

60/6/A/2011

WYROK

z dnia 19 lipca 2011 r.
Sygn. akt K 11/10**

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Stanisław Biernat – przewodniczący
Zbigniew Cieślak
Wojciech Hermeliński
Teresa Liszcz
Andrzej Rzepliński – sprawozdawca,

protokolant: Grażyna Szałygo,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 19 lipca 2011 r., wniosku grupy posłów o zbadanie zgodności:

art. 1 pkt 28 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589) z art. 54 ust. 1 w związku z art. 2, art. 31 ust. 3, art. 42 Konstytucji oraz art. 9, art. 10 w związku z art. 17 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) i art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167),

o r z e k a:

1. Art. 256 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.), w części obejmującej wyrazy: „albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”, jest niezgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Art. 256 § 2 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim przewiduje kryminalizację produkowania, utrwalania lub sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia lub przesyłania – w celu rozpowszechniania – druku, nagrania lub innego przedmiotu zawierającego treść określoną w art. 256 § 1 ustawy powołanej w punkcie 1, jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji.

3. Art. 256 § 3 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji oraz z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

* Sentencja została ogłoszona dnia 3 sierpnia 2011 r. w Dz. U. Nr 160, poz. 964.

* Sprostowanie oczywistej omyłki – postanowienie z 5 czerwca 2012 r. K 11/10.

Ponadto p o s t a n a w i a:

na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, z 2000 r. Nr 48, poz. 552 i Nr 53, poz. 638, z 2001 r. Nr 98, poz. 1070, z 2005 r. Nr 169, poz. 1417, z 2009 r. Nr 56, poz. 459 i Nr 178, poz. 1375, z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 i Nr 197, poz. 1307 oraz z 2011 r. Nr 112, poz. 654) **umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie.**

UZASADNIENIE

I

1. Grupa posłów na Sejm RP VI kadencji (Klub Poselski Lewica) (dalej: wnioskodawca) 6 kwietnia 2010 r. złożyła wniosek o stwierdzenie, że art. 1 pkt 28 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589; dalej: ustawa nowelizująca), jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 2, art. 31 ust. 3, art. 42 Konstytucji oraz art. 9, art. 10 w związku z art. 17 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; dalej: EKPC) i art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167; dalej: MPPOiP).

Wnioskodawca wskazał, że artykułem 1 pkt 28 ustawy nowelizującej w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.; dalej: k.k.) w art. 256 dotychczasową treść ustawodawca oznaczył jako § 1, dodając § 2-4 w brzmieniu:

„§ 2. 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 treść określoną w § 1 albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej.

§ 3. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w § 2, jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej.

§ 4. W razie skazania za przestępstwo określone w § 2 sąd orzeka przepadek przedmiotów, o których mowa w § 2, chociażby nie stanowiły własności sprawcy”.

Następnie wnioskodawca określił znaczenie dotychczas obowiązującego art. 256 k.k. (art. 256 § 1 k.k. po nowelizacji). Zauważył, że przed nowelizacją art. 256 k.k. dokonaną zaskarżonym przepisem kryminalizacji podlegało wyłącznie propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, a nie ideologii faszystowskiej lub innej ideologii totalitarnej. Wnioskodawca podkreślił, że propagowanie totalitarnego ustroju państwa – aby być uznane za czyn karalny – musiało mieć charakter publiczny oraz być dokonywane w zamiarze bezpośrednim. W ocenie wnioskodawcy wprowadzony zaskarżonym przepisem § 2 art. 256 k.k. przewiduje natomiast kryminalizację wskazanych w nim zachowań bez względu na to, czy mają one charakter publiczny i intencjonalny.

Wnioskodawca podkreślił znaczenie wolności wyrażania poglądów oraz rozpowszechniania informacji, zagwarantowanej w art. 54 ust. 1 Konstytucji. Powołał się na wyrok Trybunału z 23 marca 2006 r. w sprawie K 4/06 (OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 32), w którym Trybunał stwierdził, że „(...) swoboda wypowiedzi jest jednym z fundamentów społeczeństwa demokratycznego, warunkiem jego rozwoju i samorealizacji jednostki.

Swoboda ta nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne”. Następnie wnioskodawca zauważył, że kryminalizacja sfery wypowiedzi może wywierać negatywne skutki z punktu widzenia debaty publicznej i w szczególności wpływać hamująco na jej prowadzenie. Takie „mrożące” dla debaty skutki wywierać mogą wprowadzone nowelizacją przepisy, zwłaszcza ze względu na fakt, że ściganie ich naruszeń ma miejsce z oskarżenia publicznego. Wnioskodawca uznał także, że bezpośrednim skutkiem wprowadzenia do obrotu prawnego art. 256 § 2-3 k.k., może stać się karanie za działania o niskiej społecznej szkodliwości czynu.

Wnioskodawca wskazał, że orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) wydane na podstawie art. 10 EKPC jasno wskazuje, że ograniczenia wypowiedzi politycznej są usprawiedliwione jedynie w razie wyraźnej, pilnej i konkretnej potrzeby społecznej oraz pod warunkiem zachowania ostrożności przy posługiwaniu się symbolami wieloznacznymi; wprowadzenie w ich wypadku bezwzględnego zakazu może doprowadzić do ograniczenia posługiwania się nimi również wtedy, gdy nie ma do tego podstaw. W ocenie wnioskodawcy świadczy to o tym, że zakres kryminalizacji wprowadzony skarżonym przepisem jest nie tylko sprzeczny z Konstytucją, ale z wiążącym Rzeczpospolitą Polską prawem międzynarodowym.

W ocenie wnioskodawcy, zaskarżony przepis narusza zasadę przyzwoitej legislacji i zasadę określoności, które wynikają z art. 2 Konstytucji. W opinii wnioskodawcy, skarżony przepis narusza art. 2 Konstytucji przez to, że podważa bezpieczeństwo prawne obywateli, zaufanie do stanowionego przez państwo prawa, oraz wymóg dostatecznej określoności norm prawnych dotyczących praw obywateli. Wnioskodawca podkreślił, że na skutek nowelizacji doszło do rozszerzenia zakresu kryminalizacji w oparciu o niedookreślone pojęcia – zawarte w skarżonym przepisie ustawy nowelizującej terminy są nieostre i mogą prowadzić do dowolnej interpretacji przepisu. Zdaniem wnioskodawcy ustawodawca posłużył się w zakwestionowanych przepisach niezdefiniowanymi pojęciami stanowiącymi określenie zestawu czynności sprawczych: produkuje, utrwała lub sprowadza, nabywa, przechowuje, posiada, prezentuje, przewozi lub przesyła. Powoduje to w ocenie wnioskodawcy powstanie zbieżności zakresu czynności „przechowywania” i „posiadania” przedmiotów zawierających treści określone w art. 256 § 1 k.k.

Zdaniem wnioskodawcy zaskarżony przepis nie wskazuje zamiaru kierunkowego – celu działania. Ponadto znamiona w art. 256 § 2 k.k. krzyżują się ze znamionami § 1, co prowadzi do niepożądanego rozszerzenia kryminalizacji.

Wnioskodawca zwrócił także uwagę na wadliwą konstrukcję kontratypu (art. 256 § 3 k.k.), który zamiast obejmować zachowania społecznie szkodliwe, wyłącza niedookreślony zakres kryminalizacji. Wnioskodawca powołał przedstawioną w trakcie prac nad nowelizacją k.k. opinię Prokuratora Generalnego, zgodnie z którą kontratyp został uznany za niespójny z projektowanym typem przestępstwa. Prokurator Generalny podkreślał, że w art. 256 § 2 k.k. zabrania się określonych czynności sprawczych w celu rozpowszechnienia. Zatem czynności te podejmowane w każdym innym celu niż rozpowszechnienie nie wypełniają znamion przestępstwa. Prokurator podkreślił natomiast, że na gruncie art. 256 § 3 k.k. niekryminalizowane będą tylko te czynności, które są podejmowane w określonych celach. Wnioskodawca wyraził pogląd, że zaskarżony przepis godzi także w zasadę *nullum delictum sine lege certa*. Nie formułuje bowiem zakazu obwarowanego sankcją karną w sposób precyzyjny i ścisły.

W ocenie wnioskodawcy, wprowadzona nowelizacją regulacja art. 256 § 2 k.k. narusza także zasadę proporcjonalności. Z perspektywy EKPC nie czyni zadość wymogom art. 10 ust. 2, ze względu na to, że wprowadza ograniczenie wolności wyrażania poglądów,

które nie jest niezbędne w społeczeństwie demokratycznym. Wnioskodawca zauważył, że w sprawie *Vajnai przeciwko Węgrom* (nr skargi 33629/06) o wiele mniej ingerujący – niż skarżony przepis – w istotę praw i wolności obywatelskich art. 269/B węgierskiego kodeksu karnego, zakazujący publicznego używania „symboli totalitaryzmu”, został uznany przez ETPC za nie spełniający kryterium niezbędności w społeczeństwie demokratycznym. W ocenie wnioskodawcy nieproporcjonalność rozwiązania wprowadzonego zaskarżonym przepisem będzie wywoływać efekt w postaci powstrzymania się od publicznych wypowiedzi i prowadzenia wolnej debaty publicznej oraz stanowić źródło arbitralnych działań organu państwa.

Wnioskodawca wskazał także na surową sankcję, grożącą z tytułu naruszenia art. 256 § 2 k.k. – kara do dwóch lat pozbawienia wolności przesądza o nadmiernej represyjności ustawy i nie spełnia wymogu określoności przepisów karnych (art. 42 Konstytucji). W ocenie wnioskodawcy, kary powinny być skuteczne, proporcjonalne i zniechęcające. Nie mogą być jednak irracjonalne, gdyż naruszają wtedy zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wobec tego wnioskodawca stanął na stanowisku, że skarżony przepis również nie jest w stanie uzyskać pozytywnego rezultatu testu zgodności z przepisami Konstytucji.

Wnioskodawca w podsumowaniu wskazał, że przedstawiona we wniosku argumentacja potwierdza naruszenie zasady demokratycznego państwa prawnego wyrażonej w art. 2 Konstytucji i wynikającej z niej zasady przyzwoitej legislacji oraz zasady proporcjonalności ograniczeń praw jednostki wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie sposób również znaleźć zdaniem wnioskodawcy jakiegokolwiek konstytucyjnej wartości, która uzasadniałaby *de facto* skazanie obywateli na niepewność, a tym bardziej dowolność interpretacyjną w zakresie rozstrzygnięć dotyczących odpowiedzialności karnej. Czyni to zaskarżony przepis niezgodnym z art. 42 Konstytucji. Z tych powodów zaskarżony przepis jest w ocenie wnioskodawcy niezgodny także z art. 54 ust. 1 w związku z art. 2, art. 31 ust. 3, art. 42 Konstytucji. Negatywna powinna być również w opinii wnioskodawcy ocena zgodności skarżonego przepisu z EKPC oraz Międzynarodowym Paktem Praw Obywatelskich i Politycznych.

2. Prokurator Generalny w piśmie z 22 grudnia 2010 r. zajął następujące stanowisko:

1) art. 256 § 2 k.k., dodany przez art. 1 pkt 28 ustawy nowelizującej, w zakresie zawartego w jego treści wyrażenia „w celu rozpowszechniania produkuje, utrwala lub sprowadza, nabywa, przechowuje, posiada, prezentuje, przewozi lub przesyła” oraz w zakresie przewidzianej w sankcji tego przepisu kary pozbawienia wolności do lat 2, jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 9 i art. 10 w związku z art. 17 EKPC i art. 19 MPPOiP;

2) na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK postępowanie w pozostałym zakresie podlega umorzeniu ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia.

Odnosząc się do przedmiotu zaskarżenia, Prokurator Generalny stwierdził, iż sposób sformułowania zarzutów we wniosku oraz ich merytoryczny charakter wskazują, iż wnioskodawca w istocie kwestionuje treść przepisów dodanych w wyniku uchwalenia ustawy nowelizującej. Dlatego przedmiotem kontroli Trybunału powinien być art. 256 § 2 i 3 k.k., w brzmieniu nadanym przez art. 1 pkt 28 ustawy nowelizującej. W uzasadnieniu wniosku brak jest natomiast, zdaniem Prokuratora Generalnego, argumentów za niekonstytucyjnością również art. 256 § 4 k.k. Ponadto w opinii Prokuratora Generalnego, zarzuty wniosku, odnoszące się do art. 256 § 3 k.k., dotyczą projektowanego, a nie faktycznie obowiązującego brzmienia tego przepisu. Wskazywać ma na to uzasadnienie wniosku. Skutkuje to tym, że orzekanie przez Trybunał w zakresie art. 256 § 3 k.k. jest

niedopuszczalne i w tej części postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK.

Zdaniem Prokuratora Generalnego, podstawowym zarzutem wnioskodawcy jest naruszenie przez art. 256 § 2 k.k. zasady określoności przepisów prawa. Zarzutem zaś dodatkowym jest naruszenie wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasady proporcjonalności, odnoszonej do fragmentu sankcji karnej (pozbawienia wolności do lat 2), co w konsekwencji ma powodować naruszenie wolności słowa, określonej w art. 54 ust. 1 Konstytucji. Odnosząc się do art. 2 Konstytucji, Prokurator Generalny stanął na stanowisku, że jest on związkowym wzorcem kontroli wobec głównego wzorca kontroli – art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Oceniając zgodność art. 256 § 2 k.k. z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji, Prokurator Generalny wskazał, że art. 256 § 2 k.k., w zakresie zawartego wyrażenia „w celu rozpowszechniania produkuje, utrwala lub sprowadza, nabywa, przechowuje, posiada, prezentuje, przewozi lub przesyła”, nie narusza zasady określoności czynów zabronionych. Ma to miejsce, zdaniem Prokuratora Generalnego, ponieważ wszystkie zawarte w tym wyrażeniu pojęcia występują w innych przepisach kodeksu karnego i są zdefiniowane przez orzecznictwo sądowe i doktrynę prawną. Prokurator Generalny zauważył także, że nie jest błędem legislacyjnym częściowe pokrywanie się zakresów kryminalizacji art. 256 § 2 i art. 256 § 1 k.k. Prokurator Generalny na marginesie odnotował, że art. 256 § 2 k.k. nie jest pozbawiony wad konstrukcyjnych, które mogą wskazywać na jego niezgodność z konstytucyjną zasadą określoności. Dotyczy to jednak innego zakresu tego przepisu niż w ocenie Prokuratora Generalnego zaskarżony przez wnioskodawcę, tj. fragmentu tego przepisu w brzmieniu: „albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”.

Co do zgodności art. 256 § 2 k.k. z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 9 i art. 10 w związku z art. 17 EKPC i art. 19 MPPOiP, Prokurator Generalny wskazał, że sankcjonowane w art. 256 § 2 k.k. ograniczenia wolności służą ochronie innych wartości konstytucyjnych. Przewidziane zaś w tym przepisie sankcje są zróżnicowane i dostosowane do konkretnego stanu faktycznego oraz do realiów społeczno-ekonomicznych i stanu świadomości prawnej. Dlatego zdaniem Prokuratora Generalnego trudno wykazać, że ustawodawca przekroczył ramy przysługującej mu swobody określania środków realizacji przyjętych celów. W konsekwencji Prokurator Generalny stanął na stanowisku, że art. 256 § 2 k.k., w zakresie przewidzianej w sankcji tego przepisu kary pozbawienia wolności do lat 2, nie narusza zasady proporcjonalności wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji. To znaczy, że przewidziana w art. 256 § 2 k.k. kara pozbawienia wolności do lat 2 nie ogranicza stopniu nieproporcjonalnym wolności zawartych w art. 54 ust. 1 Konstytucji. Tym samym zaskarżona norma jest zgodna z tym wzorcem konstytucyjnej kontroli. Konkluzja ta przesądza, w ocenie Prokuratora Generalnego o zgodności art. 256 § 2 k.k. z art. 9 i art. 10 w związku z art. 17 EKPC i art. 19 MPPOiP. Prokurator Generalny podkreślił przy tym m.in., że ocena ustawodawcy, iż istnieje „pilna potrzeba społeczna” wprowadzenia w art. 256 § 2 k.k. ograniczeń wolności wyrażania opinii przez kryminalizację zachowań, określonych w tym przepisie, mieści się w „marginesie uznania władz krajowych”.

3. W piśmie z 27 stycznia 2011 r. w imieniu Sejmu stanowisko zajął Marszałek Sejmu, wnosząc o stwierdzenie, że:

1) art. 256 § 2 k.k. w zakresie, w jakim nie realizuje celu właściwego przepisowi art. 256 § 1 k.k., jest niezgodny z art. 42 ust. 1, a także z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 10 EKPC i art. 19 MPPOiP oraz nie jest niezgodny z art. 2

Konstytucji w zakresie, w jakim wnioskodawca wyprowadza z tego wzorca zasadę określoności przepisów prawa karnego;

2) art. 256 § 3 k.k. jest zgodny z art. 42 ust. 1, a także z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 10 EKPC i art. 19 MPPOiP oraz nie jest niezgodny z art. 2 Konstytucji w zakresie, w jakim wnioskodawca wyprowadza z tego wzorca zasadę określoności przepisów prawa karnego.

Ponadto, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK), wniósł o umorzenie postępowania w pozostałym zakresie, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Marszałek Sejmu wskazał, że wnioskodawca przedmiotem kontroli uczynił art. 1 pkt 28 ustawy nowelizującej. Przepis ten ma charakter zmieniający, nadający nowe brzmienie art. 256 k.k. Sposób sformułowania przez wnioskodawcę zarzutów, jak i ich uzasadnienie wskazują w opinii Marszałka Sejmu na to, że ma on zastrzeżenia co do treści przepisów (norm) zmienionych, nie zaś do trybu uchwalenia ani sposobu wprowadzenia w życie przepisów zmieniających. Dlatego w ocenie Marszałka Sejmu przedmiotem kontroli Trybunału powinien być art. 256 k.k., nie zaś art. 1 pkt 28 ustawy nowelizującej. Analiza wniosku doprowadziła także Marszałka Sejmu do stwierdzenia, że wnioskodawca kieruje swoje zarzuty nie wobec całego art. 256 k.k. po nowelizacji, lecz jedynie wobec jego § 2 i 3. Dlatego przedmiotem rozważań Marszałka Sejmu był jedynie art. 256 § 2 i 3 k.k.

Marszałek Sejmu przyjął, że art. 2 Konstytucji w zakresie, w jakim wnioskodawca wyprowadza z niego zasadę określoności przepisów prawa karnego, nie jest – ze względu na istnienie na poziomie Konstytucji regulacji bardziej szczegółowej (art. 42 ust. 1 Konstytucji) – adekwatnym wzorcem kontroli w sprawie. Tym samym art. 256 § 2 i 3 k.k. nie są z nim niezgodne. Zdaniem Marszałka Sejmu, postępowanie przed Trybunałem powinno ulec umorzeniu w zakresie, w jakim wnioskodawca kwestionuje zgodność zaskarżonych przepisów z zasadą bezpieczeństwa prawnego obywateli i zaufania do stanowionego przez nich prawa (art. 2 Konstytucji) oraz z art. 9 EKPC. Ponadto Marszałek Sejmu przyjął, na podstawie zasady *falsa demonstratio non nocet*, że wnioskodawca wzorcem kontroli uczynił nie cały art. 42 Konstytucji, a tylko jego ustęp pierwszy.

Przechodząc do kwestii przedmiotu kontroli w sprawie, Marszałek Sejmu zauważył, że kształt normatywny art. 256 § 2 k.k. przekonuje, że w przepisie tym zawarto co najmniej dwa zespoły znamion czynu zabronionego, które pozwalają wyróżnić samoistne odmiany stypizowanego tam przestępstwa. Pierwszy z nich obejmuje zachowania podejmowane w celu rozpowszechniania i polegające na produkowaniu, utrwalaniu, sprowadzaniu, nabywaniu, przechowywaniu, posiadaniu, prezentowaniu, przewożeniu lub przesyłaniu druku, nagrania lub innego przedmiotu, zawierających treść propagującą faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołującą do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Drugi zaś – zachowania podejmowane w celu rozpowszechniania i polegające na produkowaniu, utrwalaniu, sprowadzaniu, nabywaniu, przechowywaniu, posiadaniu, prezentowaniu, przewożeniu lub przesyłaniu druku, nagrania lub innego przedmiotu, będących nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej. Art. 256 § 3 k.k. normuje natomiast kontratyp, wyłączający bezprawność czynu zabronionego stypizowanego w art. 256 § 2 k.k.

Analizę zgodności z Konstytucją art. 256 § 2 i 3 k.k. Marszałek Sejmu rozpoczął od przedstawienia standardów konstytucyjnych odnoszących się m.in. do idei leżących u podstaw ustrojów totalitarnych, w tym zwłaszcza faszystowskiego i komunistycznego, oraz przedmiotu ochrony art. 256 k.k. Przedmiotem ochrony art. 256 § 1 i 2 k.k. jest demokratyczny sposób funkcjonowania państwa i społeczeństwa, wolny od totalitaryzmu oraz nienawiści na tle

różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych oraz wyznaniowych. Obowiązywanie art. 256 § 1 k.k. jest uzasadnione zarówno w świetle Konstytucji, jak i aktów prawa międzynarodowego. Konstytucyjna i prawnomiędzynarodowa legitymacja art. 256 § 1 k.k. pośrednio legitymuje również kwestionowany przez wnioskodawcę art. 256 § 2 k.k. Wynika to, zdaniem Marszałka, z tego, że przepisy te realizują tożsamy cel. Nie sposób jednocześnie nie zauważyć, w opinii Marszałka, że relacja między art. 256 § 1 k.k. a kwestionowanym przez wnioskodawcę art. 256 § 2 k.k. zostaje zerwana w końcowym fragmencie dyspozycji tego ostatniego przepisu, który brzmi: „albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej” i pozwala zrekonstruować samoistną odmianę stypizowanego w kwestionowanej regulacji przestępstwa. Marszałek Sejmu zauważył, że w tym zakresie kryminalizacja jest rozszerzona na przedmioty będące nośnikami symboliki faszystowskiej lub innej totalitarnej, w tym także komunistycznej, o której nie ma mowy w art. 256 § 1 k.k. Tym samym, zdaniem Marszałka, ten fragment art. 256 § 2 k.k. nie jest legitymowany konstytucyjnym i prawnomiędzynarodowym uzasadnieniem art. 256 § 1 k.k.

Przechodząc do oceny zarzutów wnioskodawcy dotyczących sprzeczności art. 256 § 2 i 3 k.k. z art. 42 ust. 1 Konstytucji – z zasadą *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, Marszałek Sejmu stwierdził, że wnioskodawca błędnie przyjął, że przepis ten nie wskazuje zamiaru kierunkowego – celu działania, ponieważ art. 256 § 2 k.k. stanowi o czynie dokonywanym „w celu rozpowszechniania”, co jednoznacznie przesądza o tym, że mamy tu do czynienia z przestępstwem kierunkowym. Niezasadny jest także zdaniem Marszałka Sejmu przedstawiany przez wnioskodawcę cel kwestionowanej regulacji, jakim ma być „wprowadzenie karalności każdego faktu posiadania przedmiotu o treści opisanej w § 1 art. 256 kodeksu karnego” – za czym ma przemawiać przebieg procesu legislacyjnego oraz sposób treści dyspozycji art. 256 § 2 k.k. (gdzie mowa jest o działaniu „w celu rozpowszechniania”) i treść kontratypu z art. 256 § 3 k.k. (który wyłącza przestępczość, a tym samym i karalność, działań podejmowanych „w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej”).

Marszałek Sejmu nie podziela również jednoznacznie negatywnej oceny wnioskodawcy co do jasności określonych w art. 256 § 2 k.k. znamion w postaci: produkowania, utrwalania, sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia i przesyłania. Znamiona te nie są nowością w polskim prawie karnym. Chybiony jest ponadto według niego zarzut niedookreśloności sankcji przewidzianej w art. 256 § 2 k.k.

Marszałek Sejmu zgodził się natomiast z wnioskodawcą co do zarzutu art. 256 § 2 k.k. niedookreślonego zakresu kryminalizacji w wyniku nieprecyzyjnego ujęcia części tego przepisu. Ten „niedookreślony zakres kryminalizacji” jest wynikiem posłużenia się w art. 256 § 2 k.k. niejednoznacznymi pojęciami „symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”. Przypomniał, że dla ETPC w sprawie *Vajnai przeciwko Węgrom* jednym z podstawowych zagadnień była niejednoznaczność symboli komunistycznych. Doprowadziło to Marszałka Sejmu do wniosku, że art. 256 § 2 k.k. w zakresie, w jakim nie realizuje celu właściwego przepisowi art. 256 § 1 k.k., jest niezgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji. W pozostałym zakresie art. 256 § 2 k.k. jest, zdaniem Marszałka Sejmu, zgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

Odnosząc się do zarzutu wnioskodawcy, że art. 256 § 2 k.k. pozostaje w sprzeczności z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 EKPC i art. 19 MPPOiP, Marszałek Sejmu zauważył, że przepis ten ingeruje w wolność wyrażania swoich poglądów (swobodę wypowiedzi). Następnie ocenił, czy ingerencja ta ma charakter proporcjonalny (zgodny z wymogami art. 31 ust. 3 Konstytucji i art. 10 ust. 2 EKPC). Przyjął, że istnienie kwestionowanego przepisu wiąże się przede wszystkim z

zapewnieniem porządku publicznego. Odnosząc się do konieczności wprowadzonego ograniczenia, Marszałek Sejmu nie podzielił stanowiska wnioskodawcy, że cały art. 256 § 2 k.k. pozostaje w sprzeczności z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 EKPC i art. 19 MPPOiP. Przeciwno temu stanowisku przemawia jego zdaniem aksjologia konstytucyjna, legitymowanie części kwestionowanego przepisu konstytucyjnym i prawno międzynarodowym uzasadnieniem art. 256 § 1 k.k., a także swoboda polityczna ustawodawcy, który zdecydował się na wzmocnienie ochrony demokratycznego sposobu funkcjonowania państwa i społeczeństwa. Natomiast zerwanie przez ww. część art. 256 § 2 k.k. związku z konstytucyjnie i prawnomiędzynarodowo legitymowanym art. 256 § 1 k.k., a także jego „niedookreślony zakres kryminalizacji”, prowadzi do nadmiernej (zbyt szerokiej) ingerencji w wolność wyrażania poglądów. Tym samym art. 256 § 2 k.k. w zakresie, w jakim nie realizuje celu właściwego przepisowi art. 256 § 1 k.k., jest zdaniem Marszałka Sejmu niezgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 EKPC i art. 19 MPPOiP.

Zdaniem Marszałka Sejmu, wadliwość art. 256 § 2 k.k. (zarówno w kontekście art. 42 ust. 1 Konstytucji, jak i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 10 EKPC i art. 19 MPPOiP) nie „naprawia” unormowany w art. 256 § 3 k.k. kontratyp. Nie rozwiązuje on bowiem problemu nieprecyzyjności „symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”, a tym samym „niedookreślonego zakresu kryminalizacji” art. 256 § 2 k.k. Ponadto, mimo szerokiego zakresu wyłączenia bezprawności czynu z art. 256 § 2 k.k., nie obejmuje on wszystkich sfer „działalności”, w których karanie za zachowania dotyczące „symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej” może nie mieć konstytucyjnego uzasadnienia. Nie oznacza to jednak, zdaniem Marszałka Sejmu, że art. 256 § 3 k.k. pozostaje w sprzeczności z art. 42 ust. 1 Konstytucji, czy też z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 EKPC i art. 19 MPPOiP. Przepis ten bowiem „sam w sobie” nie cechuje się niedookreślonością. Jego zaś celem i rzeczywistą funkcją jest zawężenie zakresu kryminalizacji wyznaczanego przez art. 256 § 2 k.k. Dlatego zdaniem Marszałka Sejmu art. 256 § 3 k.k. jest zgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji, a także z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 EKPC i art. 19 MPPOiP.

II

Na rozprawie 19 lipca 2011 r. przedstawiciele uczestników postępowania podtrzymali stanowiska zajęte na piśmie. Dodatkowo przedstawiciel wnioskodawcy doprecyzował, że przedmiotem zaskarżenia pragnął objąć całą treść art. 256 § 2 k.k., w tym w części obejmującej wyrazy: „albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”. Przedstawiciel Prokuratora Generalnego, na wypadek gdyby Trybunał dopuścił możliwość kontroli konstytucyjnej tej części art. 256 § 2 k.k., wniósł o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją art. 256 § 2 k.k. w tym zakresie.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Przedmiot i zakres wniosku.

Przedłożony Trybunałowi wniosek dotyczy art. 1 pkt 28 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589, ze zm.; dalej: ustawa nowelizująca). Na podstawie tego

przepisu znolizowany został art. 256 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.; dalej: k.k.), w ten sposób, że jego dotychczasową treść ustawodawca oznaczył jako § 1, dodając § 2-4 w brzmieniu:

„§ 2. 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 treść określoną w § 1 albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej.

§ 3. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w § 2, jeżeli dopuści się tego czynu w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej.

§ 4. W razie skazania za przestępstwo określone w § 2 sąd orzeka przepadek przedmiotów, o których mowa w § 2, chociażby nie stanowiły własności sprawcy”.

Wnioskodawca zakwestionował konstytucyjność rozszerzenia – w stosunku do treści art. 256 k.k. sprzed nowelizacji – odpowiedzialności karnej za czyny, które dotychczas nie stanowiły przestępstwa. Wskazał także na niewłaściwy sposób uregulowania kontratypu (art. 256 § 3 k.k.). Wnioskodawca wniósł o stwierdzenie, że art. 1 pkt 28 ustawy nowelizującej jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 2, art. 31 ust. 3, art. 42 Konstytucji oraz art. 9, art. 10 w związku z art. 17 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; dalej: EKPC) i art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167; dalej: MPPOiP). W ocenie wnioskodawcy zakwestionowana regulacja stanowi nieproporcjonalne ograniczenie wolności wyrażania poglądów. Godzi ponadto w zasadę określoności przepisów karnych i zasadę poprawnej legislacji.

W wyroku z 13 marca 2007 r. (K 8/07, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 26, pkt III 2.1.), Trybunał orzekł, że jeżeli wnioskodawca nie kwestionuje trybu uchwalania przepisów (norm) zmieniających ani sposobu wprowadzenia ich w życie, TK kontroluje konstytucyjność przepisów (norm) zmienionych w wyniku uchwalenia przepisów zmieniających. W uzasadnieniu wniosku w niniejszej sprawie wnioskodawca nie zgłosił takich wątpliwości. Zakwestionował natomiast zgodność wprowadzonej regulacji z Konstytucją. Mając to na uwadze, Trybunał stwierdza, że przedmiotem zaskarżenia jest art. 256 § 2 i 3 k.k. (co do art. 256 § 4 k.k. zob. kolejny akapit), nie zaś przepis zmieniający – art. 1 pkt 28 ustawy nowelizującej.

Kolejnym zagadnieniem, które rozważyć musi Trybunał, jest zakres, w jakim został zaskarżony art. 256 § 2 i 3 k.k. Prokurator Generalny przyjął, że art. 256 § 2 k.k. nie został zaskarżony w części: „albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”, zaś uzasadnienie wniosku wskazuje, że zarzuty wnioskodawcy wobec art. 256 § 3 k.k. dotyczą projektowanego, a nie faktycznie obowiązującego brzmienia tego przepisu. Skutkiem tego jest nieobjęcie przedmiotem zaskarżenia obecnie obowiązującej wersji art. 256 § 3 k.k. Trybunał nie podziela stanowiska Prokuratora Generalnego. Treść wniosku wskazuje bowiem, że wnioskodawca przedmiotem zaskarżenia chciał uczynić cały § 2 art. 256 k.k. oraz § 3 art. 256 k.k. Świadczy o tym zaskarżenie w *petitum* wniosku całego art. 1 pkt 28 ustawy nowelizującej, powołanie na s. 2 wniosku – jako zaskarżonej – treści całego obecnie obowiązującego art. 256 § 2 k.k. oraz stanowisko wnioskodawcy zaprezentowane na rozprawie. Jeżeli chodzi o art. 256 § 3 k.k. to w świetle powyższego niemożliwe jest uznanie, że wnioskodawca zaskarżył projektowaną, a nie obowiązującą wersję art. 256 § 3 k.k. Do odmiennego wniosku nie może prowadzić, zdaniem Trybunału, powołanie się przez wnioskodawcę na

s. 10 wniosku na opinię Prokuratora Generalnego sformułowaną na etapie prac legislacyjnych wobec projektowanej, a nie ostatecznie przyjętej wersji art. 256 § 3 k.k.

Trybunał podziela natomiast stanowisko Prokuratora Generalnego oraz Marszałka Sejmu, że wnioskodawca w uzasadnieniu nie odniósł się do art. 256 § 4 k.k., co przesądza o niemożliwości jego kontroli konstytucyjnej. Wydanie orzeczenia co do zgodności art. 256 § 2 i 3 k.k. z Konstytucją przesądzi jednak o obowiązywaniu art. 256 § 4 k.k., ze względu na jego związek z art. 256 § 2 k.k.

Tym samym przedmiotem kontroli Trybunału jest art. 256 § 2 i 3 k.k. w wersji obecnie obowiązującej.

2. Nowelizacja art. 256 k.k. – rozszerzenie odpowiedzialności karnej.

Do dnia wejścia w życie zakwestionowanego we wniosku art. 1 pkt 28 ustawy nowelizującej odpowiedzialności karnej w art. 256 k.k. podlegało publiczne propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa lub nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Zakazane było propagowanie ustroju totalitarnego oraz nawoływanie do nienawiści przez odwołanie się do wskazanych różnic.

Wejście w życie art. 1 pkt 28 ustawy nowelizującej rozszerzyło odpowiedzialność karną na dwa zachowania określone w dodanym § 2 art. 256 k.k. Obejmuje ona po pierwsze produkowanie, utrwalanie lub sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie – w celu rozpowszechniania – druku, nagrania lub innego przedmiotu zawierającego treść określoną w § 1 oraz po drugie produkowanie, utrwalanie lub sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie – w celu rozpowszechniania – druku, nagrania lub innego przedmiotu będącego nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej. Przepisów opisanych w dyspozycji art. 256 § 2 k.k. można dopuścić się tylko w zamiarze bezpośrednim – w celu rozpowszechniania.

W projekcie nowelizacji art. 256 k.k. z 5 września 2008 r. (druk sejmowy nr 1288 VI kadencji Sejmu) projektodawcy wskazali – jednozdaniowo – że konieczne jest rozszerzenie karalności na czyny, które nie mają charakteru publicznego i tym samym nie podlegają pod ówczesnie obowiązujący art. 256 k.k. Projektodawcy przyjęli, że celem nowelizacji jest kryminalizacja niemającej charakteru publicznego produkcji i sprzedaży (również za pośrednictwem Internetu) przedmiotów zawierających treści propagujące totalitarny ustrój państwa lub będących nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej. W ocenie projektodawców dodanie § 2 w art. 256 k.k. miało spowodować, iż „zabroniona będzie zarówno produkcja, sprzedaż, jak i samo posiadanie i prezentacja druków, nagrań, w tym filmów, lub innych przedmiotów zawierających treści określone w § 1, jeżeli czynności te podejmowane będą w celu rozpowszechniania tych treści”. Wprowadzenie takiej zmiany wychodziło ich zdaniem „naprzeciw oczekiwaniom społeczeństwa polskiego, w którym wciąż żywa jest pamięć o wojnie oraz zbrodniach faszyzmu i komunizmu”.

Opinie prawne przedłożone w trakcie procesu legislacyjnego były krytyczne wobec projektu nowelizacji art. 256 k.k. Krajowa Rada Sądownictwa 5 listopada 2008 r. zaopiniowała negatywnie projekt ustawy podnosząc, że „brak jest podstaw do ingerencji w materię kodeksową”. Stanowiska tego nie uzasadniła. Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny w opinii z 14 listopada 2008 r. zauważył m.in., że na skutek uchwalenia nowelizacji może dojść do częściowego pokrywania się zakresu kryminalizacji projektowanego art. 256 § 2 k.k. i art. 256 § 1 k.k. Naczelna Rada Adwokacka w opinii z 26 listopada 2008 r. podkreśliła, że projekt nie wskazuje zamiaru kierunkowego – celu działania sprawcy. W związku z tym, zdaniem NRA „niektóre znamiona proponowanej

legislacji krzyżują się ze znamionami art. 256 § 1”. Ponadto „niektóre znamiona (np. posiadanie) są ujęte zbyt szeroko, co prowadzioby do niepożądanego rozszerzenia penalizacji”. Rada Ministrów w piśmie z 21 kwietnia 2009 r. wskazała na niespójność relacji pomiędzy niezmienionym przez projektodawców art. 256 k.k. (obecnie art. 256 § 1 k.k.) a projektowanym § 2 tego artykułu, który obejmuje zachowania niebędące czynnościami przygotowawczymi do art. 256 k.k., tylko stanowi odrębny typ przestępstwa. W konsekwencji, w ocenie Rady Ministrów, może dojść do częściowego pokrywania się zakresu kryminalizacji, albowiem rozpowszechnianie lub prezentowanie może stanowić formę publicznego propagowania albo nawoływania. Inne formy działania (posiadanie, sprowadzanie, nabywanie) również nie stanowią, zdaniem Rady Ministrów, czynności przygotowawczych w stosunku do czynów opisanych obecnie w art. 256 § 1 k.k., gdyż mogą być formą poprzedzającą propagowanie niepubliczne, które nie jest kryminalizowane w art. 256 § 1 k.k. Mogą też, w opinii Rady Ministrów, służyć innym celom, niż nawoływanie, a nie będą mieściły się w kontratybie (np. w celu wyszydzania, ośmieszania). Rada Ministrów wskazała na wadliwą konstrukcję kontratybu i podkreśliła, że zakres projektowanej normy art. 256 § 2 k.k. z uwzględnieniem kontratybu określonego w § 3, jest zbyt szeroki i może spowodować nieuzasadnioną kryminalizację społecznie nieszkodliwych zachowań. Poselski projekt nowelizacji art. 256 k.k. został zatem uchwalony pomimo krytycznych opinii i zastrzeżeń przedstawionych w procesie legislacyjnym. Krytyczne uwagi z prac legislacyjnych Trybunał wziął pod uwagę podczas orzekania o zgodności z Konstytucją kwestionowanych przepisów. Dotyczy to kwestii krzyżowania się znamion § 2 i § 1 art. 256 k.k., pokrywania się w tych przepisach zakresu kryminalizacji oraz konstrukcji kontratybu.

3. Standardy i orzecznictwo innych państw oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

3.1. Regulacje i praktyka sądów w państwach europejskich.

3.1.1. Prawo karne i wykroczeń wielu państw europejskich zakazuje nawoływania do nienawiści ze względu m.in. na narodowość, wyznanie, pochodzenie czy rasę. Niekiedy odpowiednie przepisy wyraźnie odnoszą się również do przygotowywania i dystrybucji materiałów czy publikacji nawołujących do takiej nienawiści. Szczegółowe normy dotyczące posługiwania się symbolami ruchów totalitarnych występują jedynie w kilku państwach i również przybierają różną formę. W kodeksach karnych Niemiec (§ 86) oraz Albanii (art. 225) odnoszą się one do symboli związanych z uprzednio uznanymi za niekonstytucyjne organizacjami, na Litwie (art. 188.18 kodeksu administracyjnego) oraz na Węgrzech (art. 269/B k.k.) dotyczą nazwanych w przepisach symboli faszystowskich, nazistowskich i komunistycznych, a w kodeksach wykroczeń Rosji (art. 20.3) oraz Białorusi (art. 17.10) odnoszą się wyłącznie do symboli nazistowskich. Karalne są czynności związane z wytwarzaniem, prezentowaniem i dystrybucją tych symboli, a w wypadku najszerszej regulacji słowackiej także ich posiadanie (§ 422c k.k.). Zakres sankcji przewidzianych za te czynności waha się od grzywny (także jako jedynej przewidzianej za takie przestępstwo – Litwa, Węgry) do kary pozbawienia wolności na okres nawet kilku lat (Słowacja, Niemcy). Odpowiednie przepisy przewidują jednak wyłączenia dotyczące prezentacji zakazanych symboli w ramach działalności muzealnej, naukowej, artystycznej, informacyjnej lub innych podobnych.

3.1.2. Z punktu widzenia rozstrzyganej przez Trybunał sprawy jest istotne, czy kryminalizacja posługiwania się przedmiotami zawierającymi tematykę totalitarną lub nawołującymi do nienawiści jest uzależniona od publicznego wykorzystania tych przedmiotów celem propagowania ustroju totalitarnego lub nawoływania do nienawiści.

Szerzej zostanie przedstawione orzecznictwo niemieckie i węgierskie na tle przepisów pełniących podobną funkcję jak zaskarżony art. 256 § 2 k.k.

3.1.3. Regulacja niemiecka. W Niemczech § 86 k.k. zakazuje rozpowszechniania, produkowania, przechowywania, importowania, eksportowania lub publicznego udostępniania w celu rozpowszechnienia w tym państwie lub za granicą materiałów propagandowych zakazanych organizacji (np. partii politycznych uznanych za niekonstytucyjne). Ustawodawca zastrzega zarazem, iż dotyczy to wyłącznie materiałów skierowanych bezpośrednio przeciwko wolnościowemu demokratycznemu porządkowi ustrojowemu lub idei porozumienia między narodami. Ten przepis nie znajduje zastosowania w wypadku materiałów służących edukacji obywatelskiej, zwalczaniu niekonstytucyjnych ruchów, promowaniu sztuki lub nauki, badaniom naukowym lub nauczaniu oraz informowaniu o bieżących i historycznych wydarzeniach, a także podobnym celom. Kolejny przepis, § 86a niemieckiego k.k., reguluje użycie symboli zakazanych organizacji. Kryminalizuje ich dystrybucję, publiczne użycie na spotkaniach lub w materiałach pisemnych, a także produkowanie, przechowywanie, importowanie oraz eksportowanie przedmiotów, które zawierają takie symbole, w celu dystrybucji lub użycia, przewidując karę grzywny lub pozbawienia wolności do lat trzech. W niemieckim kodeksie karnym odrębnie unormowane zostało przestępstwo wzywania do nienawiści i rozpowszechniania wzywających do niej materiałów (§ 130). Karalne jest rozpowszechnianie takich materiałów, ich publiczne prezentowanie i udostępnianie, a także ich udostępnianie osobom nieletnim, jak również produkowanie, uzyskiwanie i obrót nimi w celu ich użycia w któryś z wymienionych sposobów (§ 130 ust. 2). Stosowanie § 86a oraz § 103 niemieckiego k.k. w konkretnych sprawach było przedmiotem kontroli przez Federalny Trybunał Konstytucyjny. Żaden z tych przepisów nie został uznany za niezgodny z ustawą zasadniczą RFN.

W sprawach dotyczących stosowania § 86a k.k. FTK stwierdzał jednak, że sądy powszechne w sposób niewystarczający wzięły pod uwagę konieczność ochrony wolności wypowiedzi lub też, że naruszały zasadę określoności przepisów. W odnoszącej się do skazania na podstawie § 86a niemieckiego k.k. osoby wykrzykującej hasło: „Chwała i cześć Waffen SS” („*Ruhm und Ehre der Waffen-SS*”) (wyrok z 1 czerwca 2006 r. w sprawie 1 BvR 150/03), FTK uznał, iż wyrok naruszył zasadę określoności prawa. Zdaniem FTK, wykrzykiwane hasło nie stanowiło bowiem sloganu niekonstytucyjnej organizacji ani sloganu podobnego do niego w stopniu pozwalającym na jego pomylenie z takim sloganem, a wykładnia sądów orzekających w sprawie rozszerzająca zastosowanie przepisu także do symboli, które wywierają wrażenie, że są symbolami zakazanej organizacji, łamie zasadę określoności prawa. W wyroku z 23 marca 2006 r. (1 BvR 204/03), zapadłym w związku ze skazaniem skarżącego za wykonanie gestu nazistowskiego pozdrowienia, FTK stwierdził, iż § 86a k.k. nie budzi wątpliwości konstytucyjnych w sytuacji, gdy w jego interpretacji i stosowaniu istnieje możliwość uwzględnienia wolności swobodnego wyrażania poglądów chronionej przez art. 5 ustawy zasadniczej. W sprawie 1 BvR 680/86 i 1 BvR 681/86 (wyrok z 3 kwietnia 1990 r.) FTK kontrolował konstytucyjność stosowania § 86a k.k. w kontekście wolności sztuki. W tej sprawie skarżący zostali skazani za wytwarzanie i sprzedaż satyrycznych koszulek, przedstawiających Adolfa Hitlera z opaską nazistowską przed mapą Europy, co zostało zatytułowane „Europejska wycieczka”. FTK orzekł, iż skazanie naruszało konstytucyjnie chronioną wolność sztuki i nieprawidłowo oceniało treść koszulki, która pozostaje otwarta na interpretację. Zdaniem FTK treść koszulki byłaby wyłączona spod ochrony konstytucyjnej, tylko gdyby niemożliwe było uznanie jej za satyrę. To, że na pierwszy rzut oka treść koszulki wydaje się szokująca, nie usprawiedliwia wyjęcia jej spod ochrony wolności artystycznej. Przepis § 130 ust. 4 k.k. został natomiast uznany przez FTK za

zgodny z ustawą zasadniczą w wyroku z 4 listopada 2009 r. (1 BvR 2150/08) dotyczącym zakazu organizacji zgromadzenia publicznego, którego celem było upamiętnienie Rudolfa Hessa. FTK przyjął, że przepis ten spełnia wymogi testu proporcjonalności ograniczenia wolności wyrażania poglądów. Nie zakazuje bowiem ogólnie każdego rozpowszechniania poglądów ekstremistycznych czy nazistowskich, lecz odnosi się do rządów przemocy w formie, jaką przyjęły one w historii, i będąc nakierowany na ochronę porządku publicznego, realizuje uzasadniony cel. Przy zastosowaniu odpowiedniej wykładni, jest on więc wystarczająco wąsko zakrojony.

FTK zwraca zatem uwagę na precyzję i jasność przepisów prawa karnego przewidujących odpowiedzialność za posługiwanie się znakami symbolizującymi reżim totalitarny. Od sądów oczekuje zaś ich precyzyjnego interpretowania w sposób uwzględniający wolność wyrażania poglądów.

3.1.4. Regulacja węgierska. Węgierski kodeks karny kryminalizuje posługiwanie się określonymi w nim, enumeratywnie wymienionymi, symbolami. Art. 269/B kodeksu zakazuje dystrybucji, użycia wobec zgromadzenia publicznego oraz publicznego eksponowania swastyki, znaku SS, strzałokrzyża (symbol węgierskiego ruchu faszystowskiego), symbolu sierpa i młota, czerwonej gwiazdy pięcioramiennej lub symboli przedstawiających którekolwiek z wymienionych. Złamanie tego zakazu podlega karze grzywny, chyba że zachowanie takie jest potrzebne dla celów edukacji, nauki, sztuki, informowania o historii lub bieżących wydarzeniach albo dotyczy obowiązujących obecnie symboli państwowych.

Art. 269/B węgierskiego k.k. był przedmiotem kontroli Sądu Konstytucyjnego Węgier. W wyroku z 9 maja 2000 r. (sprawa 14/2000 AB) orzekł on, iż przepis ten jest zgodny z konstytucją oraz prawem międzynarodowym. Sąd Konstytucyjny zauważył jednak, że ocena konstytucyjności konkretnych przepisów zależy od stopnia precyzji i zakresu ustawowych definicji czynów zabronionych. Stwierdził, że art. 269/B k.k. jest precyzyjny i zrozumiały, a więc pozwala jednostce dostosować swoje zachowanie do jego wymagań. Równocześnie nie stanowi on nieproporcjonalnej ingerencji w sferę wolności słowa. Jest ograniczony bowiem do trzech wyraźnie określonych zachowań, które dla wystąpienia odpowiedzialności karnej muszą mieć charakter publiczny. Kontrolowany przepis jest rzeczywistym, znajdującym uzasadnienie w historii Węgier, środkiem ochrony społeczeństwa demokratycznego.

Wyrok węgierskiego Sądu Konstytucyjnego był podstawą skargi do ETPC i wyroku z 8 lipca 2008 r. w sprawie *Vajnai przeciwko Węgrom* (skarga nr 33629/06). ETPC nie podzielił stanowiska co do wystarczającej określoności regulacji węgierskiej.

3.2. Regulacje oraz orzeczenia sądów państw europejskich, w tym zwłaszcza Niemiec i Węgier, pozwalają Trybunałowi stwierdzić, że kryminalizacja przygotowywania, dystrybucji czy publikacji materiałów propagujących reżim totalitarny lub nawołujących do nienawiści ze względu na narodowość, wyznanie, pochodzenie czy rasę jest dopuszczalna, o ile regulacje prawnokarne są na tyle precyzyjne, że nie stanowią nieuzasadnionej ingerencji w wolność słowa i nie zezwalają na stosowanie wykładni rozszerzającej. Wolność słowa jest bowiem wartością szczególnie chronioną. Ingerencja w nią za pomocą regulacji prawa karnego wymaga zarówno od ustawodawcy jak i sądów precyzji i ostrożności. Z perspektywy podobnych doświadczeń historycznych Polski i Węgier oraz wymogów określoności przepisów karnych ingerujących w sferę wolności słowa, ważne jest, że odpowiadająca polskiemu art. 256 § 2 k.k. węgierska regulacja przewiduje odpowiedzialność karną tylko w sytuacji posługiwania się precyzyjnie wymienionymi symbolami i pod warunkiem, że posługiwanie to ma miejsce publicznie.

3.3. Wyrok ETPC w sprawie *Vajnai przeciwko Węgrom*.

3.3.1. W sprawie *Vajnai przeciwko Węgrom* ETPC orzekł, że skazanie wyrokiem karnym polityka za występowanie w trakcie legalnego i pokojowego zgromadzenia z czerwoną, pięcioramienną gwiazdą stanowiło naruszenie art. 10 EKPC (§ 58 wyroku). ETPC stwierdził, że ograniczenie wypowiedzi politycznej, która jest wieloznaczna, wymaga oceny, czy ograniczenie jest uzasadnione wyraźną, nagłą i szczególną potrzebą społeczną (*clear, pressing and specific social need*) (§ 51 wyroku). Zdaniem ETPC, rząd Węgier nie zdołał wykazać, że wykorzystanie czerwonej gwiazdy jednoznacznie oznaczało idee totalitarne, a także że było obraźliwe czy szokujące (§ 53 wyroku). Zakaz noszenia czerwonej gwiazdy był więc zbyt szeroki – objął również takie znaczenie tego symbolu, które podlega ochronie art. 10 Konwencji (§ 54 wyroku).

3.3.2. ETPC zbadał art. 269/B węgierskiego kodeksu karnego w świetle wymogów art. 10 Konwencji. Uznał, że art. 269/B zakazuje posługiwania się symbolami, których znaczenie jest zróżnicowane. Niepewność prawna w tym zakresie wywierać może skutek mrozący (*chilling effect*) dla debaty publicznej i być źródłem autocenzury (§ 54 wyroku). ETPC przesądził też, że podstawą ograniczenia w prawie karnym wolności słowa nie może być wyłącznie obawa przed propagowaniem za pomocą danego symbolu ustroju totalitarnego. Podkreślił, że art. 269/B węgierskiego k.k. – w sposób błędny – nie wymaga dowodu, że posłużenie się danym symbolem stanowiło propagowanie reżimu totalitarnego. Użycie go jest bowiem automatycznie traktowane jako takie propagowanie, chyba że służy to celom naukowym, artystycznym, informacyjnym bądź edukacyjnym. Z tego powodu ETPC uznał, że zakaz przewidziany w art. 269/B tego kodeksu jest zbyt szeroki (§ 56 wyroku).

3.3.3. Trybunał Konstytucyjny w rozstrzyganej sprawie podziela pogląd z wyroku TK z 18 października 2004 r., w sprawie P 8/04, że powinność uwzględniania istnienia orzeczenia ETPC w działaniu organów wewnętrznych zobowiązuje także TK do stosowania – w ramach kontroli konstytucyjności – zasad i metod interpretacji prowadzących do łagodzenia ewentualnych kolizji między standardami wynikającymi z polskiego stosowanego prawa a tymi ukształtowanymi przez ETPC (OTK ZU nr 9/A/2004, poz. 92, pkt III 2.4.). Z tej perspektywy Trybunał przyjmuje, że wyrok w sprawie *Vajnai przeciwko Węgrom* ma znaczenie dla kontroli przepisów zakwestionowanych w rozstrzyganej sprawie. Choć bowiem zgodnie z art. 46 EKPC wyroki ETPC wiążą państwo – stronę postępowania w danej sprawie, to państwa trzecie, które są stroną EKPC powinny dążyć do ukształtowania systemu ochrony praw człowieka w taki sposób, aby w jak najpełniejszym zakresie uwzględniać standardy wypracowane w orzecznictwie ETPC na gruncie EKPC. W deklaracji z Interlaken z 19 lutego 2010 r., podsumowującej Konferencję wysokiego szczebla na temat przyszłości Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, państwa członkowskie Rady Europy zgodziły się, że powinny „brać pod uwagę rozwijające się orzecznictwo [ETPC], także odnośnie uwzględniania wniosków, jakie wynikają z wyroków stwierdzających naruszenie Konwencji przez inne państwo członkowskie, jeżeli zasadniczo identyczny problem występuje także w systemie prawnym danego państwa” (pkt B.4.c deklaracji).

Dlatego, mając na uwadze podobieństwo stanu prawnego na Węgrzech do stanu prawnego w Polsce, Trybunał rozważył konsekwencje płynące z orzeczenia ETPC dla oceny regulacji polskiej. Trybunał zbadał zwłaszcza, czy art. 256 § 2 i 3 k.k. nie kryminalizuje zachowań dotyczących symboliki, która mieć może charakter wieloznaczny, oraz czy przepis ten, przez brak wystarczającej określoności, nie godzi w wolność słowa.

4. Wzorce kontroli.

4.1. Art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 Konstytucji.

Wnioskodawca jako jeden z wzorców kontroli wskazał art. 42 Konstytucji. Z uzasadnienia wniosku wynika, że wnioskodawca w istocie kwestionuje zgodność zaskarżonego przepisu z art. 42 ust. 1 Konstytucji – twierdzi, że godzi on w zasadę, że zakaz albo nakaz obwarowany sankcją karną powinien być sformułowany w sposób precyzyjny i ścisły (zasada *nullum crimen sine lege penali anteriori*).

4.1.1. W wyroku z 9 czerwca 2010 r. w sprawie SK 52/08 (OTK ZU nr 5/A/2010, poz. 50, pkt III 1.1.) Trybunał stwierdził, że zasada ta służy ochronie prawnej jednostek przed arbitralnością oraz nadużyciami ze strony organów władzy publicznej. Wskazał, że wynikają z niej następujące reguły szczegółowe:

- 1) czyny zabronione muszą być określone w ustawie (*nullum crimen sine lege scripta*),
- 2) typy przestępstw muszą być określone w sposób maksymalnie dokładny (*nullum crimen sine lege certa*),
- 3) niedopuszczalne jest stosowanie (niekorzystnej dla sprawcy) analogii i wykładni rozszerzającej,
- 4) ustawa karna wprowadzająca odpowiedzialność karną lub ją zaostrzająca nie może działać wstecz (*nullum crimen sine lege praevia, lex retro non agit*),
- 5) przepis ustawy karnej musi spełniać test obliczalności i przewidywalności skutków prawnych działań jego adresata.

4.1.2. W sprawie SK 52/08 Trybunał podkreślił, że „nakazu określoności (*nullum crimen sine lege*) nie spełnia przepis ustawy karnej wówczas, gdy adresat normy prawnokarnej nie jest w stanie zrekonstruować, jedynie na jego podstawie, zasadniczych znamion czynu zabronionego. Przepis ustawy karnej musi stwarzać podmiotowi odpowiedzialności karnej realną możliwość takiej rekonstrukcji prawnokarnej konsekwencji zachowania. Jeśli wynik tego testu jest pozytywny, to dany przepis prawa represyjnego jest zgodny z zasadami *nullum crimen sine lege scripta* oraz *nullum crimen sine lege certa*. Zasady te gwarantują jednakże, że odpowiedzialność karną może ponieść tylko sprawca czynu zabronionego przez ustawę, nie zaś, że ustawa taka będzie zawierała opis każdego możliwego zachowania, które wyczerpuje znamiona tego czynu” (pkt III 5.3.).

Trybunał stwierdzał także, że:

- 1) norma karna powinna wskazywać w sposób jednoznaczny zarówno osobę, do której skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego, jak i rodzaj sankcji grożącej za popełnienie takiego czynu;
- 2) zasada określoności wskazana w art. 42 Konstytucji nakazuje ustawodawcy takie wskazanie czynu zabronionego (jego znamion), aby zarówno dla adresata normy prawnokarnej, jak i organów stosujących prawo i dokonujących odkodowania treści regulacji w drodze wykładni normy prawa karnego nie budziło wątpliwości to, czy określone zachowanie *in concreto* wypełnia te znamiona;
- 3) skoro ustawa wprowadza sankcję w wypadku zachowań zabronionych, nie może pozostawiać jednostki w nieświadomości czy nawet niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony pod groźbą takiej sankcji.

Dlatego jakiegokolwiek wskazanie ogólnikowe, umożliwiające daleko idącą swobodę interpretacji co do zakresu znamion czynu zabronionego czy pewnego typu kategorii zachowań, nie może być traktowane jako spełniające wymóg określoności na gruncie art. 42 ust. 1 Konstytucji (zob. też wyroki z 26 listopada 2003 r., SK 22/02, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 97, pkt III 4.; z 5 maja 2004 r., P 2/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 39, pkt III 3.5.; z 13 maja 2008 r., P 50/07, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 58, pkt III 1.).

4.1.3. Spełnienia najwyższych wymogów określoności przepisów wymagać należy od przepisów prawa karnego, które ingerują w sferę wolności słowa. Jej znaczenie w demokratycznym społeczeństwie było wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie

Trybunału, w tym w wyrokach dotyczących konstytucyjności przepisów prawa karnego (por. wyroki: z 11 października 2006 r., P 3/06, OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 121; z 30 października 2006 r., P 10/06, OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 128; z 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 57).

4.1.4. Trybunał stoi na stanowisku, że znaczenie zwrotów niedookreślonych – szczególnie w wypadku prawa karnego – nie może być ustalane arbitralnie *ad casu* przez organy państwa. Dlatego Trybunał podziela w rozstrzyganej sprawie swoje wcześniejsze stanowisko, że użycie zwrotu niedookreślonego wymaga istnienia szczególnych gwarancji proceduralnych, zapewniających przejrzystość i ocenność praktyki wypełniania nieostrego zwrotu konkretną treścią przez organ decydujący o tym wypełnieniu (zob. wyrok z 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK ZU nr 1/A/2006, poz. 2, pkt III 5.).

4.1.5. Nakaz określoności przepisów karnych należy widzieć w kontekście ogólnego nakazu określoności przepisów prawnych (por. wyrok TK z 22 czerwca 2010 r., SK 25/08, OTK ZU nr 5/A/2010, poz. 51, pkt III 2.2.). Nakaz ten znajduje swoje źródło w zasadzie demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), stanowiąc jedną z dyrektyw poprawnej legislacji; ma zastosowanie w wypadku wszelkich regulacji, kształtujących pozycję prawną obywatela (zob. zamiast wielu: wyroki TK: z 28 października 2009 r., Kp 3/09, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 138, pkt III 6.1.; z 3 grudnia 2009 r., Kp 8/09, OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 164, pkt III 5.1.). W wyroku w sprawie Kp 3/09 (pkt III 6.2.) Trybunał, orzekając w pełnym składzie, stwierdził, że na ustawodawcy ciąży obowiązek tworzenia przepisów prawa możliwie najbardziej określonych zarówno pod względem ich treści, jak i formy. Trybunał orzekł też o konieczności przeprowadzenia testu określoności prawa, który powinien być odnoszony do kontrolowanej regulacji. Na test ten składa się: 1) precyzyjność regulacji prawnej, 2) jasność przepisu oraz 3) jego legislacyjna poprawność. Precyzyjność (precyzja) „winna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na wyegzekwowanie” (wyrok z 21 marca 2001 r., K 24/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 51, pkt III 18.). Jasność przepisu oznacza jego klarowność i zrozumiałość dla adresatów, którzy mają prawo oczekiwać od racjonalnego ustawodawcy tworzenia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw (zob. sprawa Kp 8/09, pkt III 5.1.). Poprawność przepisu oznacza natomiast jego właściwą konstrukcję z punktu widzenia językowego i logicznego i jest warunkiem podstawowym, pozwalającym na ocenę przepisu w aspekcie pozostałych kryteriów – jasności i precyzyjności (*tamże*). Podczas konstytucyjnej kontroli określoności danej regulacji konieczne jest przeprowadzenie wskazanego testu, a następnie odniesienie we właściwej proporcji do charakteru badanej regulacji (sprawa Kp 3/09, pkt III 6.3.). W tym ostatnim aspekcie znaczenie ma rodzaj regulowanej materii, kategoria adresatów, do których przepisy są kierowane, oraz stopień ingerencji proponowanych regulacji w konstytucyjne wolności i prawa.

4.1.6. Trybunał w rozstrzyganej sprawie podtrzymuje swe utrwalone w orzecznictwie poglądy na temat przestrzegania przez prawodawcę nakazu określoności przepisów prawa w ogólności oraz szczególnych wymogów stawianych przepisom prawa karnego, a mianowicie:

- 1) przepis prawa karnego powinna cechować precyzyjność, jasność oraz legislacyjna poprawność;
- 2) adresat normy prawnokarnej powinien być w stanie zrekonstruować, jedynie na podstawie określających ją przepisów, a więc z zastosowaniem wyłącznie językowych reguł wykładni, zasadnicze znamiona czynu zabronionego;
- 3) jednostka nie powinna być w stanie niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony;

- 4) norma karna powinna wskazywać w sposób jednoznaczny zarówno osobę, do której skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego, jak i rodzaj sankcji grożącej za popełnienie takiego czynu;
- 5) użycie zwrotów niedookreślonych lub wieloznacznych w obszarze prawa karnego wymaga istnienia szczególnych gwarancji proceduralnych, zapewniających przejrzystość i ocenność praktyki wypełniania nieostrego zwrotu konkretną treścią przez organ państwa.

4.1.7. Trybunał przyjmuje, że głównym wzorcem kontroli konstytucyjnej jest w rozstrzyganej sprawie art. 42 ust. 1 Konstytucji. Przepisem wobec niego związkowym jest art. 54 ust. 1 Konstytucji. Nieokreśloność kwestionowanej regulacji kodeksu karnego stanowić może bowiem zagrożenie dla wolności słowa. Nieokreśloność ta skutkować może kryminalizacją takich wypowiedzi i zachowań, które są ekspresją poglądów chronioną na podstawie art. 54 ust. 1 Konstytucji. Art. 2 Konstytucji, również wskazany przez skarżącego jako wzorzec kontroli, nie jest samoistnym wzorcem kontroli w rozpatrywanej sprawie. Wynikająca z niego ogólna zasada określoności przepisów prawnych jest bowiem doprecyzowana – w odniesieniu do przepisów prawa karnego w art. 42 ust. 1 Konstytucji (por. wyrok w sprawie SK 25/08, pkt III 2.2.).

4.2. Inne wzorce kontroli.

4.2.1. Poddanie kontroli zgodności art. 256 § 2 i 3 k.k. z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji jest uzależnione od odpowiedzi na pytanie, czy kwestionowana regulacja spełnia wymogi określoności przepisu prawa karnego. Tylko bowiem pozytywna odpowiedź na to pytanie umożliwi kontrolę proporcjonalności ustawowej ingerencji w wolność słowa (w tym zbadanie, czy proporcjonalna jest sankcja przewidziana w art. 256 § 2 k.k.). W wypadku zaś odpowiedzi negatywnej kontrola taka stanie się zbędna. Mając na uwadze treść wniosku w niniejszej sprawie, Trybunał zauważa jednak, że kontrola art. 256 § 2 k.k. z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji jest możliwa tylko w zakresie, w jakim kryminalizacji podlega produkowanie, utrwalanie lub sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie – w celu rozpowszechniania – druku, nagrania lub innego przedmiotu będącego nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej. Trybunał podziela stanowisko Marszałka Sejmu, że tylko w tej części treść art. 256 § 2 k.k. nie pozostaje w związku z art. 256 § 1 k.k. Wnioskodawca nie kwestionował konstytucyjności kryminalizacji zachowań objętych dyspozycją art. 256 § 1 k.k., a więc treści, o której mowa w art. 256 § 2 k.k. Dlatego Trybunał uznaje, że w niniejszej sprawie niedopuszczalna jest kontrola art. 256 § 2 k.k. w zakresie, w jakim przewiduje on kryminalizację produkowania, utrwalania lub sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia lub przesyłania – w celu rozpowszechniania – druku, nagrania lub innego przedmiotu zawierającego treść określoną w § 1, z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

4.2.2. Z uzasadnienia wniosku wynika, że zgłaszając jako wzorzec przepisy ratyfikowanych umów międzynarodowych – art. 9, art. 10 w związku z art. 17 EKPC i art. 19 MPPOiP, wnioskodawca nie wyszedł poza przytoczenie treści wzorca Konstytucji, tj. art. 54 ust. 1 w kontekście określoności przepisów prawa karnego (art. 42 ust. 1 Konstytucji). Sformułowane na podstawie ww. norm zarzuty są tożsame. Dokonanie oceny zgodności kwestionowanego przepisu z wzorcem konstytucyjnym sformułowanym w art. 54 ust. 1 Konstytucji czyni zbędną wypowiedź Trybunału w zakresie oceny zgodności wskazanego przepisu z powołanymi wzorcami prawnomiędzynarodowymi (zob. np. wyrok z 4 listopada 2010 r., K 19/06, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 96, pkt 11; zob. też wyrok z 18 października 2004 r., P 8/04, pkt III 5.). Dlatego Trybunał za nieadekwatny wzorzec kontroli w niniejszej sprawie uznaje powołane przepisy prawa międzynarodowego – art. 9,

art. 10 w związku art. 17 EKPC i art. 19 MPPOiP.

5. Kwestia zgodności z Konstytucją art. 256 § 2 i 3 k.k.

5.1. Zgodność art. 256 § 2 k.k. z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji.

5.1.1. Określoność kryminalizacji produkowania, utrwalania, sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia lub przesyłania – w celu rozpowszechniania – druku, nagrania lub innego przedmiotu zawierającego treść określoną w art. 256 § 1 k.k.

5.1.1.1. Kontroli konstytucyjności w rozstrzyganej sprawie podlega w pierwszej kolejności spełnienie warunków określoności przepisów prawa karnego przez art. 256 § 2 k.k. w zakresie, w jakim przewiduje kryminalizację produkowania, utrwalania, sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia lub przesyłania w celu rozpowszechniania – druku, nagrania lub innego przedmiotu zawierającego treść określoną w art. 256 § 1 k.k. Trybunał zauważa, że przy zastosowaniu literalnych reguł wykładni zrekonstruowanie normy na podstawie wyrażenie „treść określoną w § 1” jest utrudnione. Z uzasadnienia nowelizacji art. 256 k.k. wynika jednak, że celem ustawodawcy była kryminalizacja czynności przy użyciu przedmiotów służących celom określonym w art. 256 § 1 k.k., tj. propagowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa albo nawoływaniu do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Trybunał przyjmuje więc, że chodzi tu w istocie o „treści”, a nie „treść określoną w § 1”.

5.1.1.2. Z punktu widzenia zasady określoności przepisów karnych konieczne jest, aby cel rozpowszechniania, o którym mowa w art. 256 § 2 k.k., odnosił się do precyzyjnie określonych zachowań. Na gruncie art. 256 § 2 k.k. zachowania te mają znaczenie bliskoznaczne: przechowywanie wiąże się z posiadaniem danego przedmiotu; wcześniejsze posiadanie jest konieczne do jego prezentowania, przewożenia i przesyłania; produkowanie, sprowadzanie i nabywanie prowadzi do wejścia w jego posiadanie. Czynności te – pod warunkiem, że będą stanowić publiczne propagowanie ustroju totalitarnego lub nawoływanie do nienawiści – są ponadto zabronione na podstawie art. 256 § 1 k.k. Prowadzi to zatem do pokrywania się zakresu kryminalizacji określonej w art. 256 § 1 i art. 256 § 2 k.k.

5.1.1.3. Taka konstrukcja przepisu nie przesądza o jego nieokreśloności. Trybunał podziela stanowisko Marszałka Sejmu i Prokuratora Generalnego, że w art. 256 § 2 k.k. wskazany jest cel kierunkowy. Art. 256 § 2 k.k. stanowi o czynnie dokonywanym „w celu rozpowszechniania”. Nawet mając na uwadze posłużenie się przez ustawodawcę w treści art. 256 § 2 k.k. pojęciem „inny przedmiot”, nie można uznać – jak chciałby wnioskodawca – że celem kwestionowanej regulacji jest „wprowadzenie karalności każdego faktu posiadania przedmiotu o treści opisanej w § 1 art. 256 Kodeksu karnego”. Świadczy o tym również treść art. 256 § 3 k.k., który wyłącza przestępność działań podejmowanych „w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej”. Niewystarczająca określoność badanego fragmentu art. 256 § 2 k.k. nie może być również uzasadniona brakiem znamienia publicznego charakteru zachowań opisanych w tym przepisie. Z istoty takich zachowań jak produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie i posiadanie wynika bowiem ich niepubliczny charakter. Zachowania te stanowić mogą czynności przygotowawcze w stosunku do – mających charakter publiczny – zachowań określonych w art. 256 § 1 k.k. Trybunał, dzieląc stanowiska Prokuratora Generalnego oraz Marszałka Sejmu, zauważa ponadto, że

zachowania opisane w art. 256 § 1 k.k. są pojęciami zastanymi, występującymi w innych przepisach kodeksu karnego (np. w art. 202 § 3 k.k.). Z tych powodów Trybunał przyjmuje, że badany fragment art. 256 § 1 k.k. nie narusza wymogów określoności przepisów prawa karnego.

5.1.1.4. Na marginesie Trybunał zauważa, że art. 256 § 2 k.k. nie zakazuje zbywania opisanych w nim przedmiotów – nie czyni zadość celowi nowelizacji, który deklarowali jej projektodawcy.

5.1.1.5. Trybunał zauważa również, że jakkolwiek w art. 256 § 2 ustawodawca kryminalizuje na równi czynności służące propagowaniu skrajnie prawicowego ustroju państwowego (faszyzmu) jak i skrajnie lewicowego ustroju państwowego (komunizmu), to w sferze ideologicznych fundamentów tych reżimów ogranicza się do tego pierwszego ustroju, zakazując – w art. 256 § 1 k.k. – nawoływania do szerzenia nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych – pomijając szerzenie nienawiści na tle różnic klasowych. Tymczasem publiczne propagowanie lub nawoływanie do nienawiści klasowej było i wciąż jest w wielu państwach podstawą ideologii oficjalnej albo podstawą programu skrajnej lewicy (zob. T. Snyder, *Skrwawione ziemie. Europa między Hitlerem a Stalinem*. Warszawa 2011, *passim*). Takie zawężone uregulowanie w art. 256 § 1 k.k. stanowi najpewniej refleks przyjętej w 1966 r. przez Narody Zjednoczone treści art. 20 ust. 2 MPPOiP, który stanowi, że: „Popieranie w jakikolwiek sposób nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej, stanowiące podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu, powinno być ustawowo zakazane”. To znaczy, że prawodawca międzynarodowy w sposób niepełny określił zakres szerzenia nienawiści w odniesieniu do ideologii komunistycznej.

5.1.2. Określoność kryminalizacji produkowania, utrwalania, sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia lub przesyłania – w celu rozpowszechniania – druku, nagrania lub innego przedmiotu będących nośnikami symboliki totalitarnej.

5.1.2.1. Na podstawie art. 256 § 2 k.k. karalności podlega produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie – w celu rozpowszechniania – druku, nagrania lub innego przedmiotu będących nośnikami symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej. W orzecznictwie Trybunału dopuszcza się – pod ściśle określonymi warunkami – używanie w prawie karnym zwrotów niedookreślonych (por. wyroki w sprawach SK 43/05, pkt III 8.5. oraz SK 52/08, pkt III 5.3.). Jednak gdy w przepisie prawa karnego występuje pojęcie niedookreślone, od ustawodawcy oczekiwać należy najwyższej możliwej precyzji przy opisie znamion tego czynu. Z tej perspektywy Trybunał rozważył, czy znamiona te zostały określone w sposób zapewniający dostateczny stopień precyzji podczas ustalania ich znaczenia i skutków prawnych. Kontroli konstytucyjności podlega zatem określoność wyrażenia: „druku, nagrania lub innego przedmiotu będących nośnikami symboliki totalitarnej”. Aktualność bowiem zachowują ustalenia Trybunału zawarte w pkt 5.1.1.3., dotyczące określoności zachowań opisanych w art. 256 § 2 k.k.

5.1.2.2. Trybunał stwierdza, że posłużenie się w przepisie karnym wyrażeniem: „druku, nagrania lub innego przedmiotu będących nośnikami symboliki totalitarnej” narusza zasadę określoności przepisów prawa karnego. Trybunał podziela wątpliwości wyrażone przez komentatorów art. 256 § 2 k.k. Wskazywali oni m.in., że „nie jest wiadome, czy za symbol komunizmu uznany zostanie czerwony sztandar, czy też np. będzie to musiał być czerwony sztandar z sierpem i młotem, czy też koszulka z wizerunkiem Che Guevary” (E. Pływaczewski, A. Sakowicz, komentarz do art. 256 k.k., pkt III.18., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*. Komentarz do artykułów 222-316, t. II, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010) oraz, że „art. 256 § 2 spowoduje istotne

problemy natury praktycznej. W większości państw w ogóle nie istnieje odpowiednik przepisu art. 256 § 2 polskiego kodeksu karnego, a w wielu krajach legalnie działają partie komunistyczne” (M. Mozgawa, Komentarz do art. 256 k.k., pkt 12, [w:] M. Mozgawa red., M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, Kodeks karny. Komentarz praktyczny, Oficyna, 2010, wyd. III, LEX 2010).

Uwagi te są również prawdziwe w odniesieniu do przedmiotów będących nośnikiem symboliki faszystowskiej. Poza bowiem swastyką, jednoznacznie kojarzoną obecnie z narodowym socjalizmem i jego zbrodniami przeciwko ludzkości, istnieją inne symbole, które będąc faszystowskimi, mogą mieć także inne znaczenie.

5.1.2.3. W tym zakresie Trybunał, nawiązując do tez wyroku ETPC w sprawie *Vajnai przeciwko Węgrom*, stwierdza, że odpowiedzialności karnej nie może podlegać posługiwanie się przedmiotami, których znaczenie może być wieloznaczne. Warto przypomnieć, że ETPC w istocie za zbyt wieloznaczny uznał przepis węgierskiego kodeksu karnego, który był precyzyjniejszy od kontrolowanego przepisu (zob. pkt 3.1.4. uzasadnienia). Wymieniał bowiem enumeratywnie symbole, którymi posługiwanie się jest zabronione. Pomimo to ETPC stwierdził, że ze względu na wieloznaczność symbolu, jakim jest czerwona, pięcioramienna gwiazda, dla wystąpienia karalności konieczne jest, aby posłużenie się nią stanowiło propagowanie reżimu totalitarnego (por. § 56 wyroku). Kontrolowane wyrażenie użyte w art. 256 § 2 k.k. nie zawiera zamkniętej listy symboli, którymi posłużenie się jest zabronione. Jest regulacją wieloznaczną i niewystarczająco określoną. Stanowić może zagrożenie dla wolności słowa w większym stopniu niż negatywnie ocenione przez ETPC przepisy węgierskiego k.k.

5.1.2.4. Trybunał podziela ponadto zdanie Marszałka Sejmu, że braku wystarczającej określoności badanego fragmentu art. 256 § 2 k.k. nie naprawia unormowany w art. 256 § 3 k.k. kontratyp. Nie wyjaśnia on bowiem nieprecyzyjności „symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”, a tym samym „niedookreślonego zakresu kryminalizacji” art. 256 § 2 k.k. Trafne są pytania komentatorów o to, czy do wyłączenia karnej bezprawności czynu dojdzie wobec osoby, która publicznie nosiła na ubraniu symbol kojarzony z systemem/ustrojem totalitarnym, a zwłaszcza, czy będzie ona w stanie dowieść, że jej zachowanie stanowi działalność artystyczną (por. E. Pływaczewski, A. Sakowicz, komentarz do art. 256 k.k., pkt III.19., [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki, *op.cit.*). Zdaniem Trybunału, wydaje się to mało prawdopodobne – zachowanie takie nie może być bowiem uznane za działalność artystyczną. Stanowić może natomiast ekspresję przekonań estetycznych czy antytotalitarnych – ekspresję, której kryminalizacji nie wyłącza art. 256 § 3 k.k. W efekcie na podstawie art. 256 § 2 k.k. ściganiu podlegają zachowania, które nie są szkodliwe społecznie, na przykład w sytuacji prowadzenia publicznie ostrej krytyki postaw i poglądów totalitarnych za pomocą druku, nagrania lub innego przedmiotu będących nośnikami symboliki totalitarnej.

5.1.2.5. Dodatkowo badanemu fragmentowi art. 256 § 2 k.k. – przepisowi zawierającemu zwroty niedookreślone – nie towarzyszą wystarczające gwarancje proceduralne. Już zbyt pochopne wszczęcie postępowania karnego w sprawie „symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”, nawet kończące się dla podejrzanego (oskarżonego) pozytywnie, mogłoby mieć, poza niepotrzebną ingerencją w prawa jednostki, efekt mrozący dla debaty publicznej oraz – co niewykluczone – mogłoby wzmacniać skrajne ugrupowania polityczne poszukujące w represji ze strony państwa energii do poszukiwania kolejnych zwolenników.

5.1.2.6. Konkludując, Trybunał stwierdza, że art. 256 § 2 k.k., w zakresie w jakim przewiduje kryminalizację produkowania, utrwalania, sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia lub przesyłania – w celu

rozpowszechniania – druku, nagrania lub innego przedmiotu będących nośnikami symboliki totalitarnej, nie spełnia kryteriów określoności, wymaganych dla przepisów karnych – jest skonstruowany w sposób nieprecyzyjny, niejasny i niepoprawny. Przekłada się to na niepewność sytuacji prawnej osób, które – z różnych przyczyn – pragną posłużyć się symbolami, które mogą zostać uznane za totalitarne. Dlatego art. 256 § 2 k.k. jest w części obejmującej wyrazy: „albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej” niezgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji.

5.1.2.7. Zważywszy na orzeczenie o niezgodności art. 256 § 2 k.k. (we wskazanym zakresie) z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 Konstytucji, Trybunał stwierdza zbędność orzekania o zgodności (w tym zakresie) art. 256 § 2 k.k. z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji (w tym zbędność badania, czy przewidziana sankcja jest nieproporcjonalna). Trybunał pragnie podkreślić raz jeszcze, że brak określoności art. 256 § 2 k.k. wymaganej dla przepisów prawa karnego sam w sobie godzi w chronioną w art. 54 ust. 1 Konstytucji wolność słowa.

5.2. Zgodność art. 256 § 3 k.k. z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji oraz z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zgodnie z uchwaloną ostatecznie wersją art. 256 § 3 k.k., nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w art. 256 § 2 k.k., jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej.

Trybunał podziela stanowisko Marszałka Sejmu, że art. 256 § 3 k.k. nie można – jako takiemu – postawić zarzutu nieokreśloności. To, że konstrukcja kontratypu nie sanuje nieokreśloności art. 256 § 2 k.k., nie powoduje, że art. 256 § 3 k.k. jest nieokreślony. Trybunał dostrzega, że ustawodawca wąsko określił wyłączenia karnej bezprawności czynu i że poza zakresem wyłączenia pozostaje na przykład ekspresja przekonań estetycznych czy antytotarytnych, która nie może być uznana za działalność artystyczną, edukacyjną, kolekcjonerską lub naukową. Problem ten wynika jednak z nieokreśloności wskazanego fragmentu art. 256 § 2 k.k., nie zaś z samej konstrukcji kontratypu.

Trybunał podziela także stanowisko Marszałka Sejmu, że art. 256 § 3 k.k. jest zgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Art. 256 § 2 k.k. – z powodów wskazanych w punkcie 4.2.1. uzasadnienia oraz w związku ze stwierdzeniem (zakresowo) niezgodności art. 256 § 2 k.k. z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji – nie został skontrolowany przez Trybunał pod kątem zgodności z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Gdyby jednak miało mieć to miejsce, to w treści art. 256 § 2 k.k. poszukiwać należałoby ewentualnych źródeł nieproporcjonalnej ingerencji w wolność słowa. Sytuacja taka nie pojawia się natomiast w wypadku art. 256 § 3 k.k. Przepis ten ogranicza bowiem, a nie rozszerza, dopuszczalny na podstawie art. 256 § 2 k.k. zakres ingerencji w wolność słowa.

6. Skutki wyroku.

Orzeczenie o niekonstytucyjności art. 256 § 2 *in fine* k.k. oznacza, że ograniczone zastosowanie znajdzie art. 256 § 4 k.k. Na jego podstawie sąd będzie mógł orzec przepadek przedmiotów zawierających treść określoną w art. 256 § 1 k.k. Nie będzie to natomiast możliwe w odniesieniu do przedmiotów będących nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej.