



**ZAKAZ PROPAGOWANIA USTROJÓW TOTALITARNYCH
ORAZ NAWOŁYWANIA DO NIENAWIŚCI
A MIĘDZYNARODOWE STANDARDY WOLNOŚCI SŁOWA
– UWAGI NA KANWIE ORZECZNICTWA ETPC**

“(…) zasadniczo może być uznane za konieczne, w niektórych społeczeństwach demokratycznych, by karać wszelkie formy wypowiedzi, które upowszechniają, podżegają, promują lub usprawiedliwiają nienawiść opartą na nietolerancji (...)”¹

1. Aktualność problemu

Zdecydowana większość państw europejskich, w tym wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej, przyjęły przepisy zabraniające mowy nienawiści w różnych formach jej ekspresji² (zob. np. § 283 austriackiego kodeksu karnego, § 356 czeskiego kodeksu karnego, art. R625-7 francuskiego kodeksu karnego, § 130 niemieckiego kodeksu karnego, rozdział III *Public Order Act* uchwalony przez Parlament Zjednoczonego Królestwa³). Co więcej, jak pisze A. Bodnar, „w większości państw demokratycznych nie istnieje [także – przyp. M.C.] przyzwolenie na legalną działalność organizacji skrajnych, tj. odwołujących się do ideologii totalitarnych, dążących do obalenia ustroju demokratycznego, lub

* Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski, ul. Uniwersytecka 22/26, 50-145 Wrocław, e-mail: monika.czechowska@uwr.edu.pl.

¹ Wyrok ETPC z dnia 6 lipca 2006 r., nr 59405/00, *Erbakan przeciwko Turcji*, § 56, Legalis nr 137038.

² *Comparative Study on legislation sanctioning hate speech and discrimination in the member states of the European Union*, Bukareszt 2014, <http://www.mowanienawisci.info/wp-content/uploads/2015/10/Comparative-Study.pdf>, 16.12.2020.

³ Wyrok TK z dnia 25 lutego 2014 r., SK 65/12 (Dz.U. z 2014 r. poz. 268).

też jawnie zaprzeczających podstawowym wartościom demokracji, opierającym się na poszanowaniu praw jednostki”²⁴.

Polskie prawo również dysponuje szerokim instrumentarium mającym na celu penalizowanie przestępstw motywowanych nienawiścią⁵. Pod pojęciem tym rozumie się ogół przestępstw powodowanych niechęcią lub uprzedzeniem z powodów takich jak rasa, pochodzenie etniczne, narodowość, płeć, wiek, orientacja seksualna, czy wyznanie. Termin ten jest zatem niezwykle szeroki i obejmuje swym zakresem zarówno przemoc z nienawiści, jak i tzw. mowę nienawiści (*hate speech*), czyli wszelkie formy wypowiedzi, które szerzą, propagują czy usprawiedliwiają nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm oraz inne formy nienawiści bazujące na nietolerancji⁶. Regulacją o szczególnym znaczeniu – z punktu widzenia penalizowania przestępstw motywowanych nienawiścią – jest przepis art. 256 § 1 kodeksu karnego⁷, który zakazuje publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa oraz nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Istotne znaczenie w omawianym kontekście ma także art. 13 Konstytucji RP⁸, który wprowadza zakaz istnienia partii politycznych i innych organizacji odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu, a także tych, których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową, stosowanie przemocy w celu zdobycia władzy lub wpływu na politykę państwa albo przewiduje utajnienie struktur lub członkostwa oraz art. 55 ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi

⁴ A. Bodnar, *Organizacje skrajne w orzecznictwie sądów polskich oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka Ekspertyza przygotowana w ramach projektu: „Organizacje skrajne w demokratycznym państwie i społeczeństwie 2012–2013*, Warszawa 2013, s. 3.

⁵ Zob. M. Woiński, *Prawnokarne aspekty zwalczania mowy nienawiści*, Warszawa 2014.

⁶ Rekomendacja Komitetu Rady Ministrów Rady Europy z dnia 30 października 1997 r., nr R 97 (20).

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks Karny (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej: k.k.

⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej: Konstytucja RP.

Polskiemu⁹, który penalizuje publiczne i kontrfaktyczne negowanie zbrodni nazistowskich lub komunistycznych¹⁰.

Ratio legis kryminalizowania występku polegającego na publicznym propagowaniu ustroju faszystowskiego lub innego totalitarnego, jak również na nawoływaniu do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość wynika z konieczności ochrony porządku prawnego oraz pokoju społecznego przed zagrożeniami o charakterze politycznym lub ideologicznym. Penalizacja ta znajduje zatem uzasadnienie – jak trafnie wskazał Trybunał Konstytucyjny – w „ludobójczych doświadczeniach totalitaryzmów ostatnich stu lat oraz konieczności ochrony godności i pamięci każdej z dziesiątków milionów ich ofiar”¹¹. Jest to również wyraz przyjęcia przez ustawodawcę koncepcji „demokracji wojującej” (*militant democracy*), stworzonej przez Karla Loewensteina¹², która w wariantcie defensywnym zakłada obronę przed każdym zagrożeniem¹³, również ideologicznym.

Pozornie mogłoby się więc wydawać, że w ekstremalnie doświadczonej Europie problem przestępstw z nienawiści nie powinien występować. Tymczasem w ostatnich latach nastąpił znaczny wzrost liczby czynów zabronionych polegających na publicznym propagowaniu faszyzmu lub innego ustroju totalitarnego, jak również na nawoływaniu do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Jak wynika bowiem z policyjnych statystyk, w 1999 r. stwierdzono tylko 12 przestępstw kwalifikowanych z art. 256 k.k., natomiast w 2019 r. już 378 takie przypadki¹⁴. Ponadtrzydziestokrotny wzrost liczby przestępstw polegających na propago-

⁹ Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 177).

¹⁰ K. Wiak [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019, komentarz do art. 256.

¹¹ Wyrok TK z dnia 25 lutego 2014 r., SK 65/12 (Dz.U. z 2014 r., poz. 268).

¹² A. Bodnar, *Organizacje...*, s. 4.

¹³ R. Bäcker, J. Rak, *Trajektoria trwania opancerzonych demokracji*, SNAiT 2019, t. 41, nr 3, s. 65.

¹⁴ Statystyki policyjne za 2019 rok, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-13/63613,Publiczne-propagowanie-faszyzmu-nawolywanie-do-nienawisci-art-256.html>, 12.12.2020.

waniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju, jak również na nawoływaniu do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość w ciągu zaledwie dwudziestu lat jest niezwykle niepokojący i wskazuje na fakt, iż problem ten jest nader aktualny. Oczywiście nie można wykluczyć, że owy wzrost liczby przestępstw stypizowanych w art. 256 k.k. jest w pewnym stopniu efektem rosnącej świadomości społecznej i tym samym większej zgłaszalności takich zachowań. Niemniej jednak nie zmienia to faktu, iż kwestia narastającej liczby przestępstw polegających na propagowaniu faszyzmu lub innego ustroju totalitarnego, jak również na nawoływaniu do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość zdaje się być bagatelizowana przez prokuraturę i organy ścigania. Jak wynika bowiem ze sprawozdania dotyczącego spraw o przestępstwa popełnione z pobudek rasistowskich, antysemickich lub ksenofobicznych prowadzonych w jednostkach organizacyjnych prokuratury w 2017 r. w stosunku do podejrzanego czynu z art. 256 § 1 k.k. wniesiono zaledwie 36 aktów oskarżenia i 5 wniosków w trybie art. 335 § 1 k.p.k.¹⁵, co oznacza, że skuteczność ścigania czynów wypełniających znamiona art. 256 § 1 k.k. kształtuje się na poziomie około 10%. Wobec powyższego pojawia się pytanie o powód takiego stanu rzeczy.

Celem niniejszego artykułu jest określenie, czy nie wynika on z trudności w ustaleniu gdzie leży granica pomiędzy wolnością słowa a zachowaniem wypełniającym znamiona czynów stypizowanych w art. 256 k.k.

2. Zakres penalizacji na gruncie obecnie obowiązującego kodeksu karnego

Art. 256 k.k. w § 1 stanowi, iż kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści na tle

¹⁵ Rzeczpospolita Polska Prokuratura Krajowa, Departament Postępowania Przygotowawczego, *Sprawozdanie dotyczące spraw o przestępstwa popełnione z pobudek rasistowskich, antysemickich lub ksenofobicznych prowadzonych w 2017 roku w jednostkach organizacyjnych prokuratury*, Warszawa 2019, PK II P 404.4.2016, <https://pk.gov.pl/dzialalnosc/sprawozdania-i-statystyki/wyciag-ze-sprawozdania-dot-spraw-o-przestepstwa-popolnione-pobudek-rasistowskich-antysemickich-lub-ksenofobicznych-prowadzonych-polroczu-2017-roku-jednostkach-organizacyjnych-prokuratury/>, 15.12.2020.

różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Z kolei § 2 wskazanego przepisu typizuje – jako *delictum sui generis*¹⁶ – i stanowi, że tej samej karze podlega, kto w celu rozpowszechniania produkuje, utrwala lub sprowadza, nabywa, przechowuje, posiada, prezentuje, przewozi lub przesyła druk, nagranie lub inny przedmiot, zawierające treść¹⁷. Natomiast¹⁸. Odnosząc się natomiast do § 4 omawianego przepisu, wspomnieć należy, że przedmioty zawierające treści propagujące faszyzm lub inny totalitaryzm, jak również treści nawołujące do nienawiści, jako *producta sceleris* podlegają przepadkowi, chociażby nie stanowiły własności sprawcy.

Wprowadzenie powyższej regulacji jest wyrazem realizacji zobowiązania wynikającego z art. 20 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, który stanowi, że popieranie w jakikolwiek sposób nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej, stanowiące podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu, powinno być ustawowo zakazane¹⁹. Omawiany przepis został usytuowany w rozdziale XXXII k.k. odnoszącym się do przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu. Dobrem chronionym są jednak nie tylko wartości konstytucyjne, takie jak zasada demokratycznego państwa prawnego, czy też prawo do równego korzystania z praw i wolności²⁰, ale także – w zakresie, w jakim art. 256 k.k. odnosi się do nawoływania do nienawiści – bezpieczeństwo osób, które

¹⁶ A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, t. 2, Warszawa 2017, komentarz do art. 256.

¹⁷ W tym miejscu należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż drugi człon § 2, obejmujący sformułowanie „będące nośnikami symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”, na mocy wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lipca 2011 r., sygn. K 11/10 (Dz.U. z 2011 r. Nr 160, poz. 964) został uznany – ze względu na wieloznaczność i niedookreśloność – za niekonstytucyjny i w konsekwencji z dniem 3 sierpnia 2011 r. utracił moc wiążącą.

¹⁸ W doktrynie podkreśla się, że celem tej konstrukcji prawnej było przeciwdziałanie nadmiernemu poszerzeniu zakresu penalizacji, jednakże w praktyce instytucja ta utrudnia ściganie – szerzej na ten temat zob. A. Herzog [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Stefański, Warszawa 2019, komentarz do art. 256.

¹⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., poz. 167).

²⁰ K. Wiak [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 256.

należą do grup, na które nienawiść ta miałaby być nakierowana²¹. Jeżeli idzie zaś o stronę przedmiotową to w pierwszej kolejności analizie należy poddać złożoną czynność sprawczą. Artykuł 256 k.k. w typie podstawowym penalizuje dwie kategorie zachowań:

- 1) czynności sprawcze polegające na propagowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwowego,
- 2) nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych lub wyznaniowych²².

Odnosząc się do pierwszej czynności sprawczej, wskazać należy, że pod pojęciem propagowanie – zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy – należy rozumieć „każde publiczne zachowanie, które stanowi upowszechnianie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, podjęte w celu przekonania do niego”²³. Co więcej owo propagowanie „może być kierowane zarówno do osób, które są już przekonane do negacji demokratycznego ustroju państwa i pochwalają ustrój totalitarny, gdyż w tym wypadku utwierdza te osoby w swoich poglądach, jak i do osób, które sprawcy chcą przekonać do swoich antydemokratycznych idei”²⁴. Ponadto w pełni aktualne wydają się być rozważania K. Wiaka, który dostrzegł, że w pojęciu propagowania występuje zarówno element obiektywny (wyrażający się w podejmowaniu czynności polegających na prezentowaniu, szerzeniu, popularyzowaniu poglądów) jak i element subiektywny (w postaci aprobującego stosunku sprawcy do upowszechnianych treści, poglądów, połączonego z zamiarem zjednoczenia, przekonania do nich)²⁵. Przedmiot popularyzowania został natomiast określony szeroko, gdyż art. 256 k.k. kryminalizuje propagowanie nie tylko faszystowskiego ale także innego totalitarnego ustroju państwa. Przy czym znaczenia tych pojęć – co podkreślił zresztą Sąd Najwyższy – jest utrwalone i stanowi notorium sądowe w rozumieniu art. 168 k.p.k.²⁶,

²¹ A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 256.

²² *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Marek, Warszawa 2010, komentarz do art. 256.

²³ Uchwała SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02, Legalis nr 52752.

²⁴ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 7 marca 2013 r., II AKa 398/12, Legalis nr 1025695.

²⁵ K. Wiak [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 256.

²⁶ Postanowienie SN z dnia 1 września 2011 r., V KK 98/11, Legalis nr 424300.

dlatego też wyjaśnianie tychże terminów w niniejszym artykule wydaje się zbyt techniczne²⁷. Warto natomiast za D. Gruszecką wskazać, że prawodawca „odnosi znamiona czynnościowe do ustroju, a nie doktryny czy ideologii”, co w konsekwencji prowadzi do konstatacji, że „propagowanie doktryny czy ideologii mieści się w zakresie karalności tylko wówczas, gdy dana ideologia znalazła swoje odzwierciedlenie w pewnych rozwiązaniach ustrojowych lub gdy takie odzwierciedlenie postuluje”²⁸. Co więcej, jak wskazuje M. Flemming i W. Kutzmann przedmiotem propagowania wypełniającym znamiona czynu penalizowanego przez art. 256 k.k. może być nawet ustrój nieistniejący w obiektywnej rzeczywistości, a będący jedynie teoretyczną ideologią²⁹.

Kwestią budzącą dotąd liczne wątpliwości i niejednocie rozstrzyganą w orzecznictwie było natomiast właściwe zakwalifikowanie czynów polegających na noszeniu symboli oraz wykonywaniu gestów identyfikowanych z ustrojem totalitarnym³⁰. Wątpliwości te rozwiła jednak uchwała SN, w myśl której „każde zachowanie, którego treścią jest rozpowszechnianie wiedzy dotyczącej ustroju państwa totalitarnego, a więc także wystawienie na widok publiczny symboli takiego państwa, czy też wykonywanie określonych gestów identyfikowanych z takim ustrojem uzasadnia odpowiedzialność karną” z tym jednak zastrzeżeniem, iż zachowania ograniczające się do wykonywania pewnych gestów, czy noszenia symboli powinny być oceniane *in concreto* z uwagi na niepowtarzalne okoliczności, które determinują, czy dane zachowanie wypełnia znamiona czynu stypizowanego w art. 256 k.k., czy też nie³¹.

²⁷ Pojęcia takie jak nazizm, faszyzm, czy szerzej totalitaryzm wyczerpująco zostały wyjaśnione w np. D. Gruszecka [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, komentarz do art. 256 k.k., jak również Z. Ćwiakalski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, red. W. Wróbel, A. Zoll, t. 2, Warszawa 2017, komentarz do art. 256 k.k.; A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 256; M. Bojarski [w:] *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym. System Prawa Karnego*, red. L. Gardocki, t. 8, Warszawa 2018, komentarz do art. 256.

²⁸ D. Gruszecka [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 256 k.k.

²⁹ M. Flemming, W. Kutzmann, *Przestępstwa przeciwko porządkowi, Rozdział XXXII Kodeksu Karnego, Komentarz*, Warszawa 1999, s. 66.

³⁰ Por. np. wyrok SA w Katowicach z dnia 4 sierpnia 2005 r., II AKa 251/05, PriP 2006, nr 2, poz. 31 oraz uchwała SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 32.

³¹ Uchwała SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 32.

Druga z kolei czynność sprawcza polegająca na “nawoływaniu do nienawiści” – zgodnie z wykładnią Sądu Najwyższego – sprowadza się do tego typu wypowiedzi, które „wzbudzają uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób lub całych grup społecznych czy wyznaniowych bądź też z uwagi na formę wypowiedzi podtrzymują i nasilają takie negatywne nastawienia i podkreślają tym samym uprzywilejowanie, wyższość określonego narodu, grupy etnicznej, rasy lub wyznania”³², przy czym – jak wynika z wyroku Trybunału Konstytucyjnego³³ – nawoływanie to „wymaga zamiaru sprawcy oddziaływania na psychikę innych osób, a więc wzbudzenia w nich najsilniejszej negatywnej emocji na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość”. W dalszej części uzasadnienia Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że samo „publiczne ujawnienie własnego poglądu (niechęci czy wrogości np. do określonej grupy społecznej ze względu na cechy narodowościowe, etniczne, rasowe czy wyznaniowe), nawet jeżeli pogląd ten jest w odczuciu społecznym nieakceptowalny czy kontrowersyjny, nie może być kwalifikowane jako „nawoływanie do nienawiści”, gdyż postawę sprawcy musi charakteryzować wzywanie innych do nienawiści, czyli najsilniejszej negatywnej emocji (...)”³⁴.

W tym miejscu wskazać należy, iż katalog pobudek (będący zresztą katalogiem *numerus clausus*) ograniczający się jedynie do różnic na tle narodowościowym, etnicznym, rasowym, wyznaniowym albo ze względu na bezwyznaniowość jest niekompletny i nie spełnia zaleceń wystosowanych do Rzeczypospolitej Polskiej przez Europejską Komisję Przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji³⁵, gdyż nie obejmuje swym zakresem motywacji wynikającej z uprzedzeń związanych np. z niepełnosprawnością, wiekiem, orientacją seksualną, czy tożsamością płciową. Jak wskazuje bowiem Rzecznik Praw Obywatelskich to właśnie sytuacja osób, które

³² Postanowienie SN z dnia 5 lutego 2007 r., IV KK 406/06, Legalis nr 81919; podobnie wyrok SA we Wrocławiu z dnia 5 lipca 2018 r., II Aka 200/18, Legalis nr 1813772.

³³ Wyrok TK z dnia 25 lutego 2014 r., SK 65/12, Legalis nr 762040.

³⁴ Tamże.

³⁵ European Commission against Racism and Intolerance, *Raport ECRI dotyczący Polski (piąty cykl monitoringu)*, Strasbourg 2015, s. 37 i n.

doświadczły przestępstwa motywowanego uprzedzeniami ze względu na orientację seksualną, tożsamość płciową, wiek czy niepełnosprawność jest szczególnie niekorzystna, gdyż mimo podobnych konsekwencji psychologicznych i społecznych, wynikających z doświadczenia nienawiści, osoby te nie podlegają ochronie w takim stopniu jak osoby dotknięte przestępstwem motywowanym nienawiścią na tle rasowym, narodowościowym, etnicznym czy wyznaniowym³⁶. Dlatego też podjęcie inicjatywy ustawodawczej w kierunku rozszerzenia katalogu uprzedzeń implikujących odpowiedzialność karną również na tle innym niż dotychczas wydaje się być nie tylko w pełni uzasadnione, ale nawet konieczne. Oczywiście wprowadzenie postulowanych zmian normatywnych winno być poprzedzone refleksją nad ich zakresem, tak aby uniknąć nadmiernej restrykcyjności tworzącej wrażenie cenzury, jak również ustrzec się przed pozbawieniem ochrony podmiotów, które nie mieszczą się w przyjętych kryteriach³⁷.

Odnosząc się natomiast do wieloodmianowego zachowania zabronionego stypizowanego w art. 256 § 2 k.k. stwierdzić należy, że jest to w istocie przejaw penalizacji czynności przygotowawczych do typu podstawowego wyrażonego w art. 256 § 1 k.k. – zachowanie kryminalizowane w § 2 polega bowiem na produkowaniu, utrwalaniu lub sprowadzaniu, nabywaniu, przechowywaniu, posiadaniu, prezentowaniu, przewożeniu lub przesyłaniu druku, nagrania lub innego przedmiotu, zawierających treść określoną w art. 256 § 1 k.k.³⁸

Podkreślenia wymaga także, że przestępstwo podstawowe z art. 256 § 1 k.k. (polegające zarówno na propagowaniu, jak i nawoływaniu do nienawiści) oraz typ wieloodmianowy z art. 256 § 2 k.k. są przestępstwami umyślnymi i mogą zostać popełnione jedynie w zamiarze bezpośrednim

³⁶ Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 19 lutego 2019 r. do Prezesa Rady Ministrów, sygn. XI.518.50.2017.MS, <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wyst%C4%85pienie%20do%20Prezesa%20Rady%20Ministr%C3%B3w%20z%20rekomendacjami%20ws.%20walki%20z%20mow%C4%85%20nienawi%C5%9Bci.pdf>, 12.12.2020.

³⁷ Szerzej: E. Łętowska, *Zwodnicze uroki pokusy karania hate speech*, <https://studioopinii.pl/archiwa/60606>, 13.12.2020

³⁸ A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 256.

oraz w konkretnej intencji (*dolus directus coloratus*)³⁹. Dla realizacji znamion typu czynu nie jest natomiast konieczne wystąpienie skutku, gdyż przestępstwo z art. 256 § 1 k.k. – w obu odmianach – jest przestępstwem formalnym, co oznacza, iż jest ono dokonane z chwilą ukończenia samego czynu⁴⁰. Jak wskazuje M. Kalitowski, „przestępstwo to jest przestępstwem bezskutkowym, gdyż jest dokonane z momentem nawoływania do nienawiści, niezależnie od tego, czy uczucie takie u innych osób powstanie, i niezależnie od tego, do czego ewentualnie doprowadzi”⁴¹. Tym samym dla realizacji jego znamion nie jest konieczne wystąpienie skutku w postaci przekonania odbiorcy do prezentowanych poglądów, wystarcza natomiast, aby działanie polegające na propagowaniu, czy też nawoływaniu miało charakter publiczny. Oznacza to, że działania wypełniające znamiona z art. 256 § 1 k.k. muszą być skierowane do szerszego, bliżej nieokreślonego grona odbiorców⁴². Natomiast nakłanianie zindywidualizowanej osoby może zostać zakwalifikowane jako forma zjawiskowa, a konkretnie jako podżeganie do czynu zabronionego⁴³. Jeśli idzie zaś o charakter przestępstwa wieloodmianowego, stypizowanego w art. 256 § 2 k.p.k. stwierdzić należy, iż ma ono również charakter formalny. Oznacza to, że jego popełnienie nie jest zależne od wystąpienia skutku, lecz podjęcia jednej z czynności sprawczych⁴⁴. Innymi słowy wystarczające jest zrealizowanie znamienia czasownikowego, tj. produkowania, utrwalania, sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia, przesyłania druku, nagrania lub innego przedmiotu zawierającego treść propagującą faszystowski lub inny totalitarny ustroj państwa lub nawołującą do nienawiści.

W § 3 art. 256 k.k. ustawodawca utworzył z kolei swoisty kontratyp, którego wystąpienie wyłącza bezprawność zachowań opisanych

³⁹ Tamże.

⁴⁰ M. Mozgawa [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, Gdańsk 2020, komentarz do art. 256, jak również Z. Cwiakalski [w:] *Kodeks...*, Komentarz do art. 256 oraz D. Gruszecka [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 256.

⁴¹ M. Kalitowski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, komentarz do art. 256.

⁴² K. Wiak [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 256.

⁴³ Por. K. Wiak [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 256.

⁴⁴ A. Herzog [w:] *Kodeks...*, komentarz do art. 256.

w art. 256 § 2. Oznacza to, że dopuszczalne jest produkowanie, utrwalanie lub sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie druku, nagrania lub innego przedmiotu, zawierających treść określoną w § 1 o ile tylko odbywa się to w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej. Jak trafnie wskazuje A. Michalska-Warias „wskazane w art. 256 § 3 k.k. wyłączenie bezprawności po bliższej analizie wydaje się stanowić pewne ustawowe *superfluum*, z tego powodu, że w świetle art. 256 § 2 KK przestępstwa nie stanowi samo produkowanie, posiadanie i pozostałe zachowania, ale dopiero zachowania takie podejmowane „w celu rozpowszechniania”, a – jak się wydaje – typowa działalność artystyczna, edukacyjna, kolekcjonerska lub naukowa z reguły nie będzie miała takiego celu. Kontratyp nie obejmuje zresztą ewentualnego publicznego propagowania lub nawoływania do nienawiści przez kogokolwiek, w tym przez osoby czyniące to w ramach którejś ze wskazanych w § 3 działalności”. Kontratyp ten spotkał się z krytyką części doktryny z tego również względu, że pod płaszczykiem działań pozorowanych, np. Artystycznych, może dochodzić do propagowania lub wyzwalania nienawiści (*ergo* nawoływania do niej)⁴⁵, a ponadto – podnosząc zupełnie inny kontrargument – wskazywano na brak logiki tego przepisu przejawiający się w niemożności przypisania przestępczego zamiaru działalności naukowej, kolekcjonerskiej etc.⁴⁶

Niezależnie od powyższych trafnych uwag podnoszonych przez przedstawicieli doktryny okoliczność wyłączająca bezprawność ma miejsce jedynie we wskazanych wyżej przypadkach (działalność artystyczna, edukacyjna, kolekcjonerska i naukowa), a we wszystkich pozostałych sytuacjach realizacja znamion typu czynu zabronionego w art. 256 k.k. podlega penalizacji. Takie rozwiązanie normatywne – *prima facie* – zdaje się być co do zasady właściwym i uwzględniającym rangę wolności słowa,

⁴⁵ M. Malecki, *Kontratyp sztuki de lege lata* [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Ciepły, Warszawa 2014, s. 136–149.

⁴⁶ W Kulesza, *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi de lege praevia, lata et ferenda)* [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 430–432.

która jest jedną z podstawowych wolności człowieka. Jednakże z uwagi na postulat rozszerzenia katalogu uprzedzeń implikujących odpowiedzialność karną również na tle innym niż dotychczas (a więc wykraczającym poza kryteria takie jak różnice na tle narodowościowym, etnicznym, rasowym, wyznaniowym albo ze względu na bezwyznaniowość) koniecznym jest przeanalizowanie międzynarodowych i krajowych standardów wolności słowa i odniesienie ich do regulacji art. 256 k.k.

3. Międzynarodowe i krajowe standardy wolności słowa

Wolność wypowiedzi chroniona jest m.in. przez art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁴⁷, art. 11 Karty Praw Podstawowych⁴⁸, decyzję ramową Rady 2008/913/WSiSW z 28 listopada 2008 roku w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych⁴⁹ oraz szereg innych przepisów regulujących problematykę dyskryminacji grup ludzi ze względu na określone cechy, jak np. Międzynarodową Konwencję w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej⁵⁰.

Spośród wymienionych wyżej aktów prawnych o randze międzynarodowej najistotniejszą regulacją z perspektywy niniejszego artykułu jest właśnie Europejska Konwencja Praw Człowieka⁵¹, która w art. 10 ust. 1 deklaruje prawo do swobody wypowiedzi, a w ust. 2 określa jej granice. Artykuł 10. ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka stanowi

⁴⁷ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) – dalej: Konwencja lub EKPC.

⁴⁸ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2000 r. (Dz.Urz. UE C 326, s. 391).

⁴⁹ Decyzja Ramowa Rady 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych (Dz.Urz. UE L 328, s. 55).

⁵⁰ Międzynarodowa Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej otwarta do podpisu w Nowym Jorku dnia 7 marca 1966 r. (Dz.U. z 1969 r. Nr 187, poz. 25).

⁵¹ Na marginesie wskazać należy, że Polska podpisała Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzoną w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) dokładnie w dniu przystąpienia do Rady Europy, czyli dnia 26 listopada 1991 roku.

bowiem, że „każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii, a prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe (...)”. Natomiast art. 10 ust. 2 tegoż dokumentu wskazuje na klauzule limitacyjne wolności słowa *sensu largo*, gdyż zgodnie z jego brzmieniem „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”.

W tym miejscu wskazać należy, że art. 10 EKPC powinien być rozpatrywany łącznie z art. 14 statuującym zakaz dyskryminacji (zgodnie z brzmieniem tego przepisu „korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn) oraz łącznie z art. 17, który wprowadza zakaz nadużywania prawa i stanowi, że „żadne z postanowień niniejszej Konwencji nie może być interpretowane jako oznaczające dla jakiegokolwiek Państwa, grupy lub osoby wszelkie prawa do angażowania się w jakąkolwiek działalność lub wykonywania jakichkolwiek działań mających na celu zniszczenie któregoś z nich prawa i wolności określone w niniejszym dokumencie lub na ich ograniczenie w większym stopniu niż jest to przewidziane w Konwencji”.

Z analizy powyższych konwencyjnych przepisów wynika, że wolność ekspresji, wyrażona w artykule 10 Konwencji, jest antidotum na arbitralną ingerencję władz publicznych w sferę praw i wolności człowieka, na którą – jak wskazał za Europejskim Trybunałem Praw Człowieka

M. Nowicki – nie ma miejsca w państwie rządzącym się prawem⁵². Wolność wypowiedzi i opinii nie jest jednak wartością absolutną i może podlegać ograniczeniom⁵³, jednakże „każda ingerencja w swobodę wypowiedzi musi być przewidziana przez prawo i służyć uprawnionemu celowi”⁵⁴. Innymi słowy ograniczenie wolności słowa może nastąpić wyjątkowo, po uprzednim dokonaniu trójstopniowego testu dopuszczalności ingerencji państwa w wolność słowa. Powyższy trójstopniowy system oceny zakłada, że ograniczenie wolności słowa może mieć miejsce, gdy kumulatywnie spełnione są następujące przesłanki:

- I) ograniczenie to następuje w drodze aktu prawnego – ustawy (wymóg formalny);
- II) ograniczenie to jest celowe i mieści się w katalogu klauzul limitacyjnych z art. 10 ust. 2 Konwencji (tj. jest konieczne z uwagi na zapobieżenie zakłóceniu porządku lub przestępstwu, 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);
- III) wprowadzenie ograniczenia jest niezbędne w państwie demokratycznym i spełnia test proporcjonalności (tzn. w chwili wprowadzenia ograniczenia istniała pilna potrzeba społeczna wymagająca reakcji władz i była ona proporcjonalna);

Odnosząc się natomiast do krajowych standardów wolności słowa wskazać należy, że prawo do wolności wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji zagwarantowane jest w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym „każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”. Z drugiej strony art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wprowadza – podobnie zresztą jak art. 10 ust. 2 Konwencji – klauzule limitacyjne i stanowi, iż „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych

⁵² M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017, LEX, komentarz do art. 10 EKPC.

⁵³ Zob. I.C. Kamiński, *Ograniczenie swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka: analiza krytyczna*, Warszawa 2010; jak również: E. Guzik-Makaruk, *Wolność myśli, sumienia i nyznania w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, ZNWSAP 2003.

⁵⁴ M.A. Nowicki, *Wokół...*

wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”, przy czym ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw⁵⁵. Test dopuszczalności ingerencji państwa w sferę wolności słowa jest wobec tego podobnie skonstruowany zarówno w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jak i w Konstytucji RP. Różnica jest widoczna jedynie w sformułowaniu klauzul limitacyjnych, które tylko po części są tożsame, gdyż w Konstytucji RP nie wyartykułowano *expressis verbis* klauzuli ochrony informacji poufnych i powagi sądu.

4. Orzecznictwo strasburskie

Celem uzupełnienia powyższych rozważań dotyczących konwencyjnych standardów wolności słowa należy odnieść się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wydanego na kanwie art. 10 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Z analizy licznych judykatów wynika, iż art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w pierwszej kolejności chroni przed arbitralną ingerencją władz publicznych w tą wolność (w ust. 1 statuuje bowiem prawo każdej osoby do wolności wyrażania opinii), natomiast dopiero w drugiej kolejności wprowadza pewne ograniczenia tego prawa i jednocześnie określa pozytywne obowiązki państwa w tej kwestii. Potwierdza to dodatkowo, że wolność słowa jest uznawana za jedną z podstawowych wolności i praw, a jej ograniczanie może nastąpić jedynie w wyjątkowych i usprawiedliwionych sytuacjach.

Za M. Nowickim⁵⁶ wskazać należy, że postawę filozoficzną przyjmowaną w sprawach dotyczących ingerencji państwa w sferę wolności słowa Europejski Trybunał Praw Człowieka po raz pierwszy sformułował w judykacie dotyczącym sprawy *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*⁵⁷. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że „swoboda wypowiedzi

⁵⁵ Zob. *Mowa nienawiści a wolność słowa: aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, Warszawa 2010.

⁵⁶ M.A. Nowicki, *Wokół...*

⁵⁷ Wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r., nr 5493/72, *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, LEX nr 80798.

jest jednym z filarów demokratycznego społeczeństwa, podstawą jego rozwoju i warunkiem samorealizacji jednostki”. Co więcej Trybunał zaznaczył, że wolność słowa nie może obejmować wyłącznie informacji i poglądów odbieranych przychylnie albo postrzeganych jako nieszkodliwe lub obojętne, ale i takie, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie albo w jakiejś grupie społeczeństwa, gdyż wymaga tego pluralizm, tolerancja i otwartość, bez których demokratyczne społeczeństwo nie istnieje⁵⁸. Stanowisko, zgodnie z którym prawo do wolności wyrażania opinii obejmuje nie tylko przekonania, które spotykają się z przychylną reakcją lub są uznawane za nieobraźliwe lub indyferentne, ale również te, które obrażają, szokują czy wzbudzają niepokój zostało dodatkowo ugruntowane w późniejszych judykatach wydanych na kanwie art. 10 Konwencji⁵⁹.

Niemniej jednak Trybunał każdorazowo oceniając, czy w konkretnym przypadku doszło do zrealizowania zachowania noszącego znamiona szerzenia nienawiści (w szerokim rozumieniu tego wyrażenia) „skrupulatnie rozróżnia w swoich orzeczeniach pomiędzy, z jednej strony autentycznym i poważnym nawoływaniem do ekstremizmu, i z drugiej strony, prawem jednostek (włączając dziennikarzy i polityków) do swobodnego wyrażania swoich poglądów oraz do obrażania, szokowania lub poruszania innych”⁶⁰. Wobec tego rozważenie, czy w danym przypadku powinno dojść do ingerencji państwa w wolność słowa jednostki winno mieć na celu „zapewnienie rzetelnej równowagi (*fair balance*) pomiędzy interesem publicznym a interesami osób indywidualnych”⁶¹. Również w najnowszym orzecznictwie Trybunał wskazuje, że ingerencja w wolność wyrażania opinii będzie stanowić naruszenie art. 10, chyba że jest «przewidziana przez ustawę», realizuje jeden lub więcej uprawnionych

⁵⁸ Tamże.

⁵⁹ Zobacz np. Wyrok ETPC z dnia 25 sierpnia 1988 r., nr RJD 1998-VI, *Hertel przeciwko Szwajcarii*, Wyrok ETPC z dnia 15 lutego 2005 r., nr 68416/01, *Steel and Morris przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, Wyrok ETPC z dnia 13 lipca 2012 r., nr 16354/06, *Mouvement raëlien suisse (Szwajcarska Sekcja Ruchu Raëlińskiego) przeciwko Szwajcarii*, Decyzja ETPC z dnia 27 czerwca 2017 r., nr 34367/14, *Belkacem przeciwko Belgii*.

⁶⁰ Wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r., nr 5493/72, *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*.

⁶¹ Wyrok ETPC z dnia 6 maja 2003 r., nr 44306/98, *Appleby i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*.

celów wskazanych w art. 10 ust. 2 oraz jest „niezbędna w demokratycznym społeczeństwie” dla zrealizowania tych celów⁶². Przy czym wskazane wyżej kryterium ustawowej określoności wymaga, by zaskarżony środek miał podstawę prawną w prawie krajowym oraz „odnosi się także do jakości przedmiotowego prawa, które powinno być dostępne zainteresowanej osobie, a jego skutki powinny być przewidywalne”⁶³. Co więcej, w świetle strasburskich standardów ograniczenie wolności wypowiedzi wymaga oceny, czy owe ograniczenie jest uzasadnione „wrażną, nagłą i szczególnie potrzebą społeczną (*clear, pressing and specific social need*)”⁶⁴. Dla przykładu, wówczas jeszcze Europejska Komisja Praw Człowieka w sprawie *Kühnen przeciwko RFN*⁶⁵ uznała, iż „zasadnym jest skazanie osoby, która rozpowszechniała opinie nawołujące do odbudowy rasistowskiego systemu narodowego socjalizmu”, gdyż takie ograniczenie wolności ekspresji uznała za niezbędne w demokratycznym społeczeństwie ze względu na interes bezpieczeństwa państwowego i publicznego. Co więcej, jak wynika z orzecznictwa Trybunału, nie tylko samo propagowanie ustrojów totalitarnych winno podlegać kryminalizacji, ale również powinno jej podlegać kwestionowanie istnienia zbrodni przeciwko ludzkości, publiczne zniesławienia grupy osób, czy nawoływanie do nienawiści rasowej⁶⁶, gdyż „zaprzeczanie zbrodni przeciwko ludzkości jest jedną z najpoważniejszych form dyskryminacji rasowej (...) i nawoływania do nienawiści do nich”⁶⁷. Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż potrzeba napiętnowania przypadków negowania Holocaustu i innych zbrodni przeciwko ludzkości nie narusza prawa do poszukiwania prawdy historycznej, która jest integralną częścią swobody wypowiedzi⁶⁸, o ile tylko owo poszukiwanie prawdy historycznej nie jest kwestionowaniem jasno ustalonych faktów historycznych.

⁶² Wyrok ETPC z dnia 26 marca 2020 r., nr 44229/11, *Pendov przeciwko Bugarii*.

⁶³ Wyrok ETPC z dnia 20 stycznia 2020 r., nr 201/17, *Magyar Kétfarkú Kutya Part przeciwko Węgrom*.

⁶⁴ Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008r., nr 33629/06, *Vajnai przeciwko Węgrom*.

⁶⁵ Postanowienie EKPC z dnia 12 maja 1988 r., nr 12194/86, *Kühnen przeciwko Republice Federalnej Niemiec*.

⁶⁶ Wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 2003 r., nr 65831/0, *Garandy przeciwko Francji*.

⁶⁷ Tamże.

⁶⁸ Wyrok ETPC z dnia 31 stycznia 2006 r., nr 64016/00, *Giniewski przeciwko Francji*, Legalis nr 121299.

Wobec powyższego nie budzi wątpliwości fakt, iż pewne rodzaje wypowiedzi pozostają poza granicami ochrony wynikającej z art. 10 ust. 1 Konwencji. Granice te winny być rekonstruowane na podstawie klauzul limitacyjnych wskazanych w art. 10 ust. 2 Konwencji, takich jak: porządek publiczny, ochrona zdrowia i moralności, ochrona dobrego imienia i praw innych osób, ochrona informacji poufnych, a także ochrona powagi i bezstronności władzy sądowej.

Co więcej, Trybunał wielokrotnie podkreślał także, że ograniczenie wolności wypowiedzi implikuje konieczność wypełnienia przez państwo pewnych obowiązków, których celem jest stworzenie takich ograniczeń wolności słowa, które będą proporcjonalne, a tym samym dopuszczalne w państwie demokratycznym (mowa tutaj o omówionym w pkt 3 niniejszego artykułu trójstopniowym teście). Przy czym – zgodnie z wyrokiem Trybunału w sprawie *Appleby i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* – „zakres tych obowiązków pozostaje zawsze zróżnicowany, stosownie do odmienności sytuacji w poszczególnych państwach oraz do istniejących tam priorytetów i zasobów. Obowiązków tych nie można też ujmować w sposób nakładający na władze obciążenia o charakterze nierealistycznym lub dysproporcjonalnym”⁶⁹, natomiast – zgodnie z wyrokiem Trybunału w sprawie *Bédat przeciwko Szwajcarii* – „ocena legalności środków ograniczających wolność wypowiedzi i ich zgodności z wymaganiami Konwencji musi być dokonywana z uwzględnieniem okoliczności istniejących w okresie ich podejmowania, a nie później”⁷⁰.

5. Konkluzja

Wolność słowa, wolność wypowiedzi, czy też wolność ekspresji jest jedną z podstawowych wolności jednostki, jednakże nie stanowi ona wartości absolutnej. Oznacza to, że owa wolność podlega jedynie takim ograniczeniom, które są niezbędne w społeczeństwie demokratycznym. Ochrony prawnej w kontekście swobody wypowiedzi pozbawione są zachowania wyczerpujące znamiona tzw. przestępstw z nienawiści, czyli

⁶⁹ Wyrok ETPC z dnia 6 maja 2003 r., nr 44306/98, *Appleby i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*.

⁷⁰ Wyrok ETPC z dnia 29 marca 2016 r., nr 56925/08, § 52, *Bédat przeciwko Szwajcarii*.

również zachowania polegające na publicznym propagowaniu faszyzmu lub innego ustroju totalitarnego oraz polegające na nawoływaniu do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Granica pomiędzy wolnością słowa, a zachowaniem wypełniającym znamiona czynu stypizowanego w art. 256 k.k. wytyczana jest za pomocą klauzul limitacyjnych wskazanych zarówno w art. 10 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jak i w art. 31 Konstytucji RP. Przy czym ograniczenia te – jak wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – są akceptowane jako niezbędne aby zapobiec nadużyciom praw i ochrony godności ludzkiej.

Artykuł 256 k.k., będący przedmiotem analizy niniejszego opracowania, odpowiada wymaganiom trójstopniowego testu ingerencji państwa w sferę wolności słowa, a to z tego względu, iż został wprowadzony w drodze ustawy, a ponadto jest celowy i proporcjonalny. Powyższe znajduje zresztą potwierdzenie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 lutego 2014 roku, w którym organ ten stwierdził, że „ograniczenie to [art. 256 k.k.] spełnia wymóg ustawowej regulacji i jest konieczne w państwie demokratycznym dla jego bezpieczeństwa, porządku publicznego oraz wolności i praw innych osób, zwłaszcza z powodu rasy, płci, języka, wyznania lub jego braku, pochodzenia społecznego, urodzenia oraz majątku (art. 233 ust. 2 Konstytucji)”, a także „znajduje ono silne uzasadnienie aksjologiczne na gruncie obowiązującej Konstytucji: w zasadzie przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka (art. 30 Konstytucji) oraz zakazie istnienia partii politycznych i innych organizacji odwołujących się w swoich programach do totalitarnych metod i praktyk działania nazizmu, faszyzmu i komunizmu, a także tych, których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową (art. 13 Konstytucji)”⁷¹.

Wobec tego zarzut, że przepis art. 256 k.k. jest zbyt daleko idącą ingerencją w wolność ekspresji jest chybiony. Co więcej można nawet powiedzieć, że ingerencja w wolność wypowiedzi w przypadku art. 256 k.k. jest mniej inwazyjna niż wymagają tego konwencyjne

⁷¹ Wyrok TK z dnia 25 lutego 2014 r., SK 65/12, Legalis nr 762040.

standardy. W szczególności – na co zwracał już zresztą uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich⁷² i Europejska Komisja Przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji⁷³ – w polskim prawie karnym brakuje regulacji kryminalizujących przestępstwa motywowane uprzedzeniami z takich względów jak: niepełnosprawność, wiek, orientacja seksualna, czy tożsamość płciowa. Kolejną poważną luką prawną jest brak w polskim kodeksie karnym definicji systemowej pojęcia „mowa nienawiści”⁷⁴, czy wreszcie brak karalności samego członkostwa w organizacjach promujących lub podlegających do nienawiści rasowej oraz brak kwalifikacji uwzględniającej motywację rasistowską lub ksenofobiczną w przypadku przestępstw innych niż znieważenie, groźba bezprawna, naruszenie nietykalności lub przemoc⁷⁵, dlatego też należy rozważyć ich uzupełnienie, mając oczywiście na względzie rangę wolności słowa.

⁷² *Pismo...*

⁷³ European Commission against Racism and Intolerance, *Raport...*, s. 37 i n.

⁷⁴ Obecnie pojęcie to rekonstruowane jest bowiem na podstawie kilku przepisów, m.in. art. 119 § 1 k.k. (który to przepis stanowi, że kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5), art. 256 § 1 k.k. (kryminalizującego propagowanie faszyzmu lub innego ustroju totalitarnego jak również nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość) oraz art. 257 k.k. (penalizującego publiczne znieważanie grupy ludności albo poszczególnych osób z powodu ich przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości). Brak jednolitej definicji rodzi liczne trudności interpretacyjne, co bez wątpienia nie ułatwia kwalifikowania stanów faktycznych organom ścigania i sądom. Wobec tego postulat – podniesiony już zresztą przez Rzecznika Praw Obywatelskich – aby wprowadzić do kodeksu karnego definicję mowy nienawiści przygotowaną przez Komitet Rady Ministrów Rady Europy jest godny realizacji.

⁷⁵ M. Pawłęga, P. Godzisz, *Przestępstwa motywowane nienawiścią – dylematy, wyzwania, strategie*, <http://www.mowianienawisci.info/wp-content/uploads/2016/10/2016-SIP-Lambda-RiB-KPPMU-Przestepstwa-1.pdf>, 15.12.2020.

Streszczenie

Odpowiedź na pytanie, gdzie leży granica pomiędzy zakazem publicznego propagowania faszyzmu lub innego ustroju totalitarnego, jak również nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, a wolnością słowa gwarantowaną m.in. przez art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka nie jest zadaniem łatwym. Aby udzielić odpowiedzi na stawiane pytanie koniecznym jest przeanalizowanie treści art. 256 obecnie obowiązującego kodeksu karnego, art. 10, 14 i 17 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz orzecznictwa strasburskiego. Impulsem do powstania artykułu jest rosnąca liczba przestępstw motywowanych nienawiścią (w szczególności przestępstw polegających na propagowaniu faszyzmu lub innego ustroju totalitarnego) co wskazuje na fakt, iż jest to problem niezwykle aktualny.

Słowa kluczowe: prawo karne, przestępstwa motywowane nienawiścią, propagowanie faszyzmu, wolność słowa, orzecznictwo strasburskie.

The prohibition on publicly propagating fascism or totalitarianism and international standards of freedom of expression – comments on the ECtHR’s jurisprudence

S u m m a r y

Locating the appropriate boundary between the prohibition on publicly propagating fascism or totalitarianism (and inciting hatred on the basis of nationality, ethnicity, racial or denominational differences) and the freedom of speech guaranteed *inter alia* by Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR), is a difficult task. It requires an analysis of Article 256 of Poland’s existing Criminal Code, read in conjunction with Articles 10, 14 and 17 of the ECHR and the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) in Strasbourg. The need for such an article is evident when account is taken of the growing number of hate-motivated crimes (particularly crimes consisting in propagating fascism or other totalitarian systems). This is clearly an extremely topical problem.

Keywords: criminal law, crimes motivated by hate, promoting fascism, freedom of speech, Strasbourg case law.

mgr Monika Czechowska

University of Wrocław

Faculty of Law, Administration and Economy

ul. Uniwersytecka 22/26

50-145 Wrocław, Poland

e-mail: monika.czechowska@uwr.edu.pl