings Communications and Entertainment Law Journal, vol. 23.
- Denton R. E., Jr. (ed.), *Language, symbols, and the media: communication in the aftermath of the World Trade Center attack*, New Brunswick 2006.

- Denvir J., *Democracy's Constitution: claiming the privileges of American citizenship*, Champaign – Urbana 2001.
- Desmond J., *Dancing desires: choreographing sexualities on and off the stage*, Madison 2001.
- Devins N., Douglas D. M. (ed.), *A year at the Supreme Court*, Durham 2004.
- Devins N., Fisher L., *The democratic constitution*, New York 2004.
- Dharmapala D., McAdams R. H., *Words that kill? An economic model of the influence of speech on behaviour (with particular reference to hate speech)*, *The Journal of Legal Studies*, vol. 34.
- Dickson D., *The Supreme Court in conference (1940 – 1985): the private discussions behind nearly 300 Supreme Court decisions*, London – New York 2001.
- Dickstein M. (ed.), *The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture*, Durham 1998.
- Dillard I. (ed.), *One man's stand for freedom: Mr. Justice Black and the Bill of Rights. A collection of his Supreme Court opinions*, New York 1963.
- Dimitrakopoulos I. G., *Individual rights and liberties under the U. S. Constitution: the case law of the U. S. Supreme Court*, Leiden 2007.
- Donabedian K. L., *Flag desecration entitled to freedom of speech protection*, *Suffolk University Law Review*, vol. XXVI.
- Donohue W. A., *Twilight of liberty: the legacy of ACLU*, New Brunswick 2009.
- Donovan J., *Unconstitutional motivation analysis and the First Amendment: the further demise of a "wise and ancient doctrine"*, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 33.
- Dorf M. C., *Fallback provisions*, *Columbia Law Review*, vol. 107.
- *Incidental burdens of fundamental rights*, *Harvard Law Review*, vol. 109.
- Dorsen N., Rudovsky D., *Some thoughts on dissent, personal liberty and law*, *American Bar Association Journal*, vol. 54.
- Douglas W. O., *A living Bill of Rights*, New York 1961.
- Downs D. A., *Nazis in Skokie: freedom, community, and the First Amendment*, Notre Dame 1985.
- *Restoring free speech and liberty on campus*, New York 2005.
- Dry M., *Civil peace and the quest for truth: the First Amendment freedoms in political philosophy and American constitutionalism*, Lanham 2004.
- *The First Amendment freedoms: civil peace and the quest for the truth*, *Constitutional Commentary*, vol. 15.
- Dubber M. D., *The police power: patriarchy and the foundations of American government*, New York 2005.
- Ducat C. R., *Constitutional interpretation. Vol II: rights of the individual*, Boston 2008.
- Dudley W. (ed.), *The Bill of Rights: opposing viewpoints*, San Diego 1994.

- Duggal K., Sridhar S., *Reconciling freedom of expression and flag desecration: a comparative study*, *Hanse Law Review*, vol. 2.
- Duncan A. W., Jones S. L. (ed.), *Church – State issues in America today*, Westport – London 2008.
- Duxbury N., *Patterns of American jurisprudence*, Oxford 1997.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.
- *Freedom’s law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge 1996.
 - *Justice in robes*, Cambridge 2006.
 - *Matter of principle*, Cambridge 1985.
 - *The coming battles over free speech*, *The New York Review of Books*, June 11, 1992.
- Eastland T. (ed.), *Freedom of expression in the Supreme Court. The defining cases*, Lanham – Boulder – New York – Oxford 2000.
- Easton S., *The problem of pornography: regulation and the right to free speech*, London and New York 2005.
- Eberle E. J., *Cross burning, hate speech, and free speech in America*, *Arizona State Law Journal*, vol. 36.
- Eckert L. M., *Language games: regulating adult establishments, and the obfuscation of power*, *Southern California Review of Law and Women’s Studies*, vol. 15.
- Edelman M., *Democratic theories and the Constitution*, Albany 1985.
- Eggenberger D., *Flags of the U.S.A.*, New York 1959.
- Egendorf L. (ed.), *Should there be limits to free speech?*, San Diego 2002.
- Eisenberg T., *Reflections on a unified theory of motive*, *San Diego Law Review*, vol. 15.
- Eisgruber Ch. L., *Is the Supreme Court an educative institution?*, *New York University Law Review*, vol. 67.
- *The next Justice: repairing the Supreme Court appointments process*, Princeton 2007.
- Elias S., Levinkind S., *Legal research: how to find and understand the law*, Berkeley 2005.
- Ely J. H., *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Cambridge 1980.
- *Flag desecration: a case study in the roles of categorization and balancing in First Amendment analysis*, *Harvard Law Review*, vol. 88.
 - *Legislative and administrative motivation in constitutional law*, *Yale Law Journal*, vol. 79.
 - *On constitutional ground*, Princeton 1996.
 - *War and responsibility: constitutional lessons of Vietnam and its aftermath*, Princeton 1995.
- Emanuel S. L., *Constitutional law*, Larchmont 1999 – 2000.
- Emerson T. I., *The system of freedom of expression*, New York 1970.
- *Toward a general theory of the First Amendment*, New York 1966.

- Emerson T. I., Haber D., *Political and civil rights in the United States. A collection of legal and related materials*, Buffalo 1952.
- Ernst M. L., *The great reversals: tales of the Supreme Court*, New York 1973.
- Epstein L., Walker T. G., *Constitutional law for a changing America: rights, liberties, and justice*, Washington 1992.
- Eser A., *A principle of "harm" in the concept of crime. A comparative analysis of the criminally protected legal interests*, *Duquesne University Law Review*, vol. 4.
- Eskridge W. N., Jr., *Gay law: challenging the apartheid of the closet*, Cambridge 1999.
- Etzioni A., *The common good*, Malden 2004.
- Eversole D. T., *A voyage through murky waters: assessing flag misuse prohibitions in the wake of Texas v. Johnson, 109 S. Ct. 2533 (1989)*, *Florida State Law Review*, vol. 17.
- Faigman D. L., *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts*, New York 2008.
- Fallon R. H., Jr., *Implementing the Constitution*, Cambridge 2001.
- *Strict judicial scrutiny*, *UCLA Law Review*, vol. 54.
 - *The dynamic Constitution: an introduction to the American constitutional law*, New York 2004.
- Farber D. (ed.), *The Sixties: from memory to history*, Chapel Hill 1994.
- Farber D. A., *Civilizing public discourse: an essay on Professor Bickel, Justice Harlan, and the enduring significance of Cohen v. California*, *Duke Law Journal*, 1980.
- *The First Amendment*, New York 1998.
- Farole D. J., Jr., *Interest groups and judicial federalism: organizational litigation in state judiciaries*, Westport 1998.
- Fee J., *The pornographic secondary effects doctrine*, *Alabama Law Review*, vol. 60.
- Fehrenbacher D. E., *Slavery, law, and politics: the Dred Scott case in historical perspective*, Oxford 1981.
- Feinberg J., *Offense to others*, New York 1986.
- Feldblum Ch. R., *Sexual orientation, morality, and the law: Devlin revisited*, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 57.
- Feldman L. C., *Citizens without shelter: homelessness, democracy, and political exclusion*, Ithaca 2006.
- Feldman S. M., *American legal thought from premodernism to postmodernism: an intellectual voyage*, New York 2000.
- *Free expression and democracy in America: a history*, Chicago 2008.
- Fellman D., *The defendant's rights today*, Madison 1978.
- Fenwick H., *Civil liberties and human rights*, London – Sydney 2002.
- Filipowicz S., *Demokracja. O władzy iluzji w królestwie rozumu*, Warszawa 2007.
- *Pochwała rozumu i cnoty. Republikańskie credo Ameryki*, Warszawa – Kraków 1997.

- *Recepcja i rekonstrukcja. Geneza nowożytnego projektu republikańskiego*, [w:] *idem*, N. Gładziuk, S. Józefowicz, *Republika. Rozważania o przemianach archetypu*, Warszawa 1995.
- Firmage E. B., Duncan M. J., Murphy J. K., *The shanties, symbolic speech, and the public forum: ramshackle protection for free expression?*, *Utah Law Review*, 1990.
- Fish S., *There's no such thing as free speech and it's a good thing too*, *Boston Review*, February 1992.
- Fisher Ch. A., *Nude dancing*, *Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. 6.
- Fisher L., *Nonjudicial safeguards for religious liberty*, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 70.
- Fiss O. M., *Liberalism divided: freedom of speech and the many uses of state power*, Boulder 1996.
- *The irony of free speech*, Cambridge 1996.
- Fletcher G. P., *Loyalty: an essay on the morality of relationships*, New York 1993.
- *Our secret Constitution: how Lincoln redefined American democracy*, New York 2001.
- *Rethinking criminal law*, Oxford 2000.
- Fletcher G. P., Sheppard S., *American law in a global context: the basics*, New York 2005.
- Fleury-Steiner B., Nielsen L. B. (ed.), *The new civil rights research: a constitutive approach*, Aldershot and Burlington 2006.
- Florig D., *The power of presidential ideologies*, Westport 1992.
- Foerstel H. N., *Free expression and censorship in America: an encyclopedia*, Boulder 1995.
- Foley M., *American credo: the place of ideas in U. S. politics*, New York 2007.
- Fox-Genovese E., *Feminism without illusions: a critique of individualism*, Chapel Hill 1991.
- Fraenkel O. K., *The Supreme Court and civil liberties: how the Court has protected the Bill of Rights*, New York 1960.
- Fraleigh D. M., Tuman J. S., *Freedom of speech in the marketplace of ideas*, New York 1997.
- Franklin B., *Apology for printers*, www.franklinpapers.org.
- Frantzich S. A., *Citizen democracy: political activists in a cynical age*, Lanham 2005.
- Freedman M. H., Freedman E. M. (ed.), *Group defamation and freedom of speech: the relationship between language and violence*, Westport 1995.
- Fried Ch., *Saying what the law is: the Constitution in the Supreme Court*, Cambridge 2005.
- Friedelbaum S. H., *The Rehnquist Court: in pursuit of judicial conservatism*, Westport 1994.
- Friedman H. M., *Why do you speak that way? – symbolic expression reconsidered*, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 15.
- Friedman W., *Professional sports and antitrust*, New York 1997.
- Frohnmayr J., *Out of tune: listening to the First Amendment*, Golden 1995.
- Frug G. E., *City making: building communities without building walls*, Princeton 1999.

- Funston R., *A vital national seminar: the Supreme Court in American political life*, Palo Alto 1978.
- Galston W. A., *The practice of liberal pluralism*, New York 2005.
- Gangi W., *A scholar's journey on the dark side*, Chapman Law Review, vol. 11.
- Gard S. W., *The absoluteness of the First Amendment*, Nebraska Law Review, vol. 58.
- Gardbaum S., *The myth and the reality of American constitutional exceptionalism*, Michigan Law Review, vol. 107.
- Gardner M. R., *Illicit legislative motivation as a sufficient condition for unconstitutionality under the Establishment Clause – a case for consideration: the Utah firing squad*, Washington University Law Quarterly, 1979.
- Garland J. A., *Sex as a form of gender and expression after Lawrence v. Texas*, Columbia Journal of Gender and Law, vol. 15.
- Garlicki L., *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki. Konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*, Wrocław 1982.
- *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987.
- Garry P. M., *An American paradox: censorship in a nation of free speech*, Westport 1993.
- *Rediscovering a lost freedom: the First Amendment right to censor unwanted speech*, New Brunswick 2003.
- *Wrestling with God: the Court's tortuous treatment of religion*, Washington 2006.
- Garvey J. H., *Freedom and choice in constitutional law*, Harvard Law Review, vol. 94.
- *What are freedoms for?*, Cambridge 1996.
- Gates H. L., Jr., *Let them talk: why civil liberties pose no threat to civil rights*, The New Republic, September 20 and 27, 1993.
- Gedicks F. M., *An unfirm foundation: the regrettable indefensibility of religious exceptions*, University of Arkansas at Little Rock Law Journal, vol. 20.
- *The rhetoric of Church and State: a critical analysis of Religion Clause jurisprudence*, Durham 1995.
- Geel T. van, *Citizenship education and the free exercise of religion*, Akron Law Review, vol. 34.
- Gelfand R., *The freedom of speech in America*, Minneapolis 1969.
- Gellhorn W., *American rights: the Constitution in action*, New York 1960.
- Gellman S. B., Lawrence F. M., *Agreeing to agree: a proponent and opponent of hate crime laws reach for common ground*, Harvard Journal on Legislation, vol. 41.
- George J., Wilcox L., *Nazis, communists, Klansmen, and others on the fringe: political extremism in America*, Buffalo 1992.
- Gerber K., *Speaking back: the free speech versus hate speech debate*, Amsterdam 2002.
- Gerhardt M. J., *Constitutional humility*, University of Cincinnati Law Review, vol. 76.

- *The power of precedent*, New York 2008.
- Gey S. G. , *A few questions about cross burning, intimidation, and free speech*, Notre Dame Law Review, vol. 80.
- Gibson K. T., *Barnes v. Glen Theatre, Inc.: the naked truth*, University of Miami Entertainment and Sports Law Review, vol. 9.
- Gilbert M. J., (ed.), *The Vietnam War on campus: other voices, more distant drums*, Westport 2001.
- Gillman H., *The Constitution besieged: the rise and demise of Lochner era police powers jurisprudence*, Durham and London 1993.
- Goldberg D. T., Musheno M., Bower L. C. (ed.), *Between law and culture: relocating legal studies*, Minneapolis 2001.
- Goldberg S., *Culture clash: law and science in America*, New York and London 1996.
- Goldford D. J., *The American Constitution and the debate over originalism*, New York 2005.
- Goldstein R. J. (ed.), *Desecrating the American flag: key documents of the controversy from the Civil War to 1995*, Syracuse 1996.
- *Flag burning & free speech: the case of Texas v. Johnson*, Lawrence 2000.
- *Saving Old Glory: the history of the American flag desecration controversy*, Boulder 1995.
- *The great 1989 – 1990 flag flap: on historical, political, and legal analysis*, University of Miami Law Review, vol. 45.
- Goldwin R. A., Kaufman A. (ed.), *How does the Constitution protect religious freedom?*, Washington 1987.
- Goodin R. E., Petit P. (red.), *Przewodnik po współczesnej filozofii politycznej*, Warszawa 1998.
- Gorden W. I., *Nine men plus. Supreme Court opinions on free speech and free press. An academic game-simulation*, Dubuque 1971.
- Gottlieb S. E., *In the name of patriotism: the constitutionality of „bending” history in public secondary schools*, New York University Law Review, vol. 62.
- *Morality imposed: the Rehnquist Court and liberty in America*, New York 2000.
- (ed.), *Public values in constitutional law*, Ann Arbor 1993.
- Gouldner A. V., *The coming crisis of Western sociology*, New York 1970.
- Gower K. K., *Liberty and authority in free expression law: the United States and Canada*, New York 2002.
- Goyette J., Latkovic M. S., Myers S. M. (ed.), *St. Thomas Aquinas and the natural law tradition: contemporary perspectives*, Washington 2004.
- Gozzi R., Jr., *A shared field model of communication*, ETC: A review of general semantics, vol. 61.
- Grant A., *The American political process*, New York 2003.

- Grattet S. P. R., *Judicial rhetoric, meaning-making and the institutionalization of hate crime law*, Law & Society, vol. 34.
- Greenawalt K., *Fighting words: individuals, communities and liberties of speech*, Princeton 1995.
- *Free speech justifications*, Columbia Law Review, vol. 89.
 - *O'er the Land of the Free: flag burning as speech*, UCLA Law Review, vol. 37.
 - *Religion and the Constitution. Vol. I: free exercise and fairness*, Princeton 2006.
 - *Speech, crime, and the uses of language*, New York 1989.
- Greenhaw L. H., Koby M. H., *Constitutional conversations and new religious movements: a comparative case study*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 38.
- Greenhouse L., *Becoming Justice Blackmun: Harry Blackmun's Supreme Court journey*, New York 2005.
- Grey T. C., *Civil rights vs. civil liberties: the case of discriminatory verbal harassment*, Social Philosophy & Policy, vol. 8.
- Grier Stephenson D., Jr., *An essential safeguard: essays on the United States Supreme Court and its Justices*, New York 1991.
- Grinstein J., *Jihad and the Constitution: the First Amendment implications of combating religiously motivated terrorism*, Yale Law Journal, vol. 105.
- Gromski W. (red.), *Teoria i filozofia prawa. Wybór tekstów*, Wrocław 1998.
- Grossman G. S. (ed.), *The spirit of American law*, Boulder 2000.
- Grossman J. B., Wells R. S., *Constitutional law and judicial policy making*, New York 1988
- Gullickson G. L., *La Pétroleuse: representing revolution*, Feminist Studies, vol. 17.
- Gurstein R., *The repeal of reticence: a history of America's cultural and legal struggles over free speech, obscenity, sexual liberation, and modern art*, New York 1996.
- Gutzman K. R. C., *The politically incorrect guide to the Constitution*, Washington 2007.
- Haberstreit B., *Changing America and the Supreme Court*, New York 1970.
- Habermas J., *Teoria działania komunikacyjnego. Tom II. Przyczynek do krytyki rozumu funkcjonalnego*, Warszawa 2002.
- Haffner A. W. (ed.), *Democracy and the public library: essays on fundamental issues*, Westport 1993.
- Haiman F. S., *Freedom of speech*, Lincolnwood 1991.
- *"Speech acts" and the First Amendment*, Carbondale and Edwardsville 1993.
 - *Speech and law in a free society*, Chicago 1981.
- Hajdun M., *The law of sexual harassment*, Selinsgrove 2002.
- Hale R. L., *Freedom through law: public control of private governing power*, New York 1952.
- Hall K. L. (ed.), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, New York 1992.

- (ed.) *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, New York 2001.
- *The Supreme Court in American society: equal justice under law*, New York 2001.
- Hamilton A., Madison J., Jay J., *The Federalist Papers*, New York 1961.
- Hamlin D., *The Nazi/Skokie conflict: a civil liberties battle*, Boston 1980.
- Handler V. L., *Legislating social tolerance: hate crimes and the First Amendment*, Hamline Journal of Public Law and Policy Issues, vol. 13.
- Hansen C. P., *To strip or not to strip: the demise of nude dancing and erotic expression through cumulative regulations*, Valparaiso University Law Review, vol. 35.
- Hare I., *Method and objectivity in free speech adjudication: lessons from America*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 54.
- Harrison M., Gilbert S. (ed.), *Freedom of speech decisions of the United States Supreme Court*, San Diego 1996.
- Harrold M. M., *Observations of white noise: an “acid test” for the First Amendment*, Lincoln 2005.
- *Stripping away at the First Amendment: the increasingly paternal voice of our living Constitution*, University of Memphis Law Review, vol. 32.
- Hart H. L.A., *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998.
- Hartley R. C., *Cross burning – hate speech as free speech: a comment on Virginia v. Black*, Catholic University Law Review, vol. 54.
- Haslett B., *Communication: strategic action in context*, Hillsdale 1987.
- Haynes Ch. C., Chaltain S., Ferguson J. E., Jr., Hudson D. L., Jr., Thomas O., *The First Amendment in schools*, Nashville 2003.
- Heatherman P. B., *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota and Wisconsin v. Mitchell: the Supreme Court’s final response to hate crimes*, Willamette Law Review, vol. 29.
- Heins M., *Not in front of the children: “indecent”, censorship, and the innocence of youth*, New Brunswick – New Jersey 2007.
- Heinze E., *The logic of constitutional rights*, Aldershot 2005.
- Heller F. H., *A turning point for religious liberty*, Virginia Law Review, vol. 29.
- Henkin L., *Foreign affairs and the United States Constitution*, Oxford 1996.
- *Foreword: on drawing lines*, Harvard Law Review, vol. 82.
- *The rights of man today*, Boulder 1978.
- *Viet-Nam in the Courts of the United States: „political questions”*, The American Journal of International Law, vol. 63.
- Henretta J. A., *Charles Evans Hughes and the strange death of liberal America*, Law and History Review, Spring 2006.
- Hensley T. R. (ed.), *The boundaries of freedom of expression & order in American democracy*, Kent 2001.

- Hensley T. R., Hale K., Snook C., *The Rehnquist Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2006.
- Hentoff N., *Free speech for me – but not for thee: how American Left and Right relentlessly censor each other*, New York 1993.
- *The First Freedom: the tumultuous history of free speech in America*, New York 1980.
- Herbert G., *Waiving rights and burning flags: the search for a valid state interest in flag protection*, Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, vol. 25.
- Heumann M., Church T. W. (ed.), *Hate speech on campus: cases, case studies and commentary*, Boston 1997.
- Heyd D., *Toleration: an elusive virtue*, Princeton 1996.
- Heyman S. J., *Freedom of expression: an essay on rights, relation and recognition*, *Generations*, vol. 28.
- *Free speech and human dignity*, New Haven 2008.
- (ed.), *Hate speech and the Constitution. Volume I. The development of the hate speech debate from group libel to campus speech codes*, New York – London 1996.
- *Ideological conflict and the First Amendment*, *Chicago – Kent Law Review*, vol. 585.
- *Spheres of autonomy: reforming the content neutrality doctrine in First Amendment jurisprudence*, *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 10.
- Hickok E. W., Jr. (ed.), *The Bill of Rights: Original meaning and current understanding*, Charlottesville and London 1993.
- Hill Ch. A., Helmers M. (ed.), *Defining visual rhetoric*, Mahwah 2004.
- Hinchey J.W., *The First Amendment freedom of speech: a rediscovery of absolutes*, *Mercer Law Review*, vol. 23.
- Hirsch H. N., *The enigma of Felix Frankfurter*, New York 1981.
- Hixson R. F., *Pornography and the Justices: the Supreme Court and the intractable obscenity problem*, Carbondale 1996.
- Hockett J. D., *New Deal justice: the constitutional jurisprudence of Hugo L. Black, Felix Frankfurter, and Robert H. Jackson*, Lanham 1996.
- Hoecke M. van (ed.), *Epistemology and methodology of comparative law*, Oxford and Portland 2004.
- Hoffman D. N., *Our elusive Constitution: silences, paradoxes, priorities*, Albany 1997.
- Holcombe A. N., *Our more perfect Union: from eighteenth-century principles to twentieth-century practice*, Cambridge 1950.
- Hopkins W. Wat., *Cross burning revisited: what the Supreme Court should have done in Virginia v. Black and why it didn't*, *Hastings Communication and Entertainment Law Journal*, vol. 26.
- *Mr. Justice Brennan and freedom of expression*, New York – Westport – London 1991.

- Hopperton R. J., *Standards of judicial review in Supreme Court land use opinions: a taxonomy, an analytical framework, and a synthesis*, Journal of Urban and Contemporary Law, vol. 51.
- Houle A. L., *From T-shirts to teaching: may public schools constitutionally regulate antihomosexual speech?*, Fordham Law Review, vol. 76.
- Howard A. J., *When can the moral majority rule?: the real dilemma at the core of the nude dancing cases*, St. Louis University Law Journal, vol. 44.
- Hudon E. G., *Freedom of speech and press in America*, Washington 1963.
- Hudson D. L., Jr., *Adult entertainment and the secondary-effects doctrine: how a zoning regulation may affect First Amendment freedoms*, First Reports, vol. 2.
- *The secondary effects doctrine: “the evisceration of First Amendment freedoms”*, Washburn Law Journal, vol. 37.
- Huhn W. R., *Assessing the constitutionality of laws that are both content-based and content-neutral: the emerging constitutional calculus*, Indiana Law Journal, vol. 79.
- *Compelling lessons in the First Amendment: Michael Kent Curtis, free speech, “The People’s darling privilege”*. *Struggles for freedom of expression in American history*, Constitutional Commentary, vol. 19.
 - *Scienter, causation, and harm in freedom of expression analysis: the right hand side of the constitutional calculus*, William and Mary Bill of Rights Journal, vol. 13.
- Hunnicut D. J., *Oregon Land-Use Regulation and Ballot Measure 37: Newton’s third law at work*, Environmental Law, vol. 36.
- Hunter N. D., *Escaping the expression – equality conundrum: towards anti-orthodoxy and inclusion*, Ohio State Law Journal, vol. 61.
- Hurdle M. L., *R.A.V. v. City of St. Paul: the continuing confusion of the fighting words doctrine*, Vanderbilt Law Review, vol. 47.
- Hyde A., *Bodies of law*, Princeton 1997.
- Icenoggle J., *Schenck v. United States and the freedom of speech debate: debating Supreme Court decisions*, Berkeley Heights 2005.
- Ignatieff M. (ed.), *American exceptionalism and human rights*, Princeton 2005.
- Imber M., Geel T. van, *Education law*, Mahwah 2004.
- Ingber S., *The marketplace of ideas: a legitimizing myth*, Duke Law Journal, February 1984.
- Izdebski H., *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2008.
- Jacobs H., *Searching for balance in the aftermath of the 2006 takings initiatives*, Yale Law Journal, vol. 116.
- Jacobs J. M., Potter K., *Hate crimes: criminal law & identity politics*, Oxford 2001.
- Jay S., *Free expression – from World War I to the Cold War*, Washington 2006.

- Jayawickrama N., *The judicial application of human rights law: national, regional and international jurisprudence*, New York 2002.
- Jeffries J. C., Jr., *Justice Lewis F. Powell, Jr.*, New York 2001.
- Jensen L. Vernon, *Ethical issues in the communication process*, Mahwah 1997.
- Jillson C., *American government: political change and institutional development*, New York 2007.
- Jipping T. J., *From least dangerous branch to most profound legacy: the high stakes in judicial selection*, Texas Review of Law & Politics, vol. 4.
- Johnson K., *Nude dancing*, Georgetown Journal of Gender and Law, vol. 4.
- Kagan E., *Private speech, public purpose: the role of governmental motive in First Amendment doctrine*, University of Chicago Law Review, vol. 63.
- Kahn R. A., *Did the burning cross speak? Virginia v. Black and the debate between Justices O'Connor and Thomas over the history of cross burning*, Studies in Law, Politics, and Society, vol. 39.
- Kairys D. (ed.), *The politics of law: a progressive critique*, New York 1988.
- Kalven H., Jr., *A worthy tradition: freedom of speech in America*, New York 1988.
- *The Negro and the First Amendment*, Columbus 1965.
- Kalyan R., *Regulation of nude dancing in bring your own bottle establishments in the Commonwealth of Pennsylvania: are the Commonwealth's municipalities left to fend for themselves?*, Dickinson Law Review, vol. 99.
- Kaplan M. A., *Law in a democratic society*, St. Paul 1993.
- Karst K. L., *Faiths, flags, and family values: the Constitution of the theater state*, UCLA Law Review, vol. 41.
- *Threats and meanings: how the facts govern First Amendment doctrine*, Stanford Law Review, vol. 58.
- Katyal S. K., *Semiotic disobedience*, Washington University Law Review, vol. 84.
- Katz B. J., *Civil disobedience and the First Amendment*, UCLA Law Review, vol. 32.
- Kaufman I. R., *The medium, the message and the First Amendment*, New York University Law Review, vol. 45.
- Kauffman S. M., *Speech/conduct distinction and First Amendment protection of begging in the subways*, Georgetown Law Journal, vol. 79.
- Kelly R. J., Maghan J. (ed.), *Hate crime: the global politics of polarization*, Carbondale 1998.
- Kersch K. I., *Constructing civil liberties: discontinuities in the development of American constitutional law*, New York 2004.
- *Freedom of speech: rights and liberties under the law*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2003.
- Ketcham R. L., *Benjamin Franklin*, New York 1966.

- Keynes E., *Liberty, property, and privacy: toward a jurisprudence of substantive due process*, University Park 1996.
- Killian J. H., Costello G. A., Thomas K. R. (ed.), *The Constitution of the United States of America. Analysis and interpretation. Analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2002*, Washington 2004.
- King A. (ed.), *Postmodern political communication: the fringe challenges the center*, Westport 1992.
- Kirven G., *American right of dissent – and the responsibility that goes with it*, South Dakota Law Review, vol. 16.
- Klang M., Murray A. (ed.), *Human rights in the digital age*, London 2005.
- Klarman M. J., *From Jim Crow to civil rights: the Supreme Court and the struggle for racial equality*, Oxford – New York 2004.
- Kmiec D. W., *In the aftermath of Johnson and Eichman: the Constitution need not be mutilated to preserve the government's speech and property interest in the flag*, Brigham Young University Law Review, 1990.
- Koch A., *The philosophy of Thomas Jefferson*, Gloucester 1957.
- Kohlmeier L. M., Jr., *"God Save this Honourable Court!": the Supreme Court in crisis*, New York 1972.
- Kommers D. P., Finn J. E., Jacobsohn G. J., *American constitutional law: essays, cases and comparative notes*, Lanham 2004.
- Konig D. T. (ed.), *Devising liberty: preserving and creating freedom in the new American republic*, Stanford 1995.
- Koontz D., *Hostile public accommodations laws and the First Amendment*, New York University Journal of Law & Liberty, vol. 3.
- Koopmans T., *Courts and political institutions: a comparative view*, Cambridge 2003.
- Kořakowski L., *Główny nurt marksizmu. Część I. Powstanie*, Warszawa 1989.
- Kopf J. B. III, *City of Erie v Pap's A.M.: Contorting secondary effects and diluting intermediate scrutiny to ban nude dancing*, Capital University Law Review, vol. 30.
- Kozłowski D. V., *Content and viewpoint discrimination: malleable terms beget malleable doctrine*, Communication Law and Policy, vol. 13.
- Kramer D. C., *The price of rights: the courts, government largesse, and fundamental liberties*, New York 2004.
- Kranich N. C., *Libraries & democracy: the cornerstones of liberty*, Chicago and London 2001.
- Kraut N., *Speech: a freedom in search of one rule*, Thomas M. Cooley Law Review, vol. 12.
- Kretzmer D., Kershman Hazan F. (ed.), *Freedom of speech and incitement against democracy*, The Hague 2000.

- Krislov S., *The Supreme Court in the political process*, New York 1966.
- Krotoszynski R J., Jr., *Building bridges and overcoming barricades: exploring the limits of law as an agent of transformational social change*, Case Western Law Review, vol. 47.
- *The First Amendment in cross-cultural perspective: a comparative legal analysis of the freedom of speech*, New York 2006.
- Krüdewagen U., *Political symbols in two constitutional orders: the flag desecration decisions of the United States Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. 19.
- Kurland P. B. (ed.), *Free speech and association: the Supreme Court and the First Amendment*, Chicago and London 1975.
- LaMarche G. (ed.), *Speech & equality: do we really have to choose?*, New York 1996.
- Lamb Ch. M., Halpern S. J. (ed.), *The Burger Court: political and judicial profiles*, Champaign – Urbana 1991.
- Landry R., *Barnes v. Glen Theatre – how can we know the dancer from the dance?*, Loyola Law Review, vol. 38.
- Lasser W., *The limits of judicial power: the Supreme Court in American politics*, Chapel Hill 1989.
- Lawrence Ch. R. III, *If he hollers let him go: regulating racist speech on campus*, Duke Law Journal, 1990.
- Lawrence F. M., *Punishing hate: bias crimes under American law*, Cambridge 2002.
- Lawthorne C. O., *The Supreme Court and libel*, Carbondale 1981.
- Lazare D., *The velvet coup: the Constitution, the Supreme Court, and the decline of American democracy*, London and New York 2001.
- Lazarus E., *Closed chambers: the rise, fall, and future of the modern Supreme Court*, New York 1999.
- Leahy Ch. T., *The First Amendment gone awry: City of Erie v. Pap's A. M., ailing analytical structures, and the suppression of protected expression*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 150.
- Leahy J. E., “*Flamboyant protest*”, *the First Amendment and the Boston Tea Party*, Brooklyn Law Review, vol. 36.
- Lee J-S., *Understanding hate speech as a communication phenomenon: another view on campus speech code issues*, Communications and the Law, vol. 19.
- Lee W. E., *Facts, assumptions, and American Pie*, Law Review of Michigan State University Detroit College of Law, 2000.
- *The futile search for alternative media in symbolic speech cases*, Constitutional Commentary, vol. 8.

- *Speaking without words: the First Amendment doctrine of symbolic speech and the Supreme Court*, Columbia – VLA Journal of Law and Arts, vol. 15.
- Leeds-Hurwitz W., *Semiotics and communication: signs, codes, cultures*, Hillsdale 1993.
- Legutko R., *Etyka absolutna i społeczeństwo otwarte*, Kraków 1998.
- Leitzel J., *Regulating vice: misguided prohibitions and realistic controls*, New York 2008.
- Leone B. (ed.), *Free speech*, San Diego 2004.
- Lerner M., *Nine scorpions in a bottle: great judges and cases of the Supreme Court*, New York 1994.
- Leuchtenburg W. E., *The Supreme Court reborn: the constitutional revolution in the age of Roosevelt*, New York – Oxford 1995.
- Lewis A., *Make no law: the Sullivan case and the First Amendment*, New York 1991.
- Lewis F. P., *The context of judicial activism: the endurance of the Warren Court legacy in a conservative age*, Lanham 1999.
- Lewis M., *Age of human cloning and the constitutional crisis that may result*, Journal of Law & Family Studies, vol. 6.
- Lewis T. T. (ed.), *U. S. Supreme Court, vol. 3*, Pasadena – Hackensack 2007.
- Levesque R. J. R., *Adolescents, malice, and the law: what developmental science reveals and free speech requires*, New York 2007.
- *Dangerous adolescents, model adolescents: shaping the role and promise of education*, New York – Boston – Dordrecht – London – Moscow 2002.
- Levin J., McDevitt J., *Hate crimes: the rising tide of bigotry and bloodshed*, Boulder 2001.
- Levin-Waldman O. M., *Reconceiving liberalism: dilemmas of contemporary liberal public policy*, Pittsburgh 1996.
- Levine J. K., *Defending the freedom to be heard: where alternative avenues intersect empty public places*, University of Memphis Law Review, vol. 36.
- Levinson N., *Outspoken: free speech stories*, Berkeley – Los Angeles 2003.
- Levinson S. (ed.), *Responding to imperfection: the theory and practice of constitutional amendment*, Princeton 1995.
- Levy L. W., *Blasphemy: verbal offense against the sacred from Moses to Salman Rushdie*, Chapel Hill 1995.
- *Legacy of suppression: freedom of speech and press in early American history*, Cambridge 1960.
- *Seasoned judgements: the American Constitution, rights, and history*, New Brunswick 1995.
- *The Establishment Clause: religion and the First Amendment*, Chapel Hill 1994.
- Licht R. A. (ed.), *Is the Supreme Court the guardian of the Constitution?*, Washington 1993.
- Lieberman J. K., *Free speech, free press, and the law*, New York 1980.

- *The evolving Constitution: how the Supreme Court has ruled on issues from abortion to zoning*, New York 1992.
- Liebmann G. W., *The gallows in the grave: civil society in American law*, Westport 1997.
- Liepe-Levinson K., *Strip show: performances of gender and desire*, New York 2001.
- Limbaugh D., *Prześladowanie. O tym, jak liberałowie prowadzą wojnę z chrześcijaństwem*, Sadków 2006.
- Linz D., Yao M. Z., Byrne S., *Testing Supreme Court assumptions in California v. la Rue: is there justification for prohibiting sexually explicit messages in establishments that sell liquor?*, *Communication Law Review*, vol. 7.
- Lipkin R. J., *Constitutional revolutions: pragmatism and the role of judicial review in American constitutionalism*, Durham 2000.
- *Which Constitution? Who decides?*, *Cardozo Law Review*, vol. 28.
- Lippman M., *Contemporary criminal law: concepts, cases, and controversies*, Thousand Oaks 2010.
- Lipset S. M., Raab E., *The politics of unreason: right wing extremism in America, 1790 – 1970*, New York 1970.
- Lively D. E., *Essential principles of communications law*, New York 1992.
- *Foreshadows of the law: Supreme Court dissents and constitutional developments*, Westport 1992.
- Loewy A. H., *Morals legislation and the Establishment Clause*, *Alabama Law Review*, vol. 55.
- *Punishing flag desecrators: the ultimate in flag desecration*, *North Carolina Law Review*, vol. 49.
- *The use, nonuse, and misuse of low value speech*, *Washington and Lee Law Review*, vol. 58.
- Lopeman Ch. S., *The activist advocate: policy making in State Supreme Courts*, Westport 1999.
- Lowell Underwood J., *The Constitution of South Carolina. Vol. III: Church and State, morality and free expression*, Columbia 1992.
- Loveland I. (ed.), *Importing the First Amendment: freedom of speech and expression in Britain, Europe and USA*, Oxford 1998.
- Lovett F. N., *National parks: rights and the common good*, Lanham 1998.
- Luca T. de, *Free speech, political equality, and campaign finance reform: a paradox for democracy?*, *New Political Science*, vol. 29.
- Lucy W., *Understanding and explaining adjudication*, New York 1999.
- Ludwikowska A. M., *System prawa Stanów Zjednoczonych: prawo i prawnicy, struktura władzy, spory prawne*, Toruń 1999.

- Ludwikowska A. M., Ludwikowski R. R., *Sądy w Stanach Zjednoczonych: struktura i jurysdykcja*, Toruń 2008.
- Lusky L., *Our nine tribunes: the Supreme Court in modern America*, Westport 1993.
- Machaj Ł., *Amerykańska ustawa o działalności wywrotowej z 1798 roku a wolność słowa*, *Czasopismo Prawno-Historyczne*, t. LXII, z. 1, s. 310.
- Macintosh K. L., *Illegal beings: human clones and the law*, Cambridge 2005.
- Mackey T. C., *Pornography on trial: a handbook with cases, laws and documents*, Santa Barbara 2002.
- MacKinnon C. A., *Only words*, Cambridge 1993.
- Mackson-Landsberg T., *Is a giant inflatable rat an unlawful secondary picket under Section 8 (b) (4) (ii) (B) of the National Labor Relations Act?*, *Cardozo Law Review*, vol. 28.
- MacLaren C. E. K., *Oregon at a crossroads: where do we go from here?*, *Environmental Law*, vol. 36.
- Magee J. J., *Freedom of expression*, Westport 2002.
- Malloy J. S., *A content neutral public nudity ordinance that satisfies O'Brien test may require erotic dancers to wear G-strings and pasties without violating their First Amendment right of freedom of expression: City of Erie v. Pap's A. M.*, *Duquesne Law Review*, Spring 2001.
- Malloy S. E. W., Krotoszynski R. J., Jr., *Recalibrating the cost of harm advocacy: getting beyond Brandenburg*, *William and Mary Law Review*, vol. 41.
- Małajny R. M. (red.), *Konstytucjonalizm a doktryny polityczno-prawne: najnowsze kierunki badań*, Katowice 2008.
- *“Mur separacji” – państwo a kościół w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Katowice 1992.
 - *Problem moralności władzy w myśli politycznej the Founding Fathers*, [w:] *Moralność i władza jako kategorie myśli politycznej*, red. J. Justyński, A. Madeja, Warszawa 2011.
- Malmer L., *Nude dancing and the First Amendment*, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 59.
- Marcus L. R., *Fighting words: the politics of hateful speech*, Westport 1996.
- Mark D. J. van, *Camping on First Amendment rights: Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984), *Land & Water Law Review*, vol. 22.
- Marks T. C., Jr., *Three ring circus revisited: the drift back to Lochner continues*, *Stetson Law Review*, vol. 19.
- Marrion D. E., *The jurisprudence of Justice William J. Brennan, Jr.: the law and politics of „libertarian dignity”*, Lanham 1997.
- Marshall W. P., *Conservatives and the seven sins of judicial activism*, *University of Colorado Law Review*, vol. 73.

- *Dilution of the First Amendment and the equality of ideas*, Case Western Reserve Law Review, vol. 38.
- *In defense of the search for truth as a First Amendment justification*, Georgia Law Review, vol. 30.
- Marvin C., Ingle D. W., *Blood sacrifice and the nation: totem rituals and the American flag*, New York 1999.
- Mason A. T., *Brandeis: a free man's life*, New York 1946.
- *The Supreme Court from Taft to Warren: an analysis of the role of judicial review in a free society*, New York 1964.
- Mason A. T., Beaney W. M., *The Supreme Court in a free society*, Englewood Cliffs 1959.
- Massey C. R., *Hate speech, cultural diversity, and the foundational paradigms of free expression*, UCLA Law Review, vol. 40.
- Matherne E. H., *The lactating angel or activist – public breastfeeding as symbolic speech*, Michigan Journal of Gender and Law, vol. 15.
- Matheson D., *No moderator needed: a liberty tradition right to broadcast advertorials*, Hastings Constitutional Law Quarterly, vol. 33.
- Matsuda M. J., Lawrence Ch. R. III, Delgado R. and Crenshaw K. W., *Words that wound. Critical race theory, assaultive speech, and the First Amendment*, Boulder 1993.
- McAllister S. R., *Funeral picketing laws and free speech*, Kansas Law Review, vol. 55.
- McAninch W. S., *A catalyst for evolution of constitutional law: Jehovah's Witnesses in the Supreme Court*, University of Cincinnati Law Review, vol. 55.
- McBride J., *"Is nothing sacred?": flag desecration, the Constitution and the establishment of religion*, Saint John's Law Review, vol. 65.
- McBride M., *Pap's A. M. v. City of Erie: the wrong route to the right decision*, Akron Law Review, vol. 33.
- McConnell M. W., *America's first "hate speech" regulation*, Constitutional Commentary, vol. 9.
- McDonald D. J., *Regulating sexually oriented businesses: the regulatory uncertainties of a "regime of prohibition by indirection" and the obscenity doctrine's communal solution*, Brigham Young University Law Review, 1997.
- McFadden D., *A First Amendment analysis of military regulations restricting the wearing of military uniforms by members of the Individual Ready Reserve who participate in politically themed theatrical productions*, Boston College Law Review, vol. 49.
- McGaffey R., *Freedom of speech for the ideas we hate: nongovernmental abridgement of freedom of expression*, Free Speech Yearbook, vol. 26.
- McGinnis J. O., *The once and future property-based vision of the First Amendment*, University of Chicago Law Review, vol. 63.

- McGoldrick J. M., Jr., *Symbolic speech: a message from mind to mind*, Oklahoma Law Review, vol. 61.
- *United States v. O'Brien revisited: of burning things, waving things and g-strings*, University of Memphis Law Review, vol. 38.
- McGowan M. O., *Certain illusions about speech: why the free-speech critique of hostile work environment harassment is wrong*, Constitutional Commentary, vol. 19.
- McKeever R. J., *Raw judicial power? The Supreme Court and American society*, New York 1995.
- McKinley Urschel E., *Nude dancing, expressive conduct and the First Amendment: reviewing Barnes v. Glen Theatre*, Hastings Constitutional Law Quarterly, vol. 20.
- McLuhan M., *Understanding media: the extensions of man*, London – New York 2001.
- McWhirter D., *Freedom of speech, press and assembly*, Phoenix 1994.
- Mehra A., *Free flow of information: a new paradigm*, New York 1986.
- Meiklejohn A., *First Amendment is an absolute*, Supreme Court Review, 1961.
- *Free speech and its relation to self-government*, New York 1948.
- Melamed M. S., *Towards an explicit balancing inquiry? R.A.V. and Black through the lens of foreign freedom of expression jurisprudence*, Hastings Law Journal, vol. 59.
- Melton G. B. (ed.), *The law as a behavioral instrument*, Lincoln 1986.
- Melville K. (ed.), *The boundaries of free speech: how free is to be free?*, Dubuque 1991.
- Merriam-Webster's dictionary of law*, Springfield 1996.
- Meyer C. L., *Free speech v. public safety within public forum analysis*, George Washington Law Review, vol. 59.
- Meyer D. S., Whittier N., Robnett B. (ed.), *Social movements: identity, culture, and the state*, New York 2002.
- Michelman F. I., *Brennan and democracy*, Princeton 1999.
- *Saving Old Glory: on constitutional iconography*, Stanford Law Review, vol. 42.
- Mikuli P., *Zdekoncentrowana kontrola konstytucyjności prawa: Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2002.
- Mill J. S., *O wolności*, Warszawa 1999.
- Miller J. C., *Origins of the American revolution*, Boston 1943.
- Millican E., *The Federalist Papers and the national idea*, Lexington 1990.
- Minda G., *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*, New York and London 1995.
- Mises L. von, *Ludzkie działanie. Traktat o ekonomii*, Warszawa 2007.
- Mitchell A. E., *Nude dancing and First Amendment scrutiny*, Urban Lawyer, vol. 34.
- Mitchell D., *The right to the city: social justice and the fight for public place*, New York 2003.

- Molander G., *Machiavellian jurisprudence: the United States Supreme Court's doctrinal approach to political speech under the First Amendment*, *Touro Law Review*, vol. 10.
- Monroe E. D., *City of Erie v. Pap's A. M.: nude dancing as a form of expression protected under the First Amendment*, *Southern University Law Review*, vol. 28.
- Monteskiusz, *The spirit of laws*, Kitchener 2001.
- Moon R., *Hate speech regulation in Canada*, *Florida State University Law Review*, vol. 36.
- Moore A. D. (ed.), *Information ethics, property, and power*, Seattle 2005.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa: prawo w toku przemian*, Warszawa 1999.
- Moretti D. S., *Obscenity and pornography: the law under the First Amendment*, New York 1984.
- Morgan R. E., *Disabling America: the "rights industry" in our time*, New York 1984.
- Morgan R. J., *James Madison on the Constitution and the Bill of Rights*, New York 1988.
- Morisey M., *Flag desecration, religion and patriotism*, *Rutgers Journal of Law and Religion*, vol. 9.
- Morley F., *The power in the People*, Los Angeles 1972.
- Morley M. T., "Exceedingly vexed and difficult": *games and the First Amendment*, *Yale Law Journal*, vol. 112.
- Morrison A. B. (ed.), *Fundamentals of American law*, New York 1996.
- Morrow F. A., *Speech, expression, and the Constitution*, *Ethics*, vol. 85.
- Moser P. K. (ed.), *The Oxford handbook of epistemology*, New York 2002.
- Mrs. Silence Dogood*, no. 8, *New-England Courant*, July 9, 1722, www.franklinpapers.org.
- Murdoch J., Price D., *Courting justice: gay men and lesbians v. the Supreme Court*, New York 2001.
- Murley J. A., Stone R. L., Braithwaite W. T. (ed.), *Law and philosophy: the practice of theory. Essays in honor of George Anastaplo*, vol. 2, Athens 1992.
- Murphy P. L., *The meaning of freedom of speech: First Amendment freedoms from Wilson to FDR*, Westport 1972.
- Murray R., *Voteauction. net: protected political speech or treason?*, *Journal of High Technology Law*, vol. V.
- Naden C. J., Blue R., *Marbury v. Madison: the Court's foundation*, Tarrytown 2005.
- Nagareda R., *The appellate jurisprudence of Justice Antonin Scalia*, *University of Chicago Law Review*, vol. 54.
- Nagel R. F., *Judicial power and American character: censoring ourselves in an anxious age*, New York 1994.
- *The implosion of American federalism*, New York 2002.
- Neisser E., *Recapturing the spirit. Essays on the Bill of Rights at 200*, Madison 1991.

- Nelson K. C., *“Offensive speech” and the First Amendment*, Boston University Law Review, vol. 53.
- Nelson S. P., *Beyond the First Amendment: the politics of free speech and pluralism*, Baltimore and London 2005.
- Neu J., *Sticks and stones: the philosophy of insults*, Oxford 2008.
- Neuborne B., Sims Ch. S., *Judicial review and fundamental rights: a response to Professor Lee*, Arizona Law Review, vol. 26.
- Newman R. K., *Hugo Black: a biography*, New York 1997.
- Newman S. L., *Liberty, community, and censorship: hate speech and freedom of expression in Canada and in the United States*, American Review of Canadian Studies, vol. 32.
- Nielsen L. B., *Law, hierarchy, and offensive public speech*, Princeton 2004.
- Nimmer M. B., *The meaning of symbolic speech under the First Amendment*, UCLA Law Review, vol.21.
- Nolte G. (ed.), *Europe and U. S. constitutionalism*, New York 2005.
- Norton R., Brenders D., *Communication and consequences: laws of interaction*, Mahwah 1996.
- Note (b.a.), *A communitarian defense of group libel laws*, Harvard Law Review, vol. 101.
- Note (b.a.), *Making sense of hybrid speech: a new model for commercial speech and expressive conduct*, Harvard Law Review, vol. 118.
- Note (b.a.), *Symbolic conduct*, Columbia Law Review, vol. 68.
- Note (b.a.), *The demise of Chaplinsky fighting words doctrine: an argument for its interment*, Harvard Law Review, vol. 106.
- Nowak J. E., Rotunda R. D., Nelson Young J., *Constitutional law*, St. Paul 1983.
- Novit Evans B., *Interpreting the free exercise of religion: the Constitution and American pluralism*, Chapel Hill 1997.
- Nussbaum M. C. (ed.), *Sex, preference, and family: essays on law and nature*, New York 1997.
- O’Brien D. M., *Constitutional law and politics. Volume I. Struggles for power and governmental accountability*, New York 2000.
- *Storm center: the Supreme Court in American politics*, New York 2000.
- O’Connor S. D., *The majesty of the law: reflections of a Supreme Court Justice*, New York 2003.
- O’Neill F. J., *Symbolic speech*, Fordham Law Review, vol. 43.
- O’Neill K. F., *Disentangling the law of public protest*, Loyola Law Review, vol. 45.
- O’Neill R. M., *Free speech: responsible communication under law*, New York 1966.
- *Rights in conflict: the First Amendment’s third century*, Law and Contemporary Problems, vol. 65.

- Onwuachi-Willig A., *Using the master's "tool" to dismantle his house: why Justice Clarence Thomas makes the case for affirmative action*, *Arizona Law Review*, vol. 47.
- Ortiz F., *Zoning the voyeur dorm: regulating home-based voyeur web sites through land use laws*, *U.C. Davis Law Review*, vol. 34.
- Osiatyński W., *Wizje Stanów Zjednoczonych w pismach Ojców Założycieli*, Warszawa 1977.
- Overbeck W., *Major principles of media law*, Belmont 2007.
- Parker R. A., *Revising revisionist theory: consensus theories of the Framers' intent*, *Free Speech Yearbook*, vol. 26.
- Parrish M. E., *The Hughes Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2002.
- Passavant P., *No escape: freedom of speech and the paradox of rights*, New York 2002.
- Patten N. C., *The politics of art and the irony of politics: how the Supreme Court, Congress, NEA, and Karen Finley misunderstand art and law in National Endowment for the Arts v. Finley*, *Houston Law Review*, vol. 37.
- Paul B., Linz D., Shafer B. J., *Government regulation of adult businesses through zoning and anti-nudity ordinances: debunking the legal myth of negative secondary effects*, *Communication Law and Policy*, vol. 6.
- Paul E. F., Miller F. D., Jr. (ed.), *Freedom of speech*, Cambridge 2004.
- Pease D. E. (ed.), *National identities and post-Americanist narratives*, Durham 1994.
- Peleg I. (ed.), *Patterns of censorship around the world*, Boulder 1993.
- Peritz R. J. R., *Competition policy in America 1888 – 1992: history, rhetoric, law*, New York 1996.
- Perry B. A., Mikva A. J., *The priestly tribe: the Supreme Court's image in the American mind*, Westport 1999.
- Perry M. J., *The Constitution in the courts: law or politics?*, New York – Oxford 1994.
- *Toward a theory of human rights: religion, law, courts*, New York 2007.
- *We The People: the Fourteenth Amendment and the Supreme Court*, New York 1999.
- Peterson M. D., *Thomas Jefferson and the new Nation: a biography*, London 1975.
- Petraro N., *Harmful speech and true threats: Virginia v. Black and the First Amendment in the age of terrorism*, *St. John's Journal of Legal Commentary*, vol. 20.
- Phillips M. J., *The Lochner Court, myth and reality: substantive due process from the 1890's to the 1930's*, Westport 2001.
- Pieper T. G., *Playing with fire: the proposed Flag Burning Amendment and the perennial attack on freedom of speech*, *Saint John's Journal of Legal Commentary*, vol. 11.
- Pohlman H. L., *Constitutional debate in action: civil rights and liberties*, Lanham 2004.
- (ed.), *Political thought and the American judiciary*, Amherst 1993.

- Polenberg R., *Fighting faiths: the Abrams case, the Supreme Court, and free speech*, New York 1989.
- Pollock B. J., *The government may institute a total ban on public nudity in order to combat secondary effects associated with adult entertainment establishments – City of Erie v. Pap’s A. M., 120 S. Ct. 1382 (2000)*, Seton Hall Constitutional Law Journal, vol. 11.
- Posner R. A., *Breaking the deadlock: the 2000 election, the Constitution, and the courts*, Princeton 2001.
- *How judges think*, Cambridge 2008.
 - *Law, pragmatism, and democracy*, Cambridge 2003.
 - *Overcoming law*, Cambridge 1995.
 - *Pragmatism and purposivism in First Amendment analysis*, Stanford Law Review, vol. 54.
 - *Sex and reason*, Cambridge 1992.
- Post R. C., *Constitutional domains: democracy, community, management*, Cambridge 1995.
- *Racist speech, democracy, and the First Amendment*, William and Mary Law Review, vol. 32.
 - *Recuperating First Amendment doctrine*, Stanford Law Review, vol. 47.
- Powe L. A., Jr., *The Supreme Court and the American elite: 1789 – 2008*, Cambridge 2009.
- *The Warren Court and American politics*, Cambridge 2000.
- Powell C. M., *The mythological marketplace of ideas: R.A.V., Mitchell and beyond*, Harvard Blackletter Law Journal, vol. 12.
- Press J. S., *Teachers, leave those kids alone? On free speech and shouting fiery epithets in a crowded dormitory*, Northwestern University Law Review, vol. 102.
- Primus R. A., *The American language of rights*, New York 1999.
- Prostak R., „Żywotny interes państwa” a ograniczenia swobody praktyk religijnych. Oddawanie honorów fladze państwowej w Stanach Zjednoczonych a Świadkowie Jehowy, Politea, nr 2.
- Pundurs H., *Public exposure of the female breast: obscene and immoral or free and equal?*, In the Public Interest, vol. XIV.
- Pusey M. J., *Charles Evans Hughes*, vol. 2, New York 1951.
- Raban O., *Content-based, secondary effects, and expressive conduct: what in the world do they mean (and what do they mean to the United States Supreme Court)?*, Seton Hall Law Review, vol. 30.
- Raskin J. B., *Overruling democracy: the Supreme Court vs. the American People*, New York and London 2003.
- Raskin J. S., *Dancing on the outer perimeters: the Supreme Court’s precarious protection of expressive conduct*, Santa Clara Law Review, vol. 33.

- Rasmusen E., *The economics of desecration: flag burning and related activities*, Journal of Legal Studies, vol. 27.
- Rauch J., *The humanitarian threat to free inquiry*, Reason, April 1993.
- Raz J., *The morality of freedom*, Oxford 1988.
- Redish M. H., *The Constitution as political structure*, New York, 1995.
- Rehnquist W. H., *The First Amendment: freedom, philosophy, and the law*, Gonzaga Law Review, vol. 12.
- Reifel S. (ed.), *Play contexts revisited*. Vol. 2, Stamford 1999.
- Reisman D., *Democracy and defamation: control of group libel*, Columbia Law Review, vol. XLII.
- Reitman A. (ed.), *The pulse of freedom: American liberties 1920 – 1970s*, New York 1975.
- Renstrom P. G., *The Stone Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2001.
- *The Taft Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2003.
- Reppy A., *Civil rights in the United States*, New York 1951.
- Reynolds A., Barnett B. (eds.), *Communication and law: multidisciplinary approaches to research*, Mahwah 2006.
- Richards D. A. J., *Toleration and the Constitution*, New York – Oxford 1986.
- Richards R. D., *Freedom's voice: the perilous present and uncertain future of the First Amendment*, Thorndike 2000.
- *Uninhibited, robust and wide-open: Mr. Justice Brennan's legacy to the First Amendment*, Boone 1994.
- Rieder J. (ed.), *The fractious nation? Unity and diversity in contemporary American life*, Berkeley 2003.
- Rierden A. B., *Reshaping the Supreme Court: new Justices, new directions*, New York 1988.
- Robarge D., *John Marshall: from revolutionary Virginia to the Supreme Court*, Westport 2000.
- Robertson P., *Courting disaster: how the Supreme Court is usurping the power of Congress and the People*, Nashville 2004.
- Robinson N. A., *Environmental regulation of real property*, New York 2006.
- Roelofs M. H., *The poverty of American politics: a theoretical interpretation*, Philadelphia 1996.
- Rogge O. John, *The First and the Fifth with some excursions into others*, Edinburgh 1960.
- Rogowski R., Gawron T. (ed.), *Constitutional Courts in comparison: the U. S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, New York 2002.
- Rolnick R., *Suppression of symbolic speech: antispeech versus nonspeech interest*, UCLA Law Review, vol. 22.

- Rose I. M., *Barring foreigners from our airwaves: an anachronistic pot hole on the global information highway*, Columbia Law Review, vol. 95.
- Rosen J., *The most democratic branch: how the courts serve America*, New York 2006.
- *Was the Flag Burning Amendment unconstitutional?*, Yale Law Journal, vol. 100.
- Rosenberg N. L., *Protecting the best men: an interpretative history of the law of libel*, Chapel Hill 1986.
- Rosenfeld M. (ed.), *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*, Durham 1994.
- Rossum R. A., Tarr G. A., *American constitutional law: cases and interpretation*, New York 1991.
- Rothman J. E., *Freedom of speech and true threats*, Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 25.
- Rowan J. K., *Conflict of rights: moral theory and social policy implications*, Boulder 1999.
- Rubinfeld J., *Revolution by judiciary: the structure of American constitutional law*, Cambridge 2005.
- *The First Amendment's purpose*, Stanford Law Review, vol. 54.
- Rubin E. R., *Abortion, politics, and the Courts: Roe v. Wade and its aftermath*, New York 1987.
- Rudko F. H., *Truman's Court: a study in judicial restraint*, New York 1988.
- Rush S. E., *The Warren and Burger Courts on State, parent and child conflict resolution: a comparative analysis and proposed methodology*, Hastings Law Review, vol. 36.
- Rushton M., *The economic analysis of freedom of expression*, Regina 2001.
- Russomanno J. (ed.), *Defending the First: commentary on the First Amendment issues and cases*, New York 2005.
- Saari D. J., *Too much liberty? Perspectives on freedom and the American dream*, Westport 1995.
- Sableman M., *More speech, not less: communications law in the information age*, Carbondale and Edwardsville 1997.
- Sadurski W., *A right to speak and a right not to listen*, [w:] *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998.
- *Does the subject matter? Viewpoint neutrality and freedom of speech*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, vol. 15.
- *Freedom of speech and its limits*, Dordrecht 1999.
- *Judicial review and the problem of constitutional rights*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 22.
- *Offending with impunity: racial vilification and freedom of speech*, Sydney Law Review, vol. 14.

- *Prawo do wolności słowa w państwie demokratycznym (zagadnienia teoretyczne)*, Państwo i Prawo, nr 10/1992.
- *Rights before courts: a study of constitutional courts in postcommunist states of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2005.
- *Spór o ostatnie słowo: sądownictwo konstytucyjne a demokracja przedstawicielska*, Civitas. Studia z filozofii polityki, nr 2.
- Sajó A. (ed.), *Abuse: the dark side of fundamental rights*, Utrecht 2006.
- (ed.), *Censorial sensitivities: free speech and religion in a fundamentalist world*, Utrecht 2007.
- Salzman Kurzweig A., *Live art and the audience: toward a speaker-focused freedom of expression*, Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, vol. 34.
- Saluja P. S., *Barnes v. Glen Theatre, Incorporated: the Court's moral disapproval of nude dancing*, The Ohio Northern University Law Review, vol. 18.
- Samaha A. M., *Litigant sensitivity in First Amendment Law*, Northwestern University Law Review, vol. 98.
- Sanford B. W., *Don't shoot the messenger: how our growing hatred of the media threatens free speech for all of us*, New York 1999.
- Sands K. M. (ed.), *God forbid: religion and sex in American public life*, Oxford 2000.
- Sarat A. (ed.), *Law in the liberal arts*, Ithaca 2005.
- Sarat A., Kearns T. R. (ed.), *Identities, politics, and rights*, Ann Arbor 1997.
- Sarkowicz R., Stelmach J., *Teoria prawa*, Kraków 1998.
- Saunders K. W., *Violence as obscenity: limiting the media's First Amendment protection*, Durham 1996.
- Savage D. G., *Turning Right: the making of the Rehnquist Supreme Court*, New York 1992.
- Sayre P., *Philosophy of law*, Buffalo 1999.
- Scafidi S., *Who owns culture? Appropriation and authenticity in American law*, Chapel Hill 2005.
- Scalia A., *A matter of interpretation: federal courts and the law*, Princeton 1997.
- Scanlon T., *A theory of freedom of expression*, Philosophy & Public affairs, vol. 1.
- Schachner N., *Thomas Jefferson: a biography*, New York 1957.
- Schaller B. R., *A vision of American law: judging law, literature, and the stories we tell*, Westport 1996.
- Schauer F., *An essay on constitutional language*, UCLA Law Review, vol. 29.
- *First Amendment opportunism*, Harvard 2000.
- *Free speech: a philosophical enquiry*, New York 1982.
- *Intentions, conventions, and the First Amendment*, Supreme Court Review, 2003.
- *Reflections on the value of truth*, Case Western Reserve Law Review, vol. 41.

- *Speech and speech-obscenity and obscenity: an exercise in the interpretation of constitutional language*, Georgetown Law Journal, vol. 67.
- *The aim and the target in free speech methodology*, Northwestern University Law Review, vol. 83.
- *The boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*, Cambridge 2003.
- *Towards an institutional First Amendment*, Minnesota Law Review, vol. 89.
- Schilleci J. P., Jr., *A local ordinance restricting appearing nude in public places is a valid restriction on expression*, Cumberland Law Review, vol. 31.
- Schlag P., *The enchantment of reason*, Durham 1998.
- Schlossman D. A., *Actors and activists: politics, performance, and exchange among social worlds*, New York 2002.
- Schmidt A. J., *The menace of multiculturalism: Trojan Horse in America*, Boulder 2001.
- Schuck P.H., *Diversity in America: keeping government at a safe distance*, Cambridge 2003.
- *The limits of law: essays on democratic governance*, Boulder 2000.
- Schwartz B. (ed.), *The Burger Court: counter-revolution or confirmation?*, New York – Oxford 1998.
- *The Supreme Court: constitutional revolution in retrospect*, New York 1957.
- *The unpublished opinions of the Warren Court*, New York 2004.
- (ed.), *The Warren Court: a retrospective*, New York – Oxford 1996.
- Schwartz D. F., *Discriminatory intent and disproportionate impact: a postmortem of Regents of the University of California v. Bakke and a look beyond*, California Western Law Review, vol. 15.
- Schweder R., Minow M., Markus H. R. (ed.), *Engaging cultural differences: the multicultural challenge in liberal democracies*, New York 2004.
- Sedler R. A., *Essay on freedom of speech: the United States versus the rest of the world*, Michigan State Law Review, 2006.
- *Property and speech*, Journal of Law and Policy, vol. 121.
- Segal J. A., Spaeth H. J., *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Cambridge 2002.
- Seibring J. J., *If it's not too much to ask, could you please shut up?*, Southern Illinois University Law Journal, vol. 20.
- Seid R. A., *A requiem for O'Brien: on the nature of symbolic speech*, Cumberland Law Review, vol.23.
- Semonche J. E., *Keeping the faith: a cultural history of the U. S. Supreme Court*, Lanham 1998.

- Sepinuck S. L., Trevthart M. P. (ed.), *The conscience of the Court: selected opinions of Justice William J. Brennan, Jr. on freedom and equality*, Carbondale 1999.
- Sereno K. K., Mortensen C. David, *Foundations of communication theory*, New York 1970.
- Servodidio G. P., *The devaluation of nonobscene eroticism as a form of expression protected by the First Amendment*, *Tulane Law Review*, vol. 67.
- Shafer B. J., Adams A. A., *Jurisprudence of doubt: obscenity, indecency, and morality at the dawn of the 21st century*, *Michigan Bar Journal*, vol. 84.
- Shaman J. M., *Constitutional interpretation: illusion and reality*, Westport 2001.
- Shane P. M., *Equal protection, free speech, and the selective prosecution of draft nonregistrants*, *Iowa Law Review*, vol. 72.
- Shapiro M., *Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review*, Englewood Cliffs 1986.
- Shapiro M., Stone Sweet A., *On law, politics and judicialization*, Oxford 2002.
- Shearmur J., *The political thought of Karl Popper*, New York 1996.
- Shegerian C. A., *A sign of the times: the United States Supreme Court effectively abolishes the narrowly tailored requirement for time, place and manner restrictions*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol.25.
- Sheldon Ch. H., *The Supreme Court: politicians in robes*, Beverly Hills 1970.
- Shepherd G. W., Jr., Penna D. (ed.), *Racism and the underclass: state policy and discrimination against minorities*, New York 1991.
- Sherry S., *All the Supreme Court really needs to know it learned from the Warren Court*, *Vanderbilt Law Review*, vol. 50.
- *Responsible republicanism: educating for citizenship*, *University of Chicago Law Review*, vol. 62.
- Shevory T. C., *John Marshall's law: interpretation, ideology, and interest*, Westport 1994.
- Shiffrin S.V., *Negative responsibility and indirect harm: notes on a problem in constitutional law*, New York 2007.
- *What is really wrong with compelled association*, *Northwestern University Law Review*, vol. 99.
- Shiffrin S. H., *Dissent, injustice, and the meanings of America*, Princeton 1999.
- *The First Amendment, democracy, and romance*, Cambridge 1990.
- Shoemaker R. S., *The White Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2003.
- Siegel P., *Communication law in America*, Lanham 2007.
- Siegmán A. W., Feldstein S. (ed.), *Nonverbal behaviour and communication*, Hillsdale 1978.
- Simon D. J. (ed.), *Our common lands: defending the National Parks*, Washington 1988.

- Simon R., *New York City's restrictive zoning of adult businesses: a constitutional analysis*, Fordham Urban Law Journal, vol. 24.
- Skarżyński R., *Konserwatyzm. Zarys dziejów filozofii politycznej*, Warszawa 1998.
- Skelly Wright J., *Politics and the Constitution: is money speech?*, Yale Law Journal, vol. 85.
- Slade J. W., *Pornography and sexual representation: a reference guide. Vol. I*, Westport 2001.
- Sluiter I., Rosen R. M. (ed.), *Free speech in classical antiquity*, Boston 2004.
- Small M., Hoover W. D. (ed.), *Give peace a chance: explaining the Vietnam antiwar movement. Essays from the Charles DeBenedetti Memorial Conference*, Syracuse 1992.
- Smith B. A., *Unfree speech: the folly of campaign finance reform*, Princeton 2001.
- Smith Ch. E., *Justice Antonin Scalia and Supreme Court's conservative moment*, Westport 1993.
- Smith Ch. W., *Public opinion in a democracy: a study in American politics*, New York 1939.
- Smith G. L., Taylor M. A. (ed.), *American voices: prize-winning essays on freedom of speech, censorship and advertising bans*, New York 1987.
- Smith G. P., *Family values and the new society: dilemmas of the 21st century*, Westport 1998.
- Smith W. E., *The right of access to public forums: does a failure to require the least restrictive alternative result in a failure to communicate?*, Seton Hall Law Review, vol. 36.
- Smolla R. A., *Free speech in an open society*, New York 1992.
- *Jerry Falwell v. Larry Flynt: the First Amendment on trial*, New York 1988.
 - *Suing the press: libel, the media, & power*, New York – Oxford 1986.
 - *Words "which by their very utterance inflict injury": the evolving treatment of inherently dangerous speech in free speech law and theory*, Pepperdine Law Review, vol. 36.
- Sowell T., *Knowledge and decisions*, New York 1996.
- Specht S. A., *Wavering, unpredictable line between speech and conduct: the fate of expressive conduct after Young v. New York City Transit Authority, 903 F.2 (d) 146 (2d Cir. 1990)*, Washington University Journal of Urban and Contemporary Law, vol. 40.
- Spector J. (ed.), *Prostitution and pornography: philosophical debate about the sex industry*, Stanford 2006.
- Spicer G. W., *The Supreme Court and fundamental freedoms*, New York 1959.
- Srinivasan S., *Incidental restrictions of speech and the First Amendment: motive-based rationalization of the Supreme Court's jurisprudence*, Constitutional Commentary, vol. 12.
- Staab J. B., *The political thought of Justice Antonin Scalia: a Hamiltonian on the Supreme Court*, Lanham 2006.
- Stanner A. P., *Toward an improved true threat doctrine for student speakers*, New York University Law Review, vol. 81.
- Steamer R. J., *Contemporary Supreme Court directions in civil liberties*, Political Science Quarterly, vol. 92.

- *The Supreme Court in crisis: a history of conflict*, Amherst 1971.
- Steinberger P. J., *The idea of the state*, New York 2004.
- Steinbock B., *Coercion and long-term contraceptives*, Hastings Center Report, vol. 25.
- Stewart J. B. (ed.), *The Constitution, the law and freedom of expression 1787 – 1987*, Carbondale 1997.
- Stevens J. D., *Shaping the First Amendment: the development of free expression*, Beverly Hills 1982.
- Stevens J. P., *The freedom of speech*, Yale Law Journal, vol. 102.
- Stone G. R., *Content-neutral restrictions*, University of Chicago Law Review, vol. 54.
- *Content regulation and the First Amendment*, William and Mary Law Review, vol. 25.
- *Free speech in the Twenty-First century: ten lessons from the Twentieth century*, Pepperdine Law Review, vol.36.
- *Perilous times: free speech in wartime from the Sedition Act of 1798 to the war on terrorism*, New York 2004.
- *Sex, violence, and the First Amendment*, The University of Chicago Law Review, vol. 74.
- *The selective activism of the Burger Court*, American Bar Association Journal, vol. 72.
- Stone G. R., Epstein R. A., Sunstein C. R. (ed.), *The Bill of Rights in the modern state*, Chicago 1992.
- Stone G. R., Seidman, L. M., Sunstein C. R., Tushnet M. V., *The First Amendment*, Gaithersburg – New York 1999.
- Strahilevitz L. J., *The right to destroy*, Yale Law Journal, vol. 114.
- Strossen N., *Defending pornography: free speech, sex, and the fight for women's rights*, New York 1995.
- *Regulating racist speech on campus: a modest proposal?*, Duke Law Journal, 1990.
- *The free speech jurisprudence of the Rehnquist Court*, Free Speech Yearbook, vol. 29.
- Strum P., *When the Nazis came to Skoki: freedom for speech we hate*, Lawrence 1999.
- Stychin C. F., *A nation by rights: national cultures, sexual identity politics, and the discourse of rights*, Philadelphia 1998.
- Sulikowski A., *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, Państwo i Prawo, nr 8/2005.
- Sullivan E. Thomas, Frase R. S., *Proportionality principles in American law: controlling excessive government actions*, Oxford – New York 2008.
- Sullivan E. J., *Year Zero: The aftermath of Measure 37*, Environmental Law, vol. 36.
- Sullivan K. M., *Free speech wars*, Southern Methodist University Law Review, vol. 48.
- Summers M. (ed.), *Free speech and political protest*, Boston 1967.
- Sunstein C. R., *Democracy and the problem of free speech*, New York 1995.
- *Words, conduct, caste*, The University of Chicago Law Review, vol. 60.

- Super J. C. (ed.), *The United States at war. Volume II. World War Two – Post-Cold War conflicts. Appendices. Indexes*, Pasadena – Hackensack 2005.
- Swanson J. L., *Unholy fire: cross burning, symbolic speech and the First Amendment in Virginia v. Black*, *Cato Supreme Court Review*, 2002 – 2003.
- Szahaj A., *Jednostka czy wspólnota? Spór liberałów z komunitarystami a „sprawa polska”*, Warszawa 2000.
- Szyszkowski W., *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (studium prawa konstytucyjnego)*, Warszawa 1969.
- Tallevi B. M., *Protected conduct and visual pleasure: a discursive analysis of Lawrence and Barnes*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 7.
- Tanenbaum R. S., *Preaching terror: free speech or wartime incitement?*, *American University Law Review*, vol. 55.
- Tatalovich R., Daynes B. W. (ed.), *Moral controversies in American politics*, Armonk 2005.
- Taylor B., Rush S. E., Munro R. J. (ed.), *Feminist jurisprudence, women and the law: critical essays, research agenda, and bibliography*, Buffalo 1999.
- Taylor J. H., *Nude dancing's marginal status under the First Amendment*, *Florida Law Review*, vol. 44.
- Tedford T. L., Herbeck D. A., *Freedom of speech in the United States*, State College 2001.
- Tedford T. L., Makay J. J., Jamison D. L. (ed.), *Perspectives on freedom of speech: selected essays from the Journals of Speech Communication Association*, Carbondale and Edwardsville 1987.
- Tesluk T. M., *Barnes v. Glen Theatre: censorship? So what?*, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 42.
- Thayer J. B., *The origin and scope of the American doctrine of constitutional law*, *Harvard Law Review*, vol. 7.
- The Committee for Justice, *A response to the People for American Way's report "Court-ing disaster: How a Scalia – Thomas Supreme Court would endanger our rights and freedoms"*, bmw 2002.
- Thompson K. W. (ed.), *Governance IV: problems, process, and interaction*, Lanham 1993.
- Thoreau H. D., *Civil disobedience*, www.gutenberg.org.
- Thorp R., *City of Erie v. Pap's A. M.: the First Amendment wounded in the war for freedom of expression*, *Gonzaga Law Review*, vol. 36.
- Tiersma P. M., *Nonverbal communication and the freedom of "speech"*, *Wisconsin Law Review*, 1993.
- Tokarczyk R. A., *Zarys prawa Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Lublin 1996.
- Tong R. P., *Myśl feministyczna. Wprowadzenie*, Warszawa 2002.
- Trager R., Dickerson D. L., *Freedom of expression in the 21st century*, Thousand Oaks 1999.

- Trager R., Russomanno J. A., *Free speech for public school students: a "basic educational mission"*, Hamline Law Review, vol. 17.
- Trespacz K. L., *Ferrell v. Dallas I.S.D.: hairstyles in schools*, Aldershot 1998.
- Tribe L. H., Dorf M. C., *On reading the Constitution*, Cambridge 1992.
- Tsai R. L., *Conceptualizing constitutional litigation as anti-government expression: a speech-centered theory of court access*, American University Law Review, vol. 51.
- Tsesis A., *Destructive messages: how hate speech paves the way for harmful social movements*, New York and London 2000.
- *The Thirteenth Amendment and American freedom: a legal history*, New York 2004.
- Turner R., *Cross burnings and the harm-evaluation analytic: a tale of two cases*, Berkeley Journal of African-American Law & Policy, vol. 9.
- Tushnet M. V., *Taking The Constitution away from the courts*, Princeton 1999.
- *The flag-burning episode: an essay on the Constitution*, University of Colorado Law Review, vol. 61.
- (ed.), *The Warren Court in historical and political perspective*, Charlottesville 1996.
- *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton 2008.
- Twiss B. R., *Lawyers and the Constitution: how laissez faire came to the Supreme Court*, New York 1962.
- Underkuffler L. S., *The idea of property: its meaning and power*, Oxford 2003.
- Urban W. U., *Language and reality: the philosophy of language and the principles of symbolism*, New York 1939.
- Urbańczyk M., *Liberalna doktryna wolności słowa a swoboda wypowiedzi historycznej*, Poznań 2009.
- Urofsky M. I., *Religious freedom: rights and liberties under the law*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2002.
- Wachtell D. F., *No harm, no foul: reconceptualizing free speech via tort law*, New York University Law Review, vol. 83.
- Wagman R. J., *The First Amendment book*, New York 1991.
- Wagner D., *The New Temperance: the American obsession with sin and vice*, Boulder 1997.
- Waldman J., *Symbolic speech and social meaning*, Columbia Law Review, vol. 97.
- Waldron J., *A right-based critique of constitutional rights*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 13.
- *Law and disagreement*, Oxford 1999.
- Walker S., *Hate speech: the history of an American controversy*, Lincoln 1996.
- *In defense of American liberties: a history of the ACLU*, Carbondale 1999.

- *The rights revolution: rights and community in modern America*, New York – Oxford 1998.
- Warner W. Lloyd, *The living and the dead: a study of the symbolic life of Americans*, New Haven 1959.
- Ward K. D., *Free speech and the development of liberal virtues: an examination of the controversies involving flag-burning and hate speech*, University of Miami Law Review, vol. 52.
- Wasby S. L., d’Amato A. A., Metrailler R., *Desegregation from Brown to Alexander: an explanation of Supreme Court strategies*, Carbondale 1997.
- Weber M. C., *Disability harassment*, New York 2007.
- Weinberg P., *R.A.V. and Mitchell: making hate crime a trivial pursuit*, Connecticut Law Review, vol.25.
- Weinberger A. D., *Freedom and protection: the Bill of Rights*, San Francisco 1962.
- Weinstein J., *Democracy, sex, and the First Amendment*, New York University Review of Law & Social Change, vol. 31.
- *Hate speech, pornography, and the radical attack on free speech doctrine*, Boulder 1999.
- *Institutional Review Boards and the Constitution*, Northwestern University Law Review, vol. 101.
- Weisbrodt D., Vega C. de la, *International human rights law: an introduction*, Philadelphia 2007.
- Welch M., *Flag burning: moral panic and the criminalization of protest*, New York 2000.
- Welch M., Bryan J. L., *Flag desecration in American culture: offenses against civil religion and a consecrated symbol of nationalism*, Crime, Law and Social Change, vol. 26.
- Wellikoff S., *Mixed speech: inequities that result from an ambiguous doctrine*, St. John’s Journal of Legal Commentary, vol. 19.
- Wellington H. H., *On freedom of expression*, Yale Law Journal, vol. 88.
- Wellis-Petry M., *Exclusion: homosexuals and the right to serve*, Washington 1993.
- Werhan K., *Freedom of speech*, Westport – London 2004.
- *The O’Briening of free speech methodology*, Arizona State Law Journal, vol. 19.
- Wertheimer A. O., *The First Amendment distinction between conduct and content: a conceptual framework for understanding fighting words doctrine*, Fordham Law Review, vol. 63.
- West R., *Progressive constitutionalism*, Durham 1994.
- *Toward a First Amendment jurisprudence of respect: a comment on George Fletcher’s Constitutional Identity*, Cardozo Law Review, vol. 14.
- West T. A., *First Amendment protections stripped bare: Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, New England Law Review, vol. 27.
- Wiest A., *The Vietnam War 1956 – 1975*, New York 2003.

- Whipple L., *The story of civil liberty in the United States*, New York 1927.
- White E. G., *Oliver Wendell Holmes: sage of the Supreme Court*, New York – Oxford 2000.
- *The American judicial tradition: profiles of leading American judges*, New York – Oxford 1988.
- Whitehead J. W., *The separation illusion: a lawyer examines the First Amendment*, Milford 1982.
- Whitman J. Q., *Enforcing civility and respect: three societies*, Yale Law Journal, vol. 109.
- Whittington K. E., *Political foundations of judicial supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history*, Princeton 2007.
- Wiecek W. M., *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America 1886 – 1937*, New York – Oxford 1998.
- William O'Brien F., *Justice Reed and the First Amendment: the Religion Clauses*, New York 1958.
- Williams Ch., *Hugo L. Black: a study in the judicial process*, Baltimore 1950.
- Williams S. H., *Truth, autonomy, and speech: feminist theory and the First Amendment*, New York 2004.
- *Truth, speech, and ethics: a feminist revision of free speech theory*, Genders, vol. 30.
- Wilson B. P., Masugi K. (ed.), *The Supreme Court and American constitutionalism*, Lanham 1998.
- Wilson D., *Draft card burning as symbolic speech*, Arkansas Law Review, vol. 23.
- Wirenus J. F., *Actions as words, words as actions: sexual harassment law, the First Amendment and verbal acts*, Whittier Law Review, vol. 28.
- Wojciechowski B., *Dyskrecjonalność sędziowska: studium teoretyczno-prawne*, Toruń 2004.
- Wolfe Ch., *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?*, Lanham 1997.
- *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, Lanham 1994.
- Wolfson N., *Eroticism, obscenity, pornography and free speech*, Brooklyn Law Review, vol. 60.
- *Hate speech, sex speech, free speech*, Westport 1997.
- Wood D. (ed.), *On Paul Ricoeur: narrative and interpretations*, London and New York 1991.
- Woodward B., Armstrong S., *The Brethren: inside the Supreme Court*, New York 1979.
- Woods T. E., Jr., *The politically incorrect guide to American history*, Washington 2004.
- Woods T. E., Jr., Gutzman K. R. C., *Who killed the Constitution? The fate of American liberty from World War I to George W. Bush*, New York 2008.
- Wright B. F., *The growth of American constitutional law*, Boston 1942.
- Wright R. G., *Content-based and content-neutral regulation of speech: the limitations of a common distinction*, University of Miami Law Review, vol. 60.

- *Emotion-based approach to freedom of speech*, Loyola University Chicago Law Journal, vol. 34.
- *The unnecessary complexity of free speech law and the central importance of alternative speech channels*, Pace Law Review, vol. 9.
- Wrightsmann L., *The psychology of the Supreme Court*, Oxford 2006.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997.
- Wróblewski J. (red.), *Konstytucja USA 1787 – 1987. Historia i współczesność*, Warszawa 1987.
- *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972.
- Valdes F., *Acts of power, crimes of knowledge: some observations on desire, law and ideology in the politics of expression at the end of the Twentieth century*, Journal of Gender, Race and Justice, vol. 1.
- Vanderzell J. (ed.), *The Supreme Court and American government*, New York 1968.
- Vandeveld K. J., *Thinking like a lawyer: an introduction to legal reasoning*, Boulder 1996.
- Velvel L. R., *Freedom of speech and the draft card burning case*, University of Kansas Law Review, vol. 16.
- Verrilli D. B., Jr., Maynard D. E., *Playboy and City of Erie: shift toward balancing?*, Communications Lawyer, vol. 18.
- Vicinaiz V. V., *The content distinction and freedom of expression: Arcara v. Cloud Books, Inc.*, Creighton Law Review, vol. 20.
- Vile J. R., *Encyclopedia of constitutional Amendments, proposed Amendments, and amending issues*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2003.
- *The United States Constitution: questions and answers*, Westport 1998.
- Volokh E., *Freedom of speech, permissible tailoring and transcending strict scrutiny*, <http://www2.law.ucla.edu/volokh/scrutiny.htm>
- *Speech as conduct: generally applicable laws, illegal courses of conduct, situation-altering utterances, and the uncharted zones*, Cornell Law Review, vol. 90.
- *Symbolic expression and the original meaning of the First Amendment*, The Georgetown Law Journal, vol. 97.
- Yalof D. A., Dautrich K., *The First Amendment and the media in the court of public opinion*, New York 2002.
- Yarbrough T. E., *David Hackett Souter: traditional Republican on the Rehnquist Court*, Oxford 2005.
- *Judge Frank Johnson and human rights in Alabama*, University of Alabama 1981.
- *The Burger Court: Justices, rulings, and legacy*, Santa Barbara – Denver – Oxford 2000.
- *John Marshall Harlan: great dissenter of the Warren Court*, New York 1992.
- *Mr. Justice Black and his critics*, Durham 1998.

– *The Rehnquist Court and the Constitution*, Oxford 2000.

Yoshida L., *The role of secondary effects in the First Amendment analysis: Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, University of San Francisco Law Review, vol. 22.

Young J. P., *Reconsidering American liberalism: the troubled odyssey of the liberal idea*, Boulder 1996.

Ziemiński Z., *Logika praktyczna*, Warszawa 1999.

Zingo M. T., *Sex/gender outsiders, hate speech and freedom of expression: can they say that about me?*, Westport 1998.

ISBN 978-83-61370-68-0