

Andrzej Sakowicz

Glosa do uchwały SN z 28 marca 2002 r.

Palestra 48/3-4(543-544), 238-243

2003

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Głosa do uchwały SN z 28 marca 2002 r.

I KZP 5/2002*

Teza głosowanej uchwały brzmi:

Propagowanie, w rozumieniu art. 256 k.k., oznacza każde zachowanie polegające na publicznym prezentowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, w zamiarze przekonania do niego.

Wolność wypowiedzi stanowi jeden z najważniejszych składników demokracji. Już ponad 2300 lat temu jeden z największych myślicieli, Arystoteles, określił ją jako „największe z dóbr zewnętrznych ludzkości”¹. Trudno jednak zgodzić się z tym twierdzeniem patrząc przez pryzmat uchwały SN, która zbyt szeroko wyznaczyła granice kryminalizacji propagowania faszyzmu lub innego totalitarnego ustroju państwowego na gruncie art. 256 k.k.

Pojęcie „wolność wypowiedzi” obejmuje swym zakresem wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe². Stanowi wartość zapewniającą samodzielność podejmowania decyzji i autonomię działania. Te dwie cechy wyrażają się w możliwości swobodnego poszukiwania, otrzymywania, wyrażania oraz rozpowszechniania poglądów i informacji za pomocą słowa mówionego, pisanego, druku, gestu czy dzieła sztuki³. Według Z. Cybichowskiego wolność słowa zawiera w

* OSNKGW 2002, z. 5–6, poz. 32.

¹ Arystoteles, *Etyka Nikomachejska* (w:) *Dzieła wszystkie*, t. 5, Warszawa 1995, s. 242; T. Zieliński, *Granice wolności wypowiedzi*, Rzeczpospolita z 22 listopada 1993 r.

² M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Zakamycze 2000, s. 288.

³ A. Frankiewicz (w:) B. Banzak, A. Preisner, *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 362; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 76.

sobie prawo do wyboru formy słowa i prawo wyboru słuchaczy, zatem należy uznać, że określone poglądy mogą być wyrażane w dowolnej postaci⁴.

Zasadnicze znaczenie w regulacji wolności wypowiedzi odgrywa Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.⁵, która odnosi się do wolności wypowiedzi w artykułach 14, 54 i 213. Podstawową wagę ma jednak art. 54, który w ust. 1 stwierdza, że „każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”. Brak określenia w artykule 54 klauzuli limitacyjnej powoduje, że ingerencja w wolność słowa może zostać dokonana tylko wtedy, gdy jest konieczna w demokratycznym państwie dla zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Art. 31 ust. 3 wyznacza jedynie podstawowe warunki jakie musi spełniać ingerencja państwa w sferę praw człowieka⁶, w tym m.in. w wolność słowa.

Każda ingerencja musi zostać jednak poprzedzona tzw. testem konieczności (proporcjonalności) ograniczenia wolności i praw, w celu zapobiegnięcia przekroczenia zakresu niezbędnego⁷. Dodatkowo, ograniczenia wolności i praw w świetle art. 31 ust. 3 zd. 2 nie mogą naruszać ich istoty, gdyż jak słusznie dostrzegł TK w orzeczeniu z 11 stycznia 1999 r. „istnieją pewne nienaruszalne rdzenie każdego prawa lub wolności, które muszą pozostawać wolne od ingerencji prawodawcy, nawet w sytuacji, gdy działa on w celu ochrony wartości z art. 31 ust. 3”⁸.

W związku z postanowieniem Konstytucji, według której ratyfikowana umowa międzynarodowa stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, czyli posiada charakter *self-executing* (art. 91 ust. 1), Polskę wiążą międzynarodowe standardy wolności wypowiedzi, wypracowane w oparciu o art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁹ (dalej:

⁴ Z. Cybichowski, *Polskie Prawo Państwowe. Na tle uwag z dziedziny nauki o państwie i porównawczego prawa państwowego*, Warszawa 1925, s. 149–151.

⁵ Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483.

⁶ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 94.

⁷ Wyrok TK z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94 OTK 1995, nr 1, poz. 12; zob. M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności – granice władzy (w:) Obywatel – jego wolności i prawa. Zbiór studiów przygotowanych z okazji 10. lecia Rzecznika Praw Obywatelskich 1988–1998*, Warszawa 1995, s. 51; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2001, s. 102–104.

⁸ Wyrok TK z 11 stycznia 1999 r., P 2/98 OTK 1999, nr 1, poz. 2; wyrok TK z 25 maja 1999 r., SK 9/98 OTK 1999, nr 4, poz. 78; wyrok TK z 11 stycznia 2000 r., P 11/99 OTK 2000, nr 1, poz. 3.

⁹ Definicja „wolność wypowiedzi” została po raz pierwszy sformułowana przez ETPCz w orzeczeniu *Handyside v. Wielka Brytania* z 7 grudnia 1976 r., w którym to trybunał stwierdził, iż „Wolność wypowiedzi jest jednym z filarów demokratycznego społeczeństwa, podstawą jego rozwoju i warunkiem samorealizacji jednostki (...), wymaga tego pluralizm, tolerancja i otwartość, bez których demokratyczne społeczeństwo nie istnieje”. Patrz szerzej: M. A. Nowicki, *Swoboda wypowiedzi. Standardy Europejskiej Konwencji Praw człowieka – wybrane zagadnienia (w:) Obywatel – jego wolności i prawa*.

EKPCz) oraz art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁰.

Według umów międzynarodowych, każda ingerencja w wolność wypowiedzi musi być określona precyzyjnie przez prawo i służyć określonej celowi¹¹. Zgodnie z art. 10 ust. 2 EKPCz za podstawę ingerencji może służyć: bezpieczeństwo państwowe, integralność terytorialna lub bezpieczeństwo publiczne, konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, ochrona zdrowia i moralności, ochrona dobrego imienia i praw innych osób, zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych, zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

Granice wolności wypowiedzi w dużym stopniu wyznaczane są przez przepisy karne. Wiadome jest, że te granice muszą być wyznaczone w prawie karnym państwa o demokratycznym ustroju politycznym inaczej niż w państwie totalitarnym. Dlatego autorzy kodeksu karnego z 1997 r. poczynili daleko idące zmiany w porównaniu z regulacjami zawartymi w k.k. z 1969 r., które zostały przeniesione do tegoż k.k. z tzw. małego kodeksu karnego¹², służącego m.in. do tłumienia wolności słowa¹³.

Uregulowanie zawarte we k.k. z 1969 r. odnosiło się w art. 270 § 2 do pochwalania faszyzmu lub jakiegokolwiek jego odmiany, gdy obecne rozwiązanie na gruncie art. 256 k.k. posługuje się zwrotem – propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa. Ustawodawca w art. 256 k.k. położył akcent na wymóg, dla bytu przestępstwa bardziej aktywnego, zaangażowanego działania, skierowanego na przekonanie adresata do faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju¹⁴. Nadto przestępstwo to musi być popełnione ze szczególnym zabarwionym zamiarem wyrażenia aprobaty dla takich ustrojów (*dolus directus coloratus*)¹⁵. Oznacza to, że nie stanowią przestępstwa pochwały, nawet wypowiediane pu-

Zbiór studiów przygotowanych z okazji 10. lecia Rzecznika Praw Obywatelskich 1988–1998, Warszawa 1998, s. 111; L. Gardocki, *Europejskie standardy wolności wypowiedzi...*, s. 11; *Case law concerning article 10 of the European Convention on Human Rights*, Human rights files No. 18, Strasbourg 2001, s. 47.

¹⁰ Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

¹¹ A. Młynarska, K. Skotnicki, *Wolność wypowiedzi i jej ograniczenia w świetle Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych*, Poznań 1996, s. 103; C. Mik, *Wolność wypowiedzi w prawie polskim*, Szkoła Praw Człowieka 1998, z. 4, s. 138.

¹² Dekret z 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa, Dz.U. z 1946 r. Nr 30, poz. 192 z późn. zm.; Penalizacja określonych zachowań związanych z pochwalaniem faszyzmu występowała również w art. 103 Kodeksu karnego Wojska Polskiego z 23 września 1944 r. Dz.U. z 1944 r. Nr 6, poz. 27.

¹³ L. Gardocki, *Granice wolności słowa w projekcie kodeksu karnego, „Palestra”* 1993, nr 12, s. 103.

¹⁴ M. Flemming (w.): M. Flemming, W. Kutzmann, *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu. Rozdział XXXII kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 66.

¹⁵ Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 287; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 659; tegoż *Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 2000, s. 255.

blicznie, jeśli są manifestacją osobistych poglądów bez zamiaru przekonania kogokolwiek¹⁶.

Słusznie zauważył SN w głosowanej uchwale, że czynność sprawcza – propaguje – jest zakresowo szersza od czynności sprawczej – pochwała, co potwierdza wykładnia gramatyczna¹⁷. Znamię czasownikowe – propaguje – pochodzi od łacińskiego słowa *propago*, oznaczającego – upowszechnić, krzewić, szerzyć jakieś poglądy bądź idee¹⁸. Takie znaczenie „propagowania” przyjmuje większość słowników¹⁹.

Propagowanie może być połączone z pochwalaniem, a pochwalanie niekoniecznie musi łączyć się z zamiarem propagowania. Nie są to także wyrazy bliskoznaczne²⁰, mimo istnienia przeciwnego poglądu²¹.

Wykładnia zwrotu „propagowanie” dokonana przez SN na gruncie art. 256 k.k., uznająca „propagowanie” za każde zachowanie polegające na publicznym prezentowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, w zamiarze przekonania do niego, jest *stricte* językową, co powoduje, że jest nazbyt szeroka. Sąd Najwyższy powinien sięgnąć dalej, a mianowicie zastosować wykładnię celowościową sensu sformułowania zawartego w art. 256 k.k.

Ratio legis art. 256 k.k. jest ochrona porządku prawnego i pokoju społecznego w demokratycznym państwie oraz uchronienie go od zagrożeń o charakterze politycznym lub ideologicznym.

O ile kryminalizację propagowania faszyzmu można tłumaczyć w Polsce względami emocjonalnymi, gdyż doktryna faszystowska kojarzy się w Polsce ze zbrodniami hitlerowskimi²², o tyle użyte przez ustawodawcę w art. 256 k.k. szerokie określenie „totalitaryzm” nie daje gwarancji racjonalnego i jasnego określenia tego przepisu. Przez to stwarza możliwości ograniczenia głoszenia i pochwalania innych poglądów politycznych niż demokratyczne i liberalne²³. Zamiarem kodyfikatorów z pewnością było objęcie dyspozycją art. 256 k.k. komunizmu, jednak określeniem „inny totalitarny ustrój” można objąć propagowanie nie tylko teorii K. Marksa, ale również rozszerzyć na wcześniejszych myślicieli komunizmu – G. Winstaleya,

¹⁶ M. Flemming (w:) M. Flemming, W. Kutzmann, *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu...*, s. 66.

¹⁷ H. Zgólkowa (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, Poznań 2000, t. 29, s. 217.

¹⁸ J. Sondel, *Słownik łaciński dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 797; *Nowa Encyklopedia Powszechna PWN*, t. 5, Warszawa 1996, s. 343; Ł. Koncewicz, *Słownik łacińsko-polski*, Warszawa (brak daty), s. 143.

¹⁹ M. Szymczak (red.), *Słownik Języka Polskiego*, t. 2, Warszawa 1996, s. 937.

²⁰ S. Skorupka (red.), *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, Warszawa 1958, s. 142, 235; A. Dąbrówka, E. Geller, R. Turczy, *Słownik synonimów*, Warszawa 1996, s. 154, 160.

²¹ Zob. M. Flemming (w:) M. Flemming, K. Kutzmann, *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu...*, s. 66; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2000, s. 336.

²² L. Gardocki, *Granice wolności słowa w projekcie kodeksu karnego*, „Palestra” 1993, nr 12, s. 106.

²³ L. Gardocki, *Granice wolności słowa...*, s. 106.

G. Babeufa oraz ortodoksyjnych liberałów uznających, że nieograniczona demokracja jest „totalitarna”²⁴.

Na dodatek, nie jest jasne, na ile w omawianym przepisie – liczą się subiektywne intencje osoby propagującej faszyzm lub inny totalitarny ustrój, a na ile obiektywny charakter wygłaszanych, publikowanych tez, gestów i znaków. Dlatego też, ze względu na wagę i znaczenie tej wolności, wszelkie ograniczenia powinny być traktowane zawężająco, a nie rozszerzająco jak to ujął SN w głosowanej uchwale²⁵. Należy podzielić pogląd L. Gardockiego, że tylko szczególny zamiar wyrażający aprobatę dla takich ustrojów (*dolus directus coloratus*) decyduje o zaistnieniu tego przestępstwa. Zatem, odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 256 k.k. powinni podlegać tylko ci sprawcy, którzy dopuścili się propagowania – czyli publicznego prezentowania z zamiarem aprobaty i przekonania do – faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa. Tylko w takim przypadku ideologii faszystowskiej i innym totalitarnym ustrojom należy się odpór w drodze sankcji karnej, w pozostałych wypadkach właściwym lekiem jest publiczna debata a nie prawo karne, które powinno mieć charakter ostatecznej reakcji – *ultima ratio*.

Prawo do wolności wypowiedzi nie jest prawem absolutnym. Wszelkie ograniczenia muszą być przewidziane przez prawo, a ingerencja musi mieć charakter racjonalny – służyć określonej celowi i być „konieczną” w demokratycznym społeczeństwie, co w rozumieniu art. 10 ust. 2 EKPCz wymaga istnienia „koniecznej potrzeby społecznej” oraz proporcjonalności²⁶ – o tym jednak Sąd Najwyższy zapomniał, formułując tezę głosowanej uchwały.

Ocena konieczności ingerencji wymaga uwzględnienia właściwego kontekstu i szczególnych okoliczności konkretnej sprawy²⁷, zaś zasada proporcjonalności podjętych środków oznacza wyważenie równowagi pomiędzy nieodzownością ingerencji związanej z generalnymi interesami społeczeństwa a wymogami ochrony

²⁴ A. Goszczyński, B. Kordasiewicz, E. Łętowska, M. Łuczak, J. Nauman, S. Podemski, A. Redelbach, A. Rzepliński, W. Sadurski, *Zagrożenia wolności prasy. Analiza przepisów kodyfikacji karnych*, Rzeczpospolita z 8 lutego 1999 r.; J. Justyński, *Historia doktryn polityczno-prawnych*, Toruń 1997, s. 192–196, 216.

²⁵ A. Redelbach, *Europejska Konwencja Praw Człowieka w polskim wymiarze sprawiedliwości*, Poznań 1997, s. 204–210; Orzeczenie *Barthold v. Niemcy* z 25 marca 1985 r., skarga nr 8734/79 (w:) M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. 2. *Prawo do życia i inne prawa*, Kraków 2002, s. 978–983.

²⁶ Orzeczenie *Janowski v. Poland* z 21 stycznia 1999 r., sygn. 25716/94 § 30, LEX 40783; B. Gronowska, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 21 stycznia 1999 r. w sprawie Janowski przeciwko Polsce*, sygn. 25716/94 (dot. granic swobody wypowiedzi w kontekście prawa karnego), *Prokuratura i Prawo* 2000, nr 1, s. 149 i n.; M. A. Nowicki, *Podwójna miara dla wymysłów*, Rzeczpospolita z 28 lipca 1999 r.; I. C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Kraków 2002, s. 157–164.

²⁷ Orzeczenie *Barthold v. Niemcy* z 25 marca 1985 r., skarga nr 8734/79 (w:) M. A. Nowicki: *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. 2. *Prawo do życia...*, s. 982.

fundamentalnych, indywidualnych praw. Toteż, należy rozważyć sprzeczne interesy – z jednej strony prawo przekazywania społeczeństwu kontrowersyjnych poglądów wraz z prawem osób zainteresowanych do zapoznania się z nimi, a z drugiej – ochronę porządku prawnego i pokoju społecznego w demokratycznym państwie. Zawsze jednak zachowując proporcjonalność środków²⁸. Wymóg „konieczności” jest spełniony, jeżeli ingerencja jest zgodna z zasadą proporcjonalności *sensu stricto*²⁹. Oprócz tego, wymóg „konieczności” należy rozumieć nie tylko jako wymóg stosowania środków skutecznych, a jednocześnie najmniej restryktywnych dla praw jednostki, ale również jako wymóg, aby uciążliwość ograniczeń pozostawała w odpowiednim stosunku do celów, którym służy.

Na koniec wypada zwrócić uwagę na daleko idącą myśl, którą Sąd Najwyższy zawarł w uzasadnieniu głosowanej uchwały, iż „demokratyczne państwo nie może tolerować i ma prawo penalizować m.in. propagowanie w zamiarze przekonania do niego, każdego ustroju totalitarnego, a więc ustroju antydemokratycznego, w tym także ustroju faszystowskiego”.

Pragnę tylko zaznaczyć, iż wolność wypowiedzi jest jednym z filarów demokratycznego społeczeństwa oraz podstawą jego rozwoju i warunkiem samorealizacji jednostki. Tylko z zastrzeżeniem treści art. 10 ust. 2 EKPCz, wolność wypowiedzi nie może ograniczać się do informacji czy idei, które są akceptowane i uznawane za nieobraźliwe lub naturalne, lecz odnosi się w równym stopniu do takich, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub w jakiejś części społeczeństwa. Takie są wymogi pluralizmu, tolerancji oraz otwartego umysłu, bez których nie możemy mówić o „społeczeństwie demokratycznym”. Wedle artykułu 10 EKPCz, taka wolność może być obwarowana wyjątkami, które jednak muszą być skonstruowane ściśle, a potrzeba takich restrykcji musi być określona wyraźnie³⁰.

Demokracja nie jest stałą dominacją opinii większości. Punktem widzenia ochrony praw człowieka, jedną z najważniejszych cech państwa demokratycznego jest uznanie pluralizmu politycznego³¹.

Andrzej Sakowicz

²⁸ Orzeczenie Otto-Preminger-Institut v. Austria z 20 września 1994 r., skarga nr 13470/81 (w:) M. A. Nowicki: *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. 2. Prawo do życia..., s. 1057.

²⁹ Wyrok TK z 21 listopada 1995 r. K 12/95 OTK 1995 nr 3, poz. 15; wyrok TK z 28 listopada 1995 r., K 17/95 OTK 1995 nr 3, poz. 18; wyrok TK z 12 grudnia 1995 r., U 6/95 OTK 1995 nr 3, poz. 20; wyrok TK z 23 kwietnia 1996 r., K 29/95 OTK 1996 nr 2, poz. 10; wyrok TK z 24 czerwca 1997 r., K 21/96 OTK 1997 nr 2, poz. 23; wyrok TK z 9 czerwca 1998 r., K 28/97 OTK 1998 nr 4 poz. 50.

³⁰ Orzeczenie Zana v. Turcja z 25 listopada 1997 r., raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 10 kwietnia 1997 r., skarga nr 18954/91 (w:) M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. 2. *Prawo do życia...*, s. 1139–1147; tegoż, *Brak jednomyślności wśród sędziów*, Rzeczpospolita z 9 grudnia 1997 r.

³¹ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka...*, s. 171.