



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

PIĄTA SEKCJA

DECYZJA

Skarga nr 35285/16
Hans Burkhard NIX
przeciwko Niemcom

Europejski Trybunał Praw Człowieka (Piąta Sekcja), zasiadając w dniu 13 marca 2018 r. jako Izba składająca się z następujących sędziów:

Erik Møse, *Przewodniczący*,

Angelika Nußberger,

Jonko Grozew,

Síofra O'Leary,

Mārtiņš Mits,

Lətif Hüseyinov,

Lado Chanturia, *Sędziowie*,

oraz Claudia Westerdiek, *Kanclerz Sekcji*,

Uwzględniając powyższą skargę wniesioną w dniu 14 czerwca 2016 roku,

Wydaje następującą decyzję:

FAKTY

1. Skarżący, Pan Hans Burkhard Nix, jest obywatelem niemieckim, urodził się w 1954 r. i mieszka w Monachium.

A. Okoliczności sprawy

2. Przedstawione przez skarżącego fakty sprawy można podsumować w sposób następujący:

1. Kontekst sprawy

3. Źródło sporu stanowi korespondencja pomiędzy pracownikiem miejscowego oddziału Federalnej Agencji Pracy („*Bundesagentur für*

Arbeit”, w dalszej części „urząd pracy”) a skarżącym, dotycząca córki skarżącego, będącej osobą pochodzenia niemiecko-nepalskiego. Na początku marca 2014 r. urząd pracy wysłał do córki skarżącego pismo zatytułowane „Pani rozwój zawodowy od września 2014 roku”. Urząd pracy zwrócił się do niej, jak osoby osiemnastoletniej, której ukończenie nauki szkolnej zaplanowano najwcześniej na lato 2015 r., o wypełnienie kwestionariusza wskazującego, czy po wrześniu 2014 r. zamierza kontynuować naukę, rozpocząć kształcenie zawodowe lub studia wyższe. Poproszono ją również o dostarczenie kopii ostatniego świadectwa szkolnego. Ponadto w piśmie stwierdzono, że w przypadku, gdyby córka skarżącego zamierzała podjąć naukę zawodu, pracownik zapewni rejestrację w urzędzie pracy. W takim przypadku poproszono ją o kontakt, ponieważ rejestracja była bardzo ważna ze względu na wymogi dysponowania wolnymi miejscami w ramach kształcenia zawodowego.

4. Skarżący prowadzi bloga, na którym wypowiada się w sprawach dotyczących gospodarki, polityki i społeczeństwa. W okresie od 20 marca 2014 r. do 13 maja 2014 r. opublikował sześć wpisów dotyczących interakcji między urzędem pracy a córką.

5. W pierwszym poście w tej sprawie, zatytułowanym „[Imię i nazwisko pracownika] urzędu pracy, ekspert w dziedzinie zdalnej diagnostyki edukacyjnej” i opublikowanym w dniu 20 marca 2014 r., skarżący odtworzył wymianę poczty elektronicznej z pracownikiem urzędu pracy w dniu 18 marca 2014 r. W ramach tej wymiany skarżący zapytał o cel wniosku urzędu pracy zawartego we wspomnianym wyżej piśmie, na które pracownik odpowiedział, że zgodnie ze stosownymi przepisami pełni w odniesieniu do córki skarżącego rolę osoby kontaktowej w związku z zakończeniem jednego etapu nauczania i podjęciem kształcenia zawodowego lub studiów wyższych. Stwierdził ponadto, że w celu zapewnienia zindywidualizowanego doradztwa, potrzebuje informacji na temat aktualnej sytuacji, w szczególności, czy [córka skarżącego] bez trudności ukończy szkołę w planowanym czasie, czy też urząd pracy powinien sfinansować koszty zajęć wyrównawczych. Skarżący oświadczył, że udzieli odpowiedzi w terminie kilku dni.

6. W drugim poście, opublikowanym w dniu 23 marca 2014 r. o godz. 1.52, skarżący zwrócił się do pracownika urzędu pracy i powtórzył, że jako ojciec sprawujący opiekę nad własną córką nigdy nie pozwoli urzędowi pracy na udział w podejmowaniu decyzji dotyczących jej rozwoju zawodowego. List i wiadomość poczty elektronicznej zostały przesłane przez pracownika z tego względu, że urząd pracy zamierzał - w sposób rasistowski i dyskryminujący - skłonić jego córkę, by stała się częścią taniej siły roboczej („*Das Jobcenter will in rassistischer und diskriminierender Weise meine Tochter in einen Billiglohnjob verfrachten*”). Skarżący oświadczył, że zamierza opisać tę sprawę w pewnej liczbie wpisów na blogu. Zapowiedział długi wpis poświęcony aspektom prawnym, który miał

zawierać, między innymi, odniesienia do wyroków i oświadczeń Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Skarżący zamierzał również uświadomić pracownikowi urzędu pracy i całemu urzędowi pracy bardzo interesujące stwierdzenia zawarte w raporcie CRI(2014)2 Europejskiej Komisji Przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI) w sprawie Niemiec. Nie należy zapominać o zaleceniu nr 7 dotyczącym ogólnej polityki ECRI w sprawie prawodawstwa krajowego dotyczącego zwalczania rasizmu i dyskryminacji rasowej przyjętym w dniu 13 grudnia 2002 r. Ponadto skarżący zamierzał skontaktować się w tej sprawie z różnymi instytucjami, zarówno krajowymi, jak i międzynarodowymi, i opublikować wszystko na swoim blogu. Stwierdził, że kolejny post będzie dotyczyć zdania „[W] celu zapewnienia zindywidualizowanego doradztwa, potrzebuję informacji na temat aktualnej sytuacji ([to znaczy] świadectwa szkolnego)” zawartego w wiadomości e-mail pracownika urzędu zatrudnienia.

7. W tym samym dniu, o godzinie 7.16, skarżący zamieścił oświadczenie o długości powyżej jednej strony. Pod nagłówkiem „[Nazwisko pracownika] proponuje „zindywidualizowane” włączenie do taniej siły roboczej” umieścił zdjęcie byłego szefa SS Heinricha Himmlera, w mundurze SS, z odznaką partii nazistowskiej (obejmującą swastykę) na przedniej kieszeni i ze swastyką na opasce na ramieniu. Średnica swastyki na opasce na zdjęciu wynosiła 0,7 cm. Obok zdjęcia skarżący zamieścił cytaty Himmlera dotyczące edukacji dzieci w Europie Wschodniej w czasie okupacji przez nazistowskie Niemcy, zgodnie z którym rodzice, którzy chcieli zapewnić swoim dzieciom dobre wykształcenie, powinni byli złożyć wniosek do SS i kierownictwa policji. Skarżący podał źródła zarówno cytatu, jak i zdjęcia.

8. Pod zdjęciem i cytatem skarżący zwrócił się do pracownika urzędu pracy z imienia i nazwiska oraz oznajmił, że w odnośnym wpisie omówi następujące zdanie pochodzące z wiadomości poczty elektronicznej przesłanej przez tegoż pracownika do skarżącego: zdania „[W] celu zapewnienia zindywidualizowanego doradztwa, potrzebuję informacji na temat aktualnej sytuacji ([to znaczy] świadectwa szkolnego)” zawartego w wiadomości e-mail pracownika urzędu zatrudnienia. Skarżący oświadczył, że pracownik poinformował go, iż działa zgodnie z upoważnieniem w zakresie doradztwa wynikającym z Kodeksu ubezpieczeń społecznych. Jego zdaniem, zarówno odnośny pracownik urzędu, jak i urząd pracy jako taki, nie przykładali szczególnej dużej wagi - jeżeli w ogóle - do „upoważnienia w zakresie doradztwa”. Oświadczył, że skontaktował się z urzędem pracy w listopadzie 2013 r. i lutym 2014 r. w celu uzyskania zwrotu kosztów związanych z dojazdem córki do szkoły, nie otrzymał jednak odpowiedzi. Nikt z urzędu pracy nigdy nie interesował się jego córką, więc oferta „zindywidualizowanego doradztwa” nie wydawała się szczerą. Przed wejściem w życie najnowszych przepisów dotyczących polityki edukacyjnej jego córka mogła korzystać w szkole z bezpłatnych posiłków, lecz

zaprzesztao udzielania takiego wsparcia. Pracownik urzędu pracy musiałby wykazać się umiejętnościami telepatycznymi, skoro sądził, że będzie w stanie przygotować „zindywidualizowane” porady dla jego córki jedynie na podstawie świadectwa szkolnego, nie wiedząc nic o jej zainteresowaniach czy mocnych i słabych stronach. Urząd pracy dokładał wszelkich starań, aby utrudnić nastolatkom kontynuowanie nauki. Skarżący zakończył stwierdzeniem, że w kolejnym wpisie na blogu zajmie się innym zdaniem z wyżej wymienionej wiadomości e-mail od urzędu pracy, tj. ofertą dotyczącą zajęć wyrównawczych, „w razie potrzeby”. Post zawierał treści napisane w języku wulgarnym i obraźliwym.

9. W dniu 25 marca 2014 r. skarżący opublikował kolejny wpis pod tytułem „Czy [nazwisko pracownika] oferuje zindywidualizowane zajęcia wyrównawcze dla mojej córki?”, w którym stwierdził między innymi, że odniósł wrażenie, iż pracownik urzędu pracy działał w oparciu o profilowanie rasowe i że pochodzenie danej osoby wiązało się z wątpliwościami odnośnie do jej perspektyw powodzenia, co uznał za skandaliczne. W dniach 27 marca 2014 r. i 13 maja 2014 r. napisał kolejne dwa posty, w tym ostatnim określając odnośnego pracownika jako „obmierzonego” („*schleimender Mitarbeiter*”).

10. O ile na początku każdego z wszystkich sześciu postów znajdują się różne zdjęcia z odpowiednim podpisem, tylko trzeci post zawierał symbole nazistowskie (zob. par. 7 powyżej). Żaden z wpisów na blogu nie zawierał wyraźnie widocznego linku do pozostałych pięciu wpisów. W żadnym z sześciu wpisów skarżący nie wskazał, że jego córka jest pochodzenia niemiecko-nepalskiego i że on sam korzystał z zasiłków socjalnych.

11. Na krótko przed wydarzeniami, o których mowa, różne niemieckie media informowały o skargach rodziców, którzy otrzymywali świadczenia socjalne, iż urzędy pracy niewłaściwie nakłaniają ich dzieci do kształcenia zawodowego oraz że dzieci ze środowisk migracyjnych są dyskryminowane w szkole i przez urzędy pracy.

12. W piśmie z dnia 17 grudnia 2014 r. Federalny Komisarz ds. Ochrony Danych Osobowych i Wolności Informacji poinformował córkę skarżącego, że wniosek urzędu pracy dotyczący przedstawienia ostatniego świadectwa szkolnego był niezgodny z prawem, zważywszy, że jej ojciec przedłożył urzędowi pracy zaświadczenie o zapisaniu jej do szkoły, że nie zbliża się termin ukończenia przez nią nauki oraz że urząd pracy nie uzasadnił ewentualnych podejrzeń, iż może ona nie ukończyć szkoły.

2. Przedmiotowe postępowanie

13. W dniu 21 października 2014 r. prokuratura w Monachium wszczęła postępowanie karne przeciwko skarżącemu, oskarżając go o popełnienie przestępstwa polegającego na użyciu w trzecim wpisie na blogu z dnia 23 marca 2014 r. symboli organizacji niezgodnych z konstytucją (zob. par. 7 i 8 powyżej). Akt oskarżenia zawierał również informację, że w dniu 10

lutego 2014 r. Sąd Rejonowy w Monachium wydał wobec skarżącego wyrok skazujący na podstawie, między innymi, wykorzystania symboli organizacji niekonstytucyjnych w formie publikacji zdjęcia Angeli Merkel w mundurze nazistowskim ze swastyką na opasce i domalowanymi wąsami Hitlera. W momencie przedstawienia aktu oskarżenia wyrok nie był jeszcze prawomocny.

14. Ponadto prokuratura przedstawiła skarżącemu zarzut zniesławienia w związku z wypowiedzią na blogu z dnia 13 maja 2014 r., w którym nazwał on pracownika urzędu pracy „obmierzłym” (zob. par. 9 powyżej). W terminie późniejszym postępowanie w sprawie oskarżenia o zniesławienie zostało umorzone przez Sąd Apelacyjny (zob. par. 25 poniżej).

15. W dniu 10 listopada 2014 r. skarżący opublikował na blogu wpis dotyczący aktu oskarżenia, w którym zamieścił szereg zdjęć przedstawiających m.in. Heinricha Himmlera, Adolfa Hitlera i Hermanna Göringa w mundurach oraz kilka flag przedstawiających swastykę. Trybunał nie dysponuje żadnymi informacjami, czy w związku z tym wpisem na blogu wszczęto postępowanie karne.

16. W dniu 7 stycznia 2015 r. Sąd Rejonowy w Monachium wydał wobec skarżącego wyrok skazujący na podstawie zniesławienia oraz używania symboli organizacji niekonstytucyjnych (art. 86a ust. 1 pkt 1 i art. 86 ust. 2 Kodeksu karnego - zob. par. 29 poniżej), ponieważ w dniu 23 marca 2014 r. zamieścił na swoim blogu zdjęcie byłego szefa SS, Heinricha Himmlera w mundurze SS z odznaką partii nazistowskiej (obejmującą swastykę) i swastyką na opasce na ramieniu. Wobec skarżącego wydano dwa odrębne wyroki („*Einzelstrafen*”): cztery miesiące pozbawienia wolności za używanie symboli organizacji niekonstytucyjnych i 70 dziennych stawek grzywny w wysokości 15 euro (EUR) za zniesławienie, co skutkuje nałożeniem kary łącznej („*Gesamtstrafe*”) pięciu miesięcy pozbawienia wolności. Wyrok wydano w zawieszeniu.

17. W dniu 6 maja 2015 r. Sąd Okręgowy w Monachium odrzucił odwołanie skarżącego od powyższego wyroku w odniesieniu do skazania go za przestępstwa zniesławienia oraz używania symboli organizacji niezgodnych z konstytucją w formie zamieszczenia na blogu zdjęcia Himmlera w mundurze SS z opaską ze swastyką na ramieniu. Sąd złagodził wymiar odrębnego wyroku za użycie symboli organizacji niekonstytucyjnych do 120 stawek dziennych po 10 euro, za zniesławienie do 40 stawek dziennych po 10 euro oraz wyroku łącznego do 140 stawek dziennych po 10 euro. Sąd uznał, że skarżący, który powoływał się na prawo do wolności wyrażania opinii i twierdził, że przyczynił się do debaty w interesie publicznym, nie może powoływać się na art. 86 ust. 3 Kodeksu karnego, ponieważ publikacja (czyli wpis na blogu) nie służyła żadnemu z wymienionych tam celów (zob. par. 29 poniżej). W tekście wpisu na blogu, który zaczynał się pod zdjęciem i cytatem, [skarżący] nie wypowiadał się ani na temat Himmlera, ani na temat cytowanej wypowiedzi. Tekst

adresowany był raczej do pracownika urzędu pracy prowadzącego dokumentację córki skarżącego i dotyczył kontaktów między tym pracownikiem a córką. Sąd Okręgowy nie dostrzegł związku między tekstem napisanym przez skarżącego a Himmlerem, Trzecią Rzeszą lub jej polityką edukacyjną. Skarżący również nie wyjaśnił takich związków. Ponadto nie zdystansował się od zdjęcia Himmlera ze swastyką i od cytowanej wypowiedzi. Odrzucenie nazizmu przez skarżącego nie było zatem oczywiste. Sąd doszedł do wniosku, że skarżący wykorzystał obraz jako element przyciągający wzrok, a zatem dokładnie w tym celu, któremu zapobiegać miał przepis dotyczący karania za stosowanie symboli organizacji niekonstytucyjnych, ponieważ został on ustanowiony w celu zapobiegania przyzwyczajaniu się do pewnych symboli poprzez zakazanie ich stosowania we wszelkich środkach komunikacji (tzw. „tabu komunikacyjne” - zob. par. 31 poniżej).

18. Sąd Okręgowy uznał jednak, że obiektywny obserwator nie mógłby, bez dodatkowej wiedzy, zauważyć, że na przedniej kieszeni munduru Himmlera znajduje się odznaka partii nazistowskiej i że zawiera ona swastykę. Z tego względu, przedstawienie odznaki i swastyki w taki sposób nie wiązało się z sankcjami karnymi przewidzianymi na mocy art. 86a Kodeksu karnego.

19. W dniu 14 czerwca 2015 r. skarżący, nieposiadający reprezentacji prawnej, wniósł odwołanie dotyczące kwestii prawnych. Podniósł zarzut braku przestrzegania przepisów dotyczących postępowania i prawa materialnego. Nie przedstawił szerszych argumentów dotyczących pierwszej kwestii. W odniesieniu do drugiej kwestii twierdził, że symbole nazistowskie były szeroko prezentowane w mediach niemieckich, bez dystansowania się od takich symboli i ideologii nazistowskiej. W świetle powyższego nierealnym było to, by ukaranie [skarżącego] za publikację zdjęcia Himmlera w opasce z swastyką mogłoby uchronić kogokolwiek przed przyzwyczajaniem się do takich obrazów. Ponadto stwierdzenie, iż nie odrzucił on wyraźnie nazizmu, było absurdalne: wpis na blogu należało przenalizować w całości, uwzględniając kontekst i okoliczności jego zamieszczenia. Fakt odrzucenia ideologii nazistowskiej przez skarżącego wynikał z krytyki zawartej w tekście wpisu, zdjęcia i cytatu, a także z treści bloga jako całości, na którym publikował on wiele postów dotyczących spraw gospodarczych i społecznych (w tym kontaktów skarżącego z urzędem pracy) i nie wykazywał sympatii nazistowskich. Jako autorowi bloga przysługiwało mu prawo do takiej samej wolności wyrażania opinii, jakie przysługuje dziennikarzom, a jego wpis na blogu przyczynił się do dyskusji w sprawie leżącej w interesie publicznym, która była szeroko dyskutowana w mediach i poruszana przez różne zainteresowane strony, mianowicie związek pomiędzy pochodzeniem migracyjnym a wynikami w nauce oraz instytucjonalną dyskryminacją dotyczącą dzieci ze środowisk

migracyjnych w Niemczech, szczególnie w świetle interesu gospodarczego Niemiec, jakim jest pozyskiwanie taniej siły roboczej.

20. W dniu 22 czerwca 2015 r. skarżący złożył ustne oświadczenia dotyczące podstaw odwołania w kwestiach prawnych przed kancelarią Sądu Okręgowego w celu formalnej rejestracji, zasadniczo powtarzając oświadczenia zawarte w piśmie z dnia 14 czerwca 2015 r.

21. W odpowiedzi z dnia 8 lipca 2015 r. prokuratura stwierdziła, że skarżący spełnił wymogi formalne wniesienia odwołania w kwestiach prawnych w zakresie, w jakim domagał się uchylecia wyroku Sądu Okręgowego z powodu naruszenia przepisu prawa materialnego, natomiast nie spełnił wymogów formalnych w odniesieniu do pozostałej części odwołania (zob. par. 34-36 poniżej). Podczas gdy możliwe było przedstawienie uzasadnienia odwołania w kwestiach prawnych poprzez spisanie go w kancelarii sądu, referendarz („*Rechtspfleger*”) miał obowiązek udzielania informacji i weryfikacji oświadczenia, aby uniknąć konieczności rozpoznawania przez Sąd Apelacyjny odwołań bezzasadnych lub niekompletnych (zob. par. 36 poniżej). W niniejszej sprawie, w dniu 22 czerwca 2015 r. skarżący złożył oświadczenie w takiej formie, że referendarz ograniczył się do jego zapisania, co potwierdza komentarz referendarza, iż ze względu na długość oświadczenia (dwadzieścia jeden stron), liczne cytaty i brak czasu (dwie godziny) jego krytyczna weryfikacja nie była możliwa. Zatem, argumentacja skarżącego dotycząca podstaw odwołania w kwestiach prawnych nie była zgodna z odpowiednimi wymogami formalnymi (zob. par. 36 poniżej).

22. Prokuratura twierdziła, że wyrok Sądu Okręgowego nie zawierał żadnych błędów. Przedmiotowy wpis na blogu nie mógł być porównywany z treściami medialnymi, które mają służyć celowi edukacji obywatelskiej i dotyczą wydarzeń bieżących, historycznych lub podobnym celom, a zatem są objęte przepisem art. 86 ust. 3 Kodeksu karnego (zob. par. 29 poniżej). Sąd Okręgowy dokładnie i prawidłowo uzasadnił, dlaczego skarżący nie mógł powołać się na ten przepis. Organy ścigania wniosły o oddalenie odwołania skarżącego w kwestiach prawnych jako bezzasadnego.

23. W odpowiedzi z dnia 19 lipca 2015 r. skarżący oświadczył, że w dniu 30 maja 2015 r. złożył wniosek o wyznaczenie adwokata w celu rozpoznania jego odwołania w kwestiach prawnych i że wniosek ten został oddalony w dniu 3 czerwca 2015 r., między innymi dlatego, że istniała możliwość złożenia odwołania w kwestiach prawnych w formie ustnego oświadczenia w kancelarii Sądu Okręgowego w celu jego rejestracji. Istotnie, skarżący w głównej mierze powtórzył swoje wcześniejsze oświadczenia.

24. W dniu 28 lipca 2015 r. prokuratura wystąpiła do Sądu Apelacyjnego o umorzenie postępowania w zakresie, w jakim dotyczyło ono zniesławienia, ponieważ kara za to przestępstwo była nieznaczna w porównaniu z karą za używanie symboli organizacji niekonstytucyjnych.

25. W dniu 4 sierpnia 2015 r. Sąd Apelacyjny w Monachium oddalił odwołanie skarżącego w kwestiach prawnych w zakresie, w jakim dotyczyło ono wyroku skazującego za używanie symboli organizacji niezgodnych z konstytucją oraz utrzymał w mocy odrębny wyrok kary grzywny w wysokości 120 stawek dziennych po 10 euro, wydany przez Sąd Okręgowy (zob. par. 17 powyżej). Potwierdzając uzasadnienie Sądu Okręgowego i odwołując się do wniosku prokuratury z dnia 8 lipca 2015 r. [Sąd Apelacyjny] dodał, że ograniczenie stosowania art. 86a ust. 1 Kodeksu karnego możliwe jest jedynie - wyłączając sytuacje, o których mowa w art. 86 ust. 3 Kodeksu karnego - gdy z okoliczności sprawy jako całości wynika, że dana osoba wyraźnie zdystansowała się od celów ideologii nazistowskiej (zob. par. 32 poniżej). Sąd Okręgowy stwierdził, że nie był to przypadek skarżącego. Jednocześnie, na wniosek prokuratury sąd umorzył postępowanie w zakresie dotyczącym zniesławienia (zob. par. 9, 14 i 24 powyżej).

26. W dniu 2 września 2015 r. skarżący złożył skargę konstytucyjną, powołując się na prawo do wolności wyrażania opinii. Odniósł się do sprawy *Vajnai przeciwko Węgrom* (nr 33629/06, ETPCz 2008 r.), w której Trybunał uznał, że wydanie wyroku skazującego skarżącego ze względu na noszenie czerwonej gwiazdy podczas pokojowej demonstracji legalnie zorganizowanej przez zarejestrowaną partię polityczną, mimo że nie istniał znany zamiar naruszenia zasady rządów prawa, bez żądania przedstawienia jakichkolwiek dowodów, że noszenie czerwonej gwiazdy było równoznaczne z propagandą totalitarną, stanowił naruszenie art. 10 Konwencji. Podejście sądów niemieckich nie spełniło wymogów przewidzianych w orzecznictwie Trybunału. Podkreślił również, że nie tylko dziennikarze korzystają z ochrony na mocy tego artykułu, ale że istnieje silny interes publiczny umożliwiający małym grupom, jednostkom i grupom znajdującym się poza głównym nurtem społecznym udział w debacie publicznej na tematy związane z interesem publicznym oraz że pewien stopień przesady musi być tolerowany (zob. *Steel and Morris przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, nr 68416/01, §§ 89-90, ETPCz2005-II), w szczególności w odniesieniu do kwestii rasizmu (*Haguenaer przeciwko Francji*, nr 34050/05, § 49, 22 kwietnia 2010 r.), i że podobnie przedstawiała się kwestia prowadzonego przez niego bloga.

27. Sąd Okręgowy i Sąd Apelacyjny nie uwzględniły w wystarczającym stopniu wszystkich okoliczności dotyczących wpisu na blogu. Z treści samego wpisu na blogu oraz z ogólnego kontekstu - który obejmował kilka wpisów na blogu dotyczących kontaktów skarżącego z urzędem pracy, niezgodność z prawem wniosku urzędu o przedstawienie przez jego córkę ostatniego świadectwa szkolnego oraz krytykę ekonomii neoliberalnej i instytucjonalnego rasizmu przez skarżącego - wyraźnie wynikało, że jego zamiarem był protest przeciwko polityce urzędu pracy i wniesienie wkładu w debatę w interesie publicznym, jak również, że odrzuca on ideologię

nazistowską. Sądy nie uwzględniły różnych interpretacji wpisu na blogu oraz nie zbadały prawa skarżącego do wolności wyrażania opinii chronionego na mocy art. 5 ustawy zasadniczej i art. 10 Konwencji.

28. W dniu 12 grudnia 2015 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny odmówił przyjęcia skargi konstytucyjnej (nr 1 BvR 2141/15) do rozpoznania. Uznał, że skarga jest niedopuszczalna, nie podając jednakże, na jakiej podstawie. Decyzję doręczono skarżącemu w dniu 20 stycznia 2016 r.

B. Właściwe prawo krajowe i praktyka

1. Kodeks karny

29. Właściwe postanowienia Kodeksu karnego we właściwym zakresie stanowią, co następuje:

Artykuł 86 [Rozpowszechnianie materiałów propagandowych organizacji niekonstytucyjnych]

„(1) Każdy, kto w Niemczech rozpowszechnia lub opracowuje, przechowuje, importuje lub eksportuje, lub udostępnia publicznie za pośrednictwem nośników danych w celu rozpowszechniania w Niemczech lub za granicą, materiały propagandowe:

1. partii politycznej uznanej przez Federalny Trybunał Konstytucyjny za niezgodną z konstytucją lub partii politycznej lub organizacji uznanej decyzją ostateczną za organizację zastępczą takiej partii;

2. organizacji, która została zakazana decyzją ostateczną, ponieważ jest skierowana przeciwko porządkowi konstytucyjnemu lub idei wspólnoty narodów, lub która została uznana decyzją ostateczną za organizację zastępczą takiej zakazanej organizacji;

3. rządu, organizacji lub instytucji spoza Republiki Federalnej Niemiec, działającej na rzecz realizacji celów jednej ze stron lub organizacji wymienionych w ust. 1 i 2 powyżej, lub

4. których treść ma na celu realizację celów byłej organizacji narodowosocjalistycznej;

podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech lub karze grzywny. ...

(3) Przepis ust. 1 powyżej nie ma zastosowania, jeżeli materiał propagandowy lub [dany] akt ma służyć edukacji obywatelskiej, [zwalczać] ruchy niekonstytucyjne, promować sztukę ..., naukę, badania naukowe lub nauczanie, relacjonować wydarzenia bieżące lub historyczne albo służyć podobnym celom.

(4) W przypadku winy o nieistotnym charakterze sąd może nakazać zwolnienie z odpowiedzialności na podstawie niniejszego przepisu.”

Artykuł 86a [Wykorzystywanie symboli organizacji niekonstytucyjnych]

„(1) Kto,

1. rozprowadza w kraju lub używa publicznie, podczas spotkań lub w rozpowszechnianych przez siebie materiałach w formie pisemnej (art. 11 ust. 3), symbole jednej ze partii lub organizacji wskazanych w art. 86 ust. 1 pkt. 1, 2 i 4, lub

2. opracowuje, przechowuje, importuje lub eksportuje przedmioty, które przedstawiają lub zawierają takie symbole w celu ich dystrybucji lub wykorzystania w Niemczech lub za granicą w sposób wskazany w ust. 1,

podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech lub karze grzywny.

(2) Symbole w rozumieniu ust. 1 powyżej [oznaczają] w szczególności flagi, insygnia, mundury i ich elementy, slogany i formy powitania. Symbole o takim poziomie podobieństwa, że istnieje możliwość pomylenia ich z symbolami wymienionymi w pierwszym zdaniu, będą [uważane] za równoważne z nimi.

(3) Postanowienia art. 86 ust. 3 i 4 stosuje się odpowiednio.

30. W wyroku z dnia 18 października 1972 r., nr 3 StR 1/71 I, Federalny Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił istotę art. 86a Kodeksu karnego. Ma on na celu zapobieganie odrodzeniu się zakazanych organizacji lub promowanych przez nie idei niezgodnych z konstytucją. Ponadto przepis ten służy utrzymaniu pokoju politycznego poprzez zapobieganie przejawom takiego odrodzenia, a także wywołaniu wrażenia wśród krajowych i zagranicznych obserwatorów niemieckich spraw politycznych, że sytuacja w ramach polityki wewnętrznej rozwinęła się w sposób, który nie jest zgodny z rządami prawa, gdyż toleruje niezgodne z konstytucją działania ruchów ucieleśnianych przez dany symbol. Takie postrzeganie i wynikające z niego reakcje mogłyby wyrzucić istotny niekorzystny wpływ na pokój polityczny. Artykuł 86a Kodeksu karnego ma ponadto na celu zapobieżenie ponownemu upowszechnieniu używania symboli zakazanych organizacji sprzecznych z konstytucją - niezależnie od zamiarów takiego użycia - co uniemożliwiłoby osiągnięcie celu polegającego na zakazie użycia takich symboli w niemieckim życiu politycznym, co z kolei doprowadziłoby do sytuacji, w której osoby popierające cele polityczne reprezentowane przez te symbole, mogłyby używać takich symboli bez zagrożenia.

31. Powołując się ponownie na wyrok z 1972 r., ze względu na cel art. 86a Kodeksu karnego, aby użycie symbolu zostało objęte zakresem tego przepisu, nie jest konieczne istnienie dowodu, że dany symbol został użyty w celu wspierania celów sprzecznych z konstytucją, że użycie takie należy rozumieć jako wspieranie celów zakazanej organizacji lub że użycie stanowi konkretne zagrożenie dla demokracji konstytucyjnej. Przepis ten z zasady zakazuje używania takich symboli w niemieckim życiu politycznym i ustanawia „tabu komunikacyjne” („*kommunikatives Tabu*”) (zob. Federalny Trybunał Konstytucyjny, nr 1 BvR 150/03, decyzja z dnia 1 czerwca 2006 r.).

32. W świetle tak szerokiego zakresu art. 86a Kodeksu karnego, sądy krajowe - wyłączając przypadki, o których mowa w art. 86 ust. 3 Kodeksu, ograniczyły jego zakres i wyłączyły przypadki użycia, które nie naruszają celu tego przepisu lub nawet mają wzmocnić jego cel (zob. wyrok

Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, nr 3 StR 486/06 z dnia 15 marca 2007 r.). Z wyroku tego wynika, że użycie symbolu organizacji niezgodnej z konstytucją nie jest objęte zakresem art. 86a Kodeksu w przypadku, gdy sprzeciw wobec organizacji niekonstytucyjnej i jej ideologii jest oczywisty i jasny, i może zostać natychmiast rozpoznany przez obserwatora. W takich przypadkach nałożenie odpowiedzialności karnej byłoby trudne do pogodzenia z prawem do wolności wyrażania opinii osób, które chcą zaprotestować przeciwko odrodzeniu idei nazistowskich, uderzając w ucieleśniające je symbole. Jednak w przypadku, gdy sposób prezentacji jest wieloznaczny lub gdy nie można jednoznacznie rozpoznać odrzucenia idei nazistowskich, ich użycie jest sprzeczne z celem przepisu i pozostaje objęte jego zakresem. Ponadto, w kontekście funkcji tego przepisu jako ustanawiającego „tabu”, fakt, że dane postępowanie miało na celu krytykę, nie jest wystarczający, aby wyłączyć zastosowanie tego przepisu (zob. Federalny Trybunał Konstytucyjny, nr 1 BvR 204/03, decyzja z dnia 23 marca 2006 r.). Aby ocenić, czy dane użycie symbolu organizacji niezgodnej z konstytucją należy wyłączyć z zakresu stosowania art. 86a Kodeksu karnego, pod uwagę należy wziąć wszystkie okoliczności sprawy (zob. Federalny Trybunał Sprawiedliwości, nr 3 StR 164/08, decyzja z dnia 1 października 2008 r.).

33. Zważywszy, że Himmler pełnił funkcję jedyne go przywódcy SS, będącej organizacją niekonstytucyjną, stwierdzono, że publikacja jego zdjęcia w mundurze SS jest równoznaczna sama w sobie z użyciem symboli organizacji niezgodnych z konstytucją w rozumieniu art. 86a Kodeksu (zob. Sąd Apelacyjny w Monachium, nr 5 OLG 13 Ss 137/15, wyrok z dnia 7 maja 2015 r.).

2. Kodeks postępowania karnego

34. Właściwe przepisy Kodeksu postępowania karnego brzmią następująco:

Artykuł 344 [Uzasadnienie odwołania w kwestiach prawnych]

„(1) Wnoszący odwołanie przedstawia zakres, w jakim kwestionuje wyrok i wnosi o jego uchylenie (odwołania dotyczące kwestii prawnych) oraz uzasadnia swój wniosek.

(2) W uzasadnieniu należy wskazać, czy wyrok kwestionowany jest na podstawie naruszenia prawa proceduralnego, czy też z powodu naruszenia innego przepisu prawnego. W pierwszym przypadku należy wskazać fakty, które stanowią naruszenie.”

Artykuł 345 [Termin na uzasadnienie odwołania w kwestiach prawnych]

“...

(2) Pozwany może [złożyć odwołanie i jego uzasadnienie] jedynie w formie oświadczenia podpisanego przez obrońcę lub adwokata lub w formie oświadczenia ustnego, które zostanie zarejestrowany w kancelarii sądowej”.

35. O ile w odwołaniu w kwestiach prawnych zawierającym zarzut naruszenia przepisu dotyczącego postępowania należy obowiązkowo wskazać fakty stanowiące wadę w rozumieniu art. 344 ust. 2 zdanie drugie Kodeksu postępowania karnego, w celu złożenia odwołania w kwestiach prawnych obejmującego zarzut naruszenia przepisu prawa materialnego, wystarczy, że składający odwołanie oświadczy, iż podnosi zarzut takiego naruszenia - w takim przypadku przedstawienie podstaw takiego odwołania nie jest wymagane. Jeżeli wnoszący odwołanie nie uzasadni w sposób szczególny odwołania dotyczącego naruszenia przepisu prawa materialnego lub nie przedstawi ważnego oświadczenia w tym względzie, Sąd Apelacyjny ma obowiązek z urzędu zbadać, czy zaskarżony wyrok naruszył przepis prawa materialnego.

36. W przypadku, gdy uzasadnienie apelacji dotyczącej kwestii prawnych nie zostanie przedstawione w formie oświadczeń podpisanych przez prawnika, lecz ustnie (zanotowane w kancelarii sądu), zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów krajowych, art. 345 ust. 2 Kodeksu postępowania karnego wymaga, aby referendarz („*Rechtspfleger*”) udzielił pomocy przy składaniu stosownych oświadczeń zgodnie z wymogami formalnymi w celu zabezpieczenia interesów wnoszącego odwołanie i uniknięcia sytuacji, w której Sąd Apelacyjny będzie zmuszony rozpoznawać odwołania bezzasadne lub niezrozumiałe (zob. przykładowo Federalny Trybunał Sprawiedliwości, nr 3 StR 88/96, decyzja z dnia 21 czerwca 1996 r.). W związku z tym oświadczenia dotyczące podstaw odwołania w kwestiach prawnych są co do zasady niedopuszczalne, jeżeli referendarz jedynie spisuje oświadczenie dyktowane przez wnoszącego odwołanie, lub kopiuje oświadczenie w formie pisemnej przedłożone przez wnoszącego odwołanie (ibid.).

SKARGA

37. Skarżący podniósł zarzut naruszenia art. 10 Konwencji w tym względzie, że wydano wobec niego wyrok skazujący za przestępstwo użycia we wpisie na blogu w dniu 23 marca 2014 r. symboli organizacji niekonstytucyjnych - w tym przypadku fotografii Himmlera w mundurze SS w opasce ze swastyką.

PRAWO

38. Trybunał zauważa, że Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał skargę konstytucyjną złożoną przez skarżącego za niedopuszczalną, nie wskazując jednak wymogu dopuszczalności, którego skarżący nie spełnił

(zob. par. 28 powyżej). Trybunał stwierdza, że niedopuszczalność skargi konstytucyjnej nie wynika wyraźnie z akt sprawy (por. *Colak i Inni przeciwko Niemcom* (dec.), nr 77144/01 i 35493/05, 11 grudnia 2007 r. oraz *Karabulut przeciwko Niemcom* (dec.), nr 59546/12, § 40, 21 listopada 2017 r.). W szczególności nie jest oczywiste, że skarżący nie dopełnił konkretnego wymogu formalnego dotyczącego wniesienia skargi konstytucyjnej, ponieważ wniósł tę skargę w terminie jednego miesiąca od daty doręczenia orzeczenia Sądu Apelacyjnego (zob. par. 25 i 26 powyżej), a Sąd Apelacyjny dokonał oceny meritum jego odwołania pod względem prawnym (zob. par. 25 powyżej oraz *Gäfgen przeciwko Niemcom* [WI], nr 22978/05, § 143, ETPCz 2010 r.). Trybunał nie ma możliwości ustalenia powodu, dla którego skarga konstytucyjna skarżącego została uznana za niedopuszczalną (zob. *Annen przeciwko Niemcom*, nr 3690/10, § 39, 26 listopada 2015 r.). Może jednak pominąć kwestię wyczerpania przez skarżącego krajowych środków odwoławczych wymaganych na mocy art. 35 ust. 1 Konwencji z tego względu, że niniejsza skarga jest w każdym przypadku niedopuszczalna, ponieważ jest oczywiście bezzasadna w rozumieniu art. 35 ust. 3 lit. a) Konwencji z przyczyn przedstawionych poniżej.

39. Skarżący argumentował, że wymóg art. 86a ust. 1 Kodeksu karnego (zgodnie z jego interpretacją przez sądy krajowe), zgodnie z którym osoba posługująca się symbolem organizacji niezgodnej z konstytucją ma obowiązek wyraźnego zdystansowania się od ideologii nazistowskiej w celu uniknięcia odpowiedzialności karnej, stanowi ingerencję w wolność wyrażania, która nie jest niezbędna w społeczeństwie demokratycznym. Łagodniejszym, ale równie skutecznym środkiem byłoby karanie tylko takiego ich wykorzystania, które stanowi propagandę danych organizacji lub ich ideologii. W sprawie *Vajnai przeciwko Węgrom* (nr 33629/06, ETPCz 2008 r.) Trybunał wyraził pogląd, iż nie można twierdzić, że użycie przez osobę symbolu, który mógłby odnosić się do pojęć totalitarnych, lecz mieć także inne znaczenia, wskazuje, że osoba ta użyła takiego symbolu w celu identyfikacji z ideami totalitarnymi. W takich przypadkach przy ocenie należy kierować się kontekstem.

40. W tym względzie [skarżący] oświadczył, że sądy krajowe nie uwzględniły wszystkich okoliczności sprawy i w związku z tym nie wzięły pod uwagę faktu, iż wpis na jego blogu stanowił protest przeciwko dyskryminacji dzieci ze środowisk migracyjnych i metodom pracy urzędu pracy, które jego zdaniem przypominają praktyki stosowane przez nazistów. W szczególności sądy krajowe nie wzięły pod uwagę faktu, że kilkakrotnie wypowiadał się krytycznie na temat kapitalizmu oraz kontaktów między urzędem pracy a jego córką, lecz analizowały post z dnia 23 marca 2014 r. poza kontekstem. Ponadto, [sądy] nie wzięły pod uwagę faktu, że władze przyznały, iż nie istniała podstawa prawna, aby urząd pracy żądał przedstawienia kopii ostatniego świadectwa szkolnego jego córki oraz że w

mediach pojawiły się różne doniesienia wskazujące, że dzieci osób otrzymujących zasiłki socjalne oraz dzieci ze środowisk migracyjnych były dyskryminowane w szkołach i przez urzędy pracy. Wpis na blogu miał na celu przyczynienie się do debaty publicznej na temat dyskryminacji i rasizmu instytucjonalnego.

41. Ponadto należało uwzględnić fakt, że nie używał swastyki jako takiej, ale raczej historycznego zdjęcia Himmlera. Gdyby użył zdjęcia Himmlera przedstawiającego go bez swastyki, nie zostałby ukarany zgodnie z przepisami prawa karnego. Nie jest również zrozumiałym, dlaczego sądy krajowe wskazywały na brak zdystansowania się przez skarżącego od cytowanej wypowiedzi, skoro kopiowanie tej wypowiedzi nie było zakazane. W każdym razie sądy krajowe niesłusznie uznały, że we wpisie na blogu nie odniósł się on do tej wypowiedzi. [Skarżący] skontrastował wypowiedź Himmlera z wypowiedzią pracownika urzędu pracy, aby zilustrować fakt, że sukces zawodowy można dziś osiągnąć tylko wtedy, gdy dzieci i młodzi ludzie - zwłaszcza ci o obcych korzeniach - będą współpracować z urzędami pracy, tak samo jak w czasach narodowego socjalizmu musieli współpracować z SS.

42. We właściwym zakresie art. 10 Konwencji stanowi, co następuje:

„1. Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe.

2. Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.”

43. Trybunał przypomina, że art. 10 Konwencji ma zastosowanie względem Internetu jako środka komunikacji oraz że publikacja fotografii na stronie internetowej wchodzi w zakres prawa do wolności wyrażania opinii (zob. *Ashby Donald i Inni przeciwko Francji*), nr 36769/08, § 34, 10 stycznia 2013 r.). Uznaje, że wyrok skazujący skarżącego wydany na podstawie prezentacji zdjęcia Himmlera w mundurze SS ze swastyką na opasce na ramieniu we wpisie na blogu z dnia 23 marca 2014 r. stanowił naruszenie jego prawa do wolności wypowiedzi gwarantowanego na mocy art. 10 Konwencji. Taka ingerencja - jeżeli nie spełnia wymogów art. 10 ust. 2 - stanowi naruszenie Konwencji. Należy zatem ustalić, czy była ona „zgodna z ustawą”, czy realizowała jeden lub więcej słusznych uzasadnionych celów określonych w tymże ustępie oraz czy była „niezbędna w społeczeństwie demokratycznym” dla osiągnięcia tych celów.

44. Trybunał stwierdza, że wyrok skazujący skarżącego przewidziany był przepisem art. 86a Kodeksu karnego. Zauważa, że celem tego przepisu jest zapobieganie odrodzeniu się zakazanych organizacji lub promowanych przez nie idei niezgodnych z konstytucją, utrzymanie pokoju politycznego oraz zakazanie wykorzystywania symboli organizacji niekonstytucyjnych w niemieckim życiu politycznym (zob. par. 30 powyżej). Trybunał jest zatem zdania, że przedmiotowa ingerencja była zgodna z prawem i realizowała uzasadniony cel, jakim jest ochrona porządku publicznego.

45. Podstawowe zasady dotyczące kwestii, czy ingerencja w wolność wypowiedzi jest „niezbędna w społeczeństwie demokratycznym” ugruntowane są w orzecznictwie Trybunału i zostały niedawno podsumowane w sposób następujący (zob. *Perinçek przeciwko Szwajcarii* [WI], nr 27510/08, § 196, ETPCz 2015 r. (streszczenie)):

„(ii) Wolność wyrażania opinii stanowi jeden z podstawowych fundamentów społeczeństwa demokratycznego oraz jeden z warunków jego rozwoju, a także samorealizacji jednostki. Zgodnie z przepisem art. 10 ust. 2, dotyczy nie tylko „informacji” czy też „poglądów”, które są przychylnie przyjmowane, uznawane za nieobraźliwe albo obojętne, ale również do tych wypowiedzi, które obrażają, szokują lub wprowadzają niepokój. Takie są wymogi pluralizmu, tolerancji i szerokich horyzontów myślowych, bez których „społeczeństwo demokratyczne” nie istnieje. Zgodnie z przepisem art. 10, wolność ta poddana jest wyjątkom, które muszą być jednakże ściśle interpretowane, a konieczność jakichkolwiek ograniczeń musi być przekonująco ustalona.

(ii) Przymiotnik „niezbędna” w rozumieniu art. 10 ust. 2, implikuje istnienie pilnej potrzeby społecznej. Wysokie Układające się Państwa posiadają pewien margines swobody w ocenie, czy istnieje taka potrzeba, ale idzie to w parze z europejskim nadzorem, obejmującym zarówno przepisy prawa, jak i decyzje wykonawcze, nawet te wydane przez niezawisły sąd. Trybunał jest zatem upoważniony do wydania ostatecznej decyzji, czy „ograniczenie” można pogodzić z wolnością wyrażania opinii.

(iii) Zadaniem Trybunału nie jest zajęcie miejsca sądów krajowych, lecz raczej dokonanie przeglądu decyzji podjętych przez nie w świetle art. 10 Konwencji. Nie oznacza to, że nadzór Trybunału ogranicza się do sprawdzenia, czy organy te skorzystały z przysługującego im marginesu uznania w sposób rozsądny, ostrożny i w dobrej wierze. Trybunał ma za zadanie zbadać ingerencję w świetle sprawy jako całości oraz rozstrzygnąć, czy była ona proporcjonalna do realizowanego słusznego celu oraz czy podstawy wskazane przez władze krajowe celem jej uzasadnienia były właściwe i wystarczające. W ten sposób Trybunał musi upewnić się, czy władze zastosowały standardy, które były zgodne z zasadami zawartymi w art. 10 Konwencji oraz czy oparły się na dopuszczalnej ocenie stanu faktycznego ...”

46. Zgodnie z kolejną zasadą konsekwentnie podkreślaną w orzecznictwie Trybunału, w świetle art. 10 ust. 2 Konwencji istnieje niewielka możliwość ograniczenia języka polityki lub debaty w kwestiach istotnych dla interesu publicznego (ibid., § 197, z dalszymi odniesieniami). Jednocześnie w każdym przypadku, gdy Trybunał weryfikuje istnienie pilnej społecznej potrzeby dokonania ingerencji w prawa wynikające z

Konwencji, wyczulony jest na kontekst historyczny danej Wysokiej Układającej się Strony (ibid., § 242).

47. W świetle ich historycznej roli i doświadczeń, można stwierdzić, że państwa, które doświadczyły nazistowskich okrucieństw, ponoszą szczególną odpowiedzialność moralną za zdystansowanie się od masowych okrucieństw popełnianych przez nazistów (ibid., § 243, z dalszymi odniesieniami). Trybunał jest zdania, że decyzję ustawodawcy dotyczącą karaniami za używanie symboli nazistowskich, zakazu używania takich symboli w niemieckim życiu politycznym, utrzymania pokoju politycznego (również z uwzględnieniem postrzegania przez zagranicznych obserwatorów) oraz zapobiegania odrodzeniu się nazizmu (zob. par. 30 powyżej), należy postrzegać na tym tle.

48. Trybunał zauważa, że zgodnie z art. 86 ust. 3 Kodeksu karnego, do którego odnosi się art. 86a § 3 Kodeksu karnego, odpowiedzialność karna nie ma miejsca, jeżeli używanie takich symboli ma służyć edukacji obywatelskiej, zwalczaniu ruchów niekonstytucyjnych, promocji sztuki lub nauki, badaniom lub nauczaniu, relacjonowaniu wydarzeń bieżących lub historycznych, lub służyć podobnym celom (zob. par. 29 powyżej). Ponadto sądy krajowe ograniczyły zakres stosowania art. 86a Kodeksu karnego i wyłączyły te przypadki użycia poszczególnych symboli, które nie stoją w sprzeczności z celem przepisu, w tym w przypadkach, gdy sprzeciw wobec ideologii reprezentowanej przez użyty symbol jest oczywisty i jasny, zwłaszcza w celu wystarczającego poszanowania prawa do wolności wyrażania opinii w proteście przeciwko odrodzeniu idei nazistowskich (zob. par. 32 powyżej). O ile krytyczne użycie poszczególnych symboli nie wystarcza, aby uzasadnić możliwość zwolnienia z odpowiedzialności karnej na mocy prawa krajowego, zgodnie z jednym z celów przepisu (całościowy zakaz używania odpowiednich symboli w niemieckim życiu politycznym), Trybunał jest zdania, że zwolnienie z odpowiedzialności karnej w przypadku gdy sprzeciw wobec ideologii reprezentowanej przez użyte symbole jest „oczywisty i jasny” (zob. par. 32 powyżej), stanowi ważną gwarancję prawa do wolności wyrażania opinii.

49. Odnosząc się do okoliczności skazania skarżącego, Trybunał zauważa, że symbol użyty przez skarżącego - zdjęcie Heinricha Himmlera w mundurze SS ze swastyką na opasce na ramieniu - nie może mieć innego znaczenia niż znaczenie nadane w rozumieniu ideologii nazistowskiej (por. *Vajnai przeciwko Węgrom*, nr 33629/06, §§ 52 i nast., ETPCz 2008 r. i *Fratanoló przeciwko Węgrom*, nr 29459/10, § 25, 3 listopada 2011 r., w odniesieniu do użycia czerwonej gwiazdy). [Trybunał] odnotowuje fakt, że sądy krajowe przy innej okazji orzekły, że prezentowanie wizerunku Himmlera w mundurze SS samo w sobie stanowi wykorzystanie symboli organizacji niekonstytucyjnych w rozumieniu art. 86a Kodeksu karnego (zob. par. 33 powyżej).

50. Skarżący musiał znać odpowiedni przepis i orzecznictwo sądów krajowych, między innymi z tego względu, że około sześć tygodni przed opublikowaniem wpisu na blogu, o którym mowa w niniejszej sprawie został skazany za to samo przestępstwo za opublikowanie zdjęcia Angeli Merkel w mundurze nazistowskim ze swastyką na opasce i domalowanymi wąsami Hitlera (zob. par. 13 powyżej).

51. Trybunał przyjmuje, że skarżący, umieszczając na swoim blogu zdjęcie Himmlera w mundurze SS z opaską ze swastyką, nie zamierzał szerzyć propagandy totalitarnej, podżegać do przemocy ani wypowiadać mowy nienawiści, a jego wypowiedź nie prowadziła do zastraszenia. Przyznaje, że pojawiły się różne doniesienia prasowe, w których szczegółowo opisywano skargi na dyskryminację dzieci osób otrzymujących pomoc społeczną i dzieci ze środowisk migracyjnych w szkołach i przez urzędy pracy (zob. par. 11 powyżej). Skarżący mógł zamieścić sześć wpisów na swoim blogu (zob. par. 4-10 powyżej) z zamiarem udziału w debacie w interesie publicznym.

52. Rodzi się zatem pytanie, czy sądy krajowe były zobowiązane do zbadania wpisu na blogu z dnia 23 marca 2014 r., który doprowadził do skazania skarżącego, wraz z innymi wpisami na blogu dotyczącymi interakcji pomiędzy urzędem pracy a jego córką. Trybunał zauważa, że przedmiotowy wpis, trzeci z kolei w tej samej sprawie, nie zawierał żadnego odniesienia ani widocznego związku z wcześniejszymi wpisami skarżącego (zob. par. 4-8 i 10 powyżej). Fakt, że wpis stanowi lub miał w zamiarze stanowić część serii wpisów, których celem miał być wkład w debatę publiczną, nie był od razu zrozumiały dla odbiorcy. Nie można zarzucić sądom krajowym, że przy ocenie odpowiedzialności karnej skarżącego wzięły pod uwagę tylko ten konkretny element, która był oczywisty dla odbiorcy, to jest zdjęcie Himmlera w mundurze SS ze swastyką na opasce, cytat i zamieszczony poniżej tekst.

53. W tekście wpisu na blogu, adresowanym do pracownika urzędu pracy odpowiedzialnego za dokumentację córki skarżącego, skarżący skrytykował fakt, że różne zapytania, które skierował do urzędu pracy, pozostały bez odpowiedzi oraz że władze nie zapewniały jego córce bezpłatnych posiłków i nie ponosiły kosztów jej dojazdu do szkoły (zob. par. 8 powyżej). Wyraził się również krytycznie, twierdząc, że urząd pracy nie zna potrzeb dzieci i zamiast ułatwiać ich spełnianie, utrudnia je. W żadnym momencie nie stwierdzono, że córka skarżącego jest obcego pochodzenia, że jest dyskryminowana oraz że skarżący korzysta ze świadczeń socjalnych (zob. par. 7, 8 i 10 powyżej). Nie przedstawiono również związków ani wyjaśnień, dlaczego wniosek pracownika urzędu pracy (zob. par. 3 powyżej) można by porównywać z tym, co działo się w czasach reżimu nazistowskiego. W całym tekście nie odwołano się do pojęć rasizmu czy dyskryminacji choćby jednym zdaniem. Trybunał uznaje zatem, że nie można zarzucać sądom krajowym, iż stwierdziły brak związku

pomiędzy tekstem a poglądami reprezentowanymi przez symbole nazistowskie, ani że skarżący wykorzystał zdjęcie jako „element przyciągający wzrok” (zob. par. 17 i 25 powyżej).

54. Trybunał zauważa, że takie nieuzasadnione wykorzystanie symboli służyło dokładnie temu celowi, któremu zapobiegać miał przepis dotyczący karania w przypadku stosowania symboli organizacji niekonstytucyjnych, ponieważ został on ustanowiony w celu zapobiegania przyzwyczajaniu się do pewnych symboli poprzez zakazanie ich stosowania we wszelkich środkach komunikacji (tzw. „tabu komunikacyjne” - zob. par. 31 powyżej). Z orzecznictwa sądu krajowego jasno wynika, że krytyczne użycie symboli nazistowskich nie wystarcza, aby zwolnić daną osobę z odpowiedzialności karnej za ich użycie (zob. par. 32 powyżej). Wymagany jest oczywisty i jasny sprzeciw wobec ideologii nazistowskiej (ibid.). Zważywszy na okoliczności sprawy, Trybunał nie widzi powodu, aby odchodzić od oceny sądów krajowych, że we wpisie na blogu skarżący nie odrzucił ideologii nazistowskiej w sposób jasny i oczywisty (zob. par. 17 i 25 powyżej).

55. O ile wyroku w wymiarze 120 stawek dziennych nie można uznać za nieznaczny, Trybunał zauważa, że w toku postępowania wyrok został złagodzony z kary pozbawienia wolności do kary grzywny (zob. par. 16-17 powyżej) oraz że zaledwie kilka tygodni przed opublikowaniem przedmiotowego wpisu na blogu skarżący został skazany za podobne przestępstwo.

56. Przypominając, że doświadczenie historyczne Niemiec jest istotnym czynnikiem, który należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu - w odniesieniu do używania symboli takich jak symbole, których dotyczy niniejsza sprawa - czy istnieje pilna potrzeba społeczna ingerencji w prawo skarżącego do wolności wyrażania opinii, zagwarantowane w art. 10 Konwencji, w świetle wszystkich okoliczności sprawy Trybunał stwierdza, że władze krajowe przedstawiły właściwe i wystarczające podstawy oraz nie przekroczyły przysługującego im marginesu oceny. Ingerencja była więc proporcjonalna do realizowanego słusznego celu, a zatem była „niezbędna w społeczeństwie demokratycznym”.

57. Zatem skarga jest oczywiście bezzasadna i musi zostać odrzucona zgodnie z art. 35 ust. 3 i 4 Konwencji.

Z tych przyczyn Trybunał, jednogłośnie,

Uznaje skargę za dopuszczalną.

Sporządzono w języku angielskim i obwieszono na piśmie w dniu 5 kwietnia 2018 r.

Claudia Westerdiek
Kancelarz

Erik Møse
Przewodniczący