



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 5.04.2018r.

Adam Bodnar

VII.564.9.2018.MM

Trybunał Konstytucyjny
Warszawa

sygn. akt K 1/18

Pismo procesowe

W ślad za pismem Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 14 marca 2018 r. (nr pisma: VII.564.9.2018.MM), w którym Rzecznik zgłosił swój udział w sprawie o sygn. akt K 1/18, zgodnie z treścią tego pisma, przedstawiam **uzasadnienie** stanowiska Rzecznika.

Jako przedmiot zaskarżenia Prezydent RP wskazał w swoim wniosku art. 55a ustawy z dnia 26 stycznia 2018 r. *o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary* (Dz. U. poz. 369; dalej jako: ustawa nowelizująca). Z treści uzasadnienia wniosku wynika jednak, że właściwym przedmiotem zaskarżenia jest art. 55a ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz. U. z 2016 r., poz. 1575 ze zm.; dalej jako: ustawa o IPN) dodany art. 1 pkt 6 ustawy nowelizującej. Dlatego też Rzecznik zajął stanowisko względem art. 55a ustawy o IPN. Treść tego przepisu jest następująca:

Art. 55a. 1. Kto publicznie i wbrew faktom przypisuje Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność lub współodpowiedzialność za popełnione przez III Rzeszę Niemiecką zbrodnie nazistowskie określone w art. 6 Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego załączonej do Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisanego w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r. (Dz. U. z 1947 r. poz. 367), lub za inne przestępstwa stanowiące zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne lub w inny sposób rażąco pomniejsza odpowiedzialność rzeczywistych sprawców tych zbrodni, podlega grzywnie lub karze pozbawienia wolności do lat 3. Wyrok jest podawany do publicznej wiadomości.

2. Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 działa nieumyślnie, podlega grzywnie lub karze ograniczenia wolności.

3. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w ust. 1 i 2, jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej lub naukowej.

Wskazany przepis wprowadza nowy typ przestępstwa polegający na **przypisywaniu** Narodowi Polskiemu lub Państwu polskiemu **publicznie** i **wbrew faktom** odpowiedzialności lub współodpowiedzialności za popełnione przez III Rzeszę Niemiecką zbrodnie nazistowskie określone w art. 6 Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego załączonej do Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej podpisanego w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r. lub za inne przestępstwa stanowiące zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne lub rażącym pomniejszaniu w inny sposób odpowiedzialności rzeczywistych sprawców tych zbrodni. Uzasadnieniem takiej regulacji prawnej mają być pojawiające się od wielu lat w obiegu publicznym, także za granicą, wypowiedzi, sprzeczne z prawdą historyczną, w tym m.in. określenia takie jak „polskie obozy śmierci”, „polskie obozy zagłady”, czy „polskie obozy koncentracyjne”. Niewątpliwie tego typu wypowiedzi wywołują doniosłe skutki, godząc bezpośrednio w dobre imię Rzeczypospolitej Polskiej i Narodu Polskiego i działając destrukcyjnie na wizerunek Rzeczypospolitej Polskiej, zwłaszcza za granicą. W ocenie ustawodawcy stosowane dotychczas środki interwencji dyplomatycznej oraz dostępne środki prawne są niewystarczające dla przeciwdziałania tego

typu wypowiedziom (zob. uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, druk sejmowy nr 806).

Należy zwrócić uwagę na istniejący w polskim systemie prawnym art. 133 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - *Kodeks karny* (Dz. U. z 2017 r., poz. 2204 ze zm.; dalej jako: k.k.), zgodnie z którym, kto publicznie znieważa Naród lub Rzeczpospolitą Polską, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Przepis ten chroni przed naruszeniami **cześć** oraz **szacunek** należne narodowi oraz Rzeczpospolitej Polskiej. Ustawodawca, zamieszczając to przestępstwo w rozdziale grupującym przestępstwa „przeciwko Rzeczpospolitej Polskiej”, wyraźnie oddziela prawnokarną ochronę narodu i Rzeczpospolitej Polskiej przed znieważeniem od ochrony przed znieważeniem lub poniżeniem konstytucyjnych organów państwa. Objęte treścią przepisu pojęcie narodu obejmuje wszystkich obywateli Rzeczpospolitej, zarówno zamieszkałych na obszarze Rzeczpospolitej, jak i zamieszkujących poza jej granicami. Drugim dobrem prawnym chronionym wskazanym przepisem jest państwo polskie zarówno jako twór prawa międzynarodowego, jak i jako twór polityczny posiadający jednoznacznie scharakteryzowany przez ustawę zasadniczy ustrój konstytucyjny. Przedmiot ochrony art. 133 k.k. jest więc tożsamy z przedmiotem ochrony art. 55a ustawy o IPN. Opisujący znamię czynu zabronionego termin „znieważa” należy do kategorii terminów ocennych. Istotą znamienia „znieważa” jest **niemożność dokonania oceny takiego zachowania w kategoriach wartości logicznej prawdy lub fałszu**. W literaturze powszechnie przyjmuje się, że interpretacja tego pojęcia powinna być dokonywana w oparciu o kryteria maksymalnie zobiektywizowane. Znieważenie oznacza takie zachowanie, które według zdeterminowanych kulturowo i powszechnie przyjętych ocen społecznych stanowi wyraz pogardy, ośmieszenia czy uwłaczania narodowi lub Rzeczypospolitej Polskiej (Zob. P. Kardas, *Komentarz do art. 133 Kodeksu karnego*, Lex Nr 543382). Treścią art. 133 k.k. są więc objęte jedynie wypowiedzi, których **celem** jest znieważenie Narodu Polskiego lub Rzeczpospolitej Polskiej, a nie wypowiedzi jedynie niezgodne z prawdą historyczną, co w ocenie ustawodawcy ma uzasadniać zasadność wprowadzenia art. 55a ustawy o IPN. Przesłpstwo określone w art. 133 k.k. ma charakter umyślny. Umyślność może w tym przypadku przybierać jedynie postać zamiaru bezpośredniego. Natomiast przestępstwo określone w art. 55a ustawy o IPN może zostać popełnione również nieumyślnie.

Należy podkreślić, że przed wejściem w życie ustawy nowelizującej obowiązywał już art. 55 ustawy o IPN penalizujący zaprzeczanie publicznie i wbrew faktom m.in. zbrodniom nazistowskim, a więc penalizujący tzw. kłamstwo oświęcimskie. Ustawa nowelizująca rozszerzyła zakres stosowania tego przepisu dodając do ustawy o IPN przepis art. 55b, zgodnie z którym niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia czynu zabronionego ustawę o IPN stosuje się do obywatela polskiego oraz cudzoziemca w razie popełnienia przestępstw, o których mowa w art. 55 i art. 55a ustawy o IPN.

W polskim systemie prawnym istniała już regulacja analogiczna do przewidzianej w art. 55a ustawy o IPN. Przepisem art. 37 ustawy z dnia 18 października 2006 r. *o ujawnieniu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów* (Dz. U. Nr 218, poz. 1592) wprowadzono do k.k. art. 132a, zgodnie z którym: „Kto publicznie pomawia Naród Polski o udział, organizowanie lub odpowiedzialność za zbrodnie komunistyczne lub nazistowskie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Rzecznik Praw Obywatelskich w dniu 15 stycznia 2007 r. wniósł do Trybunału Konstytucyjnego wniosek o stwierdzenie niezgodności tego przepisu z art. 54 ust. 1 i art. 73 w związku z art. 31 ust. Konstytucji RP. W ocenie Rzecznika przepis ten prowadził do nieproporcjonalnego ograniczenia konstytucyjnej wolności słowa i wolności badań naukowych. Przepis ten utracił moc w związku z wejściem w życie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 września 2008 r. (sygn. akt K 5/07), w którym Trybunał stwierdził niezgodność wskazanego przepisu z art. 7 oraz art. 121 ust. 2 w związku z art. 118 ust.1 Konstytucji RP. Kontrolą Trybunału została więc objęta procedura uchwalenia ustawy, a nie materialnoprawna treść regulacji.

W praktyce obywatele polscy w przypadku wypowiedzi publicznych zawierających nieprawdziwe informacje historyczne dotyczące Narodu Polskiego i Rzeczypospolitej Polskiej mogą korzystać również z drogi cywilnoprawnej, występując z powództwem o naruszenie dóbr osobistych w oparciu o art. 23 i 24 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - *Kodeks cywilny* (Dz. U. z 2018 r., poz. 398). Chodzi tu przede wszystkim o naruszenie takich dóbr jak godność, tożsamość narodowa i godność narodowa. Przykładem może tu być postępowanie sądowe, do którego przyłączył się Rzecznik Praw Obywatelskich, w którym Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 22 grudnia 2016 r. (sygn. akt I

ACa 1080/16), uznał posłużenie się przez niemiecką stację telewizyjną sformułowaniem „polskie obozy śmierci” za naruszenie dóbr osobistych obywatela polskiego będącego byłym więźniem obozu koncentracyjnego Auschwitz.

I. Zarzut niezgodności art. 55a ustawy o IPN z art. 54 ust 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP

Stosowanie art. 55a ustawy o IPN niewątpliwie wiąże się z wkroczeniem w sferę wolności słowa, która stanowi jedną z podstawowych wolności gwarantowanych w demokratycznym państwie prawa i jest chroniona zarówno w aktach prawa międzynarodowego (swoboda wypowiedzi została przede wszystkim zagwarantowana na gruncie art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC)), jak i na gruncie obowiązującej Konstytucji RP¹. Zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP każdemu zapewnia się wolność **wyrażania** swoich poglądów oraz **pozyskiwania** i **rozpowszechniania** informacji. Zgodnie z treścią tego przepisu na swobodę wypowiedzi składają się trzy wzajemnie powiązane ze sobą wolności – wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji oraz wolność rozpowszechniania informacji. Należy więc zwrócić uwagę, że zagwarantowana art. 54 ust. 1 Konstytucji RP wolność słowa obejmuje zarówno prawo jednostki do swobodnego wyrażania własnych przekonań, jak i prawo do zapoznawania się z odmiennymi opiniami, poglądami i informacjami pochodzącymi z różnych źródeł. W swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wskazywał na mieszany charakter wolności wypowiedzi stanowiącej wolność osobistą realizowaną w sferze życia prywatnego jednostki oraz wolność polityczną mającą swoje odzwierciedlenie w sferze życia publicznego i politycznego (J. Sadowski, *Art. 54 [Wolność słowa; zakaz cenzury]*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis 2016, s. 5). Z punktu widzenia przepisu stanowiącego przedmiot kontroli Trybunału w niniejszej sprawie szczególnie istotne znaczenie ma drugi aspekt wolności

¹ Rzecznik Praw Obywatelskich sporządzając niniejsze pismo procesowe wzięł pod uwagę ekspertyzę przygotowaną przez prof. dr hab. I. C. Kamińskiego, *Nowelizacja ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach oraz ustawy odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary* (Dz. U. z 2018 r., poz. 369). *Ocena w świetle standardów prawnych wynikających z Konstytucji oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Ekspertyza prawna* (ss. 36).

słowa. W swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie odnosił się do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) w sprawie *Handyside p. Wielkiej Brytanii* z 7 grudnia 1976 r. (skarga nr 5493/7), podkreślając, że swoboda wypowiedzi jest jednym z fundamentów społeczeństwa demokratycznego, warunkiem jego rozwoju i samorealizacji jednostek i nie może się ona ograniczać do informacji i poglądów odbieranych jako przychylne, nieszkodliwe lub obojętne. Wolność słowa chroni bowiem również wypowiedzi wyrażające dezaprobatę, niechęć, uprzedzenia, czy antypatie (zob. wyroki TK z: 23 marca 2006 r., sygn. akt K 4/06, OTK-A, Nr 3, poz. 32; z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 128; 25 lutego 2014 r., sygn. akt SK 65/12, OTK-A 2014, Nr 2, poz. 14). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się konieczność jak najszerszego rozumienia pojęcia „pogląd” na gruncie art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. Obejmuje ono nie tylko wypowiedzi ocenne wyrażające stosunek mówiącego do określonych zjawisk i zdarzeń (oceny i opinie), ale również wypowiedzi deskryptywne, informujące zarówno o faktach rzeczywistych, jak i faktach domniemanych, twierdzeniach przypuszczeniach i prognozach (zob. J. Sadowski, *op. cit.*; wyrok TK z 20 lutego 2007 r., sygn. akt P 1/06, OTK-A, Nr 2 poz. 11). Niewątpliwie art. 54 ust. 1 Konstytucji RP obejmuje więc również swobodę formułowania wypowiedzi dotyczących faktów historycznych, których to wypowiedzi w szczególny sposób dotyczyć będzie art. 55a ustawy o IPN. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 maja 2008 r. (sygn. akt SK 43/05) podkreślił szczególne znaczenie swobody wypowiedzi dla dziennikarzy, których rolą jest rozpowszechnianie informacji i idei dotyczących spraw będących przedmiotem publicznego zainteresowania i mających publiczne znaczenie. Trybunał zwrócił uwagę, że art. 54 ust. 1 Konstytucji RP pozostaje w ścisłym związku z art. 14 Konstytucji RP, stanowiącym, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu”. Dlatego też, „zapewniona w art. 14 Konstytucji wolność prasy i innych środków społecznego przekazu jest w istocie podkreśleniem znaczenia szczególnego przejawu wolności, której dotyczy art. 54 ust. 1 Konstytucji. Zamieszczenie w Konstytucji odrębnego przepisu dotyczącego wolności środków społecznego przekazu uzasadnione jest tym, że ten wycinek wolności słowa uzyskał rangę zasady ustrojowej. Stało się tak nie tylko z uwagi na doświadczenia historyczne, ale przede wszystkim ze względu na powszechnie przyjmowany ścisły i konieczny związek zasady państwa demokratycznego i wolności środków

społecznego przekazu. W ocenie Trybunału „wolność mediów wzmacnia wolność wypowiedzi (przez tworzenie płaszczyzny pluralistycznego dyskursu umożliwiającego samorealizację jednostki), ale i wolność wypowiedzi wzmacnia wolność mediów”. Art. 55a ustawy o IPN, z uwagi na fakt, że penalizuje **publiczne** i wbrew faktom przypisywanie Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialności lub współodpowiedzialności za zbrodnie nazistowskie, będzie miał w praktyce szczególne znaczenie właśnie dla możliwości realizacji wolności słowa w jej publicznym wymiarze – jako wolności o charakterze politycznym, ze szczególnym uwzględnieniem prezentacji poglądów za pośrednictwem mediów i Internetu. Przewidziany bowiem w art. 55a ust. 3 ustawy o IPN kontratyp obok działalności artystycznej i naukowej nie obejmuje działalności dziennikarskiej, i to zarówno działalności dziennikarskiej prowadzonej za pośrednictwem profesjonalnych środków przekazu społecznego, jak i działalności tzw. dziennikarstwa społecznego, prowadzonego w szczególności za pośrednictwem Internetu.

Wyrażona w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP wolność wypowiedzi nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Ograniczenie wolności wypowiedzi może więc nastąpić wyłącznie w ustawie, musi być uzasadnione ochroną jednej z wartości wskazanych w wymienionym przepisie Konstytucji RP (bezpieczeństwo państwa demokratycznego lub porządku publicznego, ochrona środowiska, zdrowie i moralność publiczna oraz wolności i prawa innych osób) i spełniać wymogi zasady proporcjonalności. Wprowadzone ograniczenie nie może też prowadzić do naruszenia istoty wolności wypowiedzi. Podobna klauzula limitacyjna została ujęta również w art. 10 ust. 2 EKPC. Zgodnie z tym przepisem swoboda wypowiedzi może podlegać ograniczeniom po łącznym spełnieniu trzech warunków – **legalności, celowości i konieczności**.

Kwestia spełnienia konstytucyjnej zasady wyłączności ustawowej ograniczenia wolności wypowiedzi i warunku legalności zostanie rozwinięta w dalszej części niniejszego pisma procesowego. W tym miejscu należy odnieść się do zgodności ograniczenia wolności wypowiedzi zawartego w art. 55a ustawy o IPN z zasadą celowości i zasadą proporcjonalności (konieczności).

Wskazuje się, że spośród wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP podstaw ograniczenia swobody wypowiedzi w dotychczasowym orzecznictwie przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego były: **konieczność ochrony bezpieczeństwa publicznego i porządku publicznego oraz wzgląd na potrzebę ochrony wolności i praw innych osób**. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 6 lipca 2011 r. (sygn. akt P 12/09, OTK-A 2011, Nr 6 poz. 51) wskazał, że przesłanka bezpieczeństwa państwa oznacza stan, w którym brak jest zagrożeń dla bezpieczeństwa państwa jako całości oraz dla jego demokratycznego rozwoju. Przy czym ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw ze względu na to uwarunkowanie mogą znajdować uzasadnienie nie tylko w zagrożeniach zewnętrznych (wynikających z agresywnych działań lub zamierzeń innych państw), ale także w zagrożeniach wewnętrznych, pod warunkiem że osiągną one taki rozmiar, że dotkną podstaw bytu państwa, integralności jego terytorium, losu jego mieszkańców lub istoty systemu rządów. Natomiast zagrożenia o mniejszej wadze należy odnosić do przesłanki porządku publicznego, rozumianej jako postulat takiego ukształtowania stanu faktycznego wewnątrz państwa, który umożliwia normalne współzycie jednostek w organizacji państwowej. Jest to w szczególności konsekwencją braku zagrożeń dla funkcjonowania instytucji ustrojowych państwa. Wskazuje się (zob. J. Sadowski, *op. cit.*, s. 11.) że konieczność ochrony bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego, jako podstawy legitymizującej ograniczenie swobody wypowiedzi, rozważana była w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przede wszystkim w kontekście oceny konstytucyjności ograniczeń wynikających z przepisów prawa karnego typizujących przestępstwa: znieważenia funkcjonariusza publicznego (art. 216 § 1 k.k.), publicznego znieważenia Prezydenta RP (art. 135 § 2 k.k.) oraz nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo z powodu bezwyznaniowości (art. 256 § 1 k.k.). Trybunał wskazywał w tych przypadkach na konieczność zapewnienia efektywnego i niezakłóconego funkcjonowania władzy publicznej, z czym związana jest potrzeba ochrony autorytetu instytucji państwowych, w tym zapewnienie funkcjonariuszom publicznym szerszej niż powszechna ochrony przed wypowiedziami znieważającymi (zob. wyroki TK z: 11 października 2006 r., sygn. akt P 3/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 121; 6 lipca 2011 r., sygn. akt P 12/09, OTK-A 2011, Nr 6, poz. 51). Za słuszny należy uznać jednak pogląd, iż nadmierny stopień prawnokarnej

ochrony Prezydenta RP (a także innych funkcjonariuszy publicznych) może prowadzić do naruszenia wolności wypowiedzi oraz prawidłowego funkcjonowania organu państwa, a przez to zasady dobra wspólnego. Twierdzenie, że „wystąpienie przeciwko podmiotowi będącemu emanacją ustrojową «dobra wspólnego», godzi w Rzeczpospolitą jako dobro wspólne wszystkich obywateli przez np. obniżenie prestiżu organów państwa, erozję zaufania obywateli do Rzeczypospolitej, i może prowadzić do stanów malejącego stopnia identyfikacji obywateli z państwem”, może wieść do swoistej sakralizacji pozycji ustrojowej Prezydenta RP (czy też innego funkcjonariusza publicznego), a w konsekwencji do ograniczenia debaty publicznej w tym zakresie (zob. zdanie odrębne sędziego TK P. Tulei do wyroku TK z 6 lipca 2011 r., sygn. akt P 12/09).

Ochrona dobrego imienia Rzeczypospolitej Polskiej i Narodu Polskiego, która jest celem ochrony prawnokarnej wprowadzonej przez art. 55a ustawy o IPN, niewątpliwie mieści się we wskazanym wyżej rozumieniu przesłanek bezpieczeństwa i porządku publicznego. Ma ona bowiem wpływ na identyfikację obywateli z państwem i może rzutować na współżycie jednostek w ramach organizacji państwowej, w tym np. na kontakty z mniejszościami narodowymi. Wydaje się więc, że do ochrony tej można odnieść wątpliwości dotyczące wprowadzania nadmiernej ochrony prawnokarnej funkcjonariuszy publicznych. Wypowiedzi, których przedmiotem jest Naród i Państwo Polskie, podobnie jak wypowiedzi dotyczące funkcjonariuszy publicznych i organów państwowych, stanowią bowiem w państwie demokratycznym centralny element debaty publicznej. Sama obecność krytycznych, bądź nawet niezgodnych z prawdą historyczną, wypowiedzi dotyczących Narodu i Państwa Polskiego nie musi prowadzić bezpośrednio do osłabienia demokratycznego rozwoju państwa bądź zagrożenia dla skuteczności działań instytucji publicznych.

Należy podzielić pogląd, że w społeczeństwach demokratycznych przywiązuje się mniejszą wagę do ochrony wartości o charakterze prestiżowym, a większą do potrzeby krytyki i społecznej kontroli. Natomiast w ustrojach autorytarnych czy totalitarnych władza, niepewna swej legitymizacji, chętnie ucieka się do pewnej tabuizacji samej siebie, swych organów, instytucji i symboli” (L. Gardocki, *Europejskie standardy wolności wypowiedzi a polskie prawo karne*, „Państwo i Prawo” z. 3/1993, s. 26). Dlatego też przy ocenie

dopuszczalności wkroczenia w sferę wolności słowa w demokratycznym państwie prawa zasadne jest odróżnienie środków o charakterze symbolicznym, od tych zmierzających do faktycznej i rzeczywistej ochrony bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego.

Odnosząc się do ochrony praw i wolności innych osób jako konstytucyjnej podstawy ograniczania swobody wypowiedzi, należy wskazać, że Trybunał Konstytucyjny podkreśla równoważny charakter swobody wypowiedzi i prawa do ochrony dóbr osobistych, jako praw mających jednakże źródło w art. 30 Konstytucji RP. W związku z tym kolizja między tymi równoważnymi prawami musi być rozumiana zgodnie z konstytucyjnym mechanizmem harmonizowania praw i wolności (zob. J. Sadowski, *op. cit.*, s. 14; wyrok TK z 12 maja 2008 r., sygn. akt 43/05, OTK-A 2008, Nr 4, poz. 57). W doktrynie prawa i orzecznictwie sądów powszechnych wyodrębnia się dobro osobiste, jakim jest poczucie tożsamości narodowej oraz godności narodowej. Przyjmuje się, że poczucie przynależności narodowej oraz duma z takiej przynależności mieszczą się w powszechnie i społecznie akceptowanym zestawie wartości, które mogą stanowić ważny element stanu świadomości i uczuć człowieka, a jeśli są wyznawane i kultywowane przez określoną osobę, należy je uznać za jej dobra osobiste podlegające ochronie przewidzianej na gruncie prawa cywilnego (zob. F. Rakiewicz, *Poczucie tożsamości narodowej jako dobro osobiste w świetle polskiego prawa cywilnego. Część pierwsza oraz Część druga*, Studia Prawa Prywatnego, Nr 02/2011 i 03/2011; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 30 września 2015 r., sygn. akt I ACa 403/15; wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 25 kwietnia 2016 r., sygn. akt I C 151/14). Niewątpliwie więc art. 55a ustawy o IPN może być wiązany z ochroną praw i wolności innych osób.

Podobnie ETPC jako cele regulacji uzasadniające ingerencję w swobodę wypowiedzi wskazywał **zapobieżenie zakłócaniu porządku oraz ochronę praw innych osób**. W wyroku w sprawie *Perinçek przeciwko Szwajcarii* z 15 października 2015 r. (skarga nr 27510/08) ETPC wskazał, iż konieczne jest wykazanie realnego związku pomiędzy celem w postaci zapobiegania zakłócaniu porządku a ingerencją w wolność wypowiedzi, a więc udowodnienie, że wypowiedź powodowała zakłócenie porządku lub była w stanie do takiego zakłócenia doprowadzić. Sprawa dotyczyła skazania skarżącego w oparciu o przepisy karne za publiczne zaprzeczanie ludobójstwu Ormian z 1915 r. Formuła

mówiąca o zapobieżeniu zakłócaniu porządku musi być, w ocenie ETPC, rozumiana restrykcyjnie i nie może być utożsamiana z obroną/zachowaniem porządku publicznego, a więc szerszym pojęciem, które odwołuje się do „zbioru politycznych, gospodarczych i moralnych zasad kluczowych dla podtrzymania struktury społecznej”. W swoim nowszym orzecznictwie ETPC łączy zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego **z wezwaniem do przemocy obecnym w wypowiedzi** (zob. I. C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Wolters Kluwer Polska 2010, s. 109-128) Chodzi tu o obiektywnie istniejący związek między wypowiedzią a wezwaniem do przemocy. Dla oceny celowości ograniczeń w rozumieniu Konstytucji RP i EKPC istotne znaczenie mają ustalenia dotyczące przedmiotu ochrony prawnokarnej. Jedynie w przypadku ingerencji, którą ETPC zaklasyfikuje jako zmierzającą do ochrony bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, państwu-stronie Konwencji przysługują szerokie uprawnienia decyzyjne, zwane marginesem swobody oceny². Znamiona czynu zabronionego określone w art. 55a ustawy o IPN nie odnoszą się jednak do wzywania do przemocy. Należy więc przypuszczać, że ETPC nie uznałby, że przepis ten służy ochronie bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego.

Biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo ETPC, należy uznać, że ETPC nie uznałby ingerencji w wolność słowa dokonywanej przez art. 55a ustawy o IPN za służącą ochronie Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego jako „innej osoby”. Należy podkreślić, że chociaż ETPC akceptował, że ingerencję mogła uzasadniać ochrona praw innych osób, to wskazując na kluczowe prawa i wartości, takie jak godność i cześć, wyraźnie identyfikowano pewne cechy chronionych jednostek (byli to krewni ofiar) – tak w wyroku *Perinçek przeciwko Szwajcarii*. Gdy natomiast ETPC zgadzał się, że w grę wchodziły prawa całej populacji, to jednak nie przyjmował, że ingerencja dokonana służyła ochronie hierarchicznie kluczowej godności (czci) wszystkich osób, lecz co najwyżej specyficznego ich prawa, ściśle powiązanego z kwestionowanym przekazem – prawa do uzyskania

² I. C. Kamiński, *Projekt nowelizacji ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Ekspertyza Prawna*. Ekspertyza została sporządzona na zlecenie Rzecznika Praw Obywatelskich i przedstawiona na etapie rządowego procesu legislacyjnego.
Dostęp: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12282660/12339404/12339407/dokument212956.pdf>

obiektywnej informacji (wyrok ETPC w sprawie *Monnat przeciwko Szwajcarii* z 21 września 2006 r., skarga nr 73604/01)³.

Po określeniu celu ograniczenia konstytucyjnej wolności wypowiedzi, konieczna jest ocena zasadności takiego ograniczenia z punktu widzenia zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W utrwalonym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wypracowano trzystopniowy test kontroli proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń. Po pierwsze należy więc ocenić, czy dana regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (zasada przydatności). Po drugie zbadania wymaga, czy wprowadzane ograniczenie jest niezbędne dla ochrony innego dobra (zasada konieczności). Wreszcie sprawdzenia wymaga, czy efekty zaskarżonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zasada proporcjonalności *sensu stricto*) - zob. m.in. wyroki TK z dnia: 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98; 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98, 6 marca 2007 r., sygn. akt SK 54/06.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich wątpliwości może budzić przydatność art. 55a ustawy o IPN dla realizacji zamierzonych przez ustawodawcę celów w postaci ochrony dobrego imienia Narodu Polskiego i Rzeczypospolitej Polskiej. Jak wynika z przedstawionych już wyżej wyjaśnień, istnieje prawdopodobieństwo, że w przypadku indywidualnych skazań w oparciu o art. 55a ustawy o IPN, ETPC uznałby, że doszło do naruszenia art. 10 Konwencji. Szczególnie istotne znaczenie ma tu przywołany już wcześniej wyrok w sprawie *Perinçek przeciwko Szwajcarii*. W sprawie tej ETPC potwierdził, że godność ofiar i poczucie tożsamości współczesnych Ormian mogą zostać uznane za uprawniony cel ingerencji w rozumieniu art. 10 ust. 2 Konwencji. Odnosząc się do kwestii zachowania zasady proporcjonalności między powziętymi środkami a celem, który miał zostać osiągnięty, ETPC zwrócił jednak uwagę na kontekst wypowiedzi skarżącego i stwierdził, że nie znamionowały go ani silne napięcia społeczne, ani specyficzny podtekst historyczny. Trybunał nie był przekonany, że wypowiedzi skarżącego mogły mieć poważne skutki dla tożsamości społeczności ormiańskiej. Mając na uwadze fakt, iż penalizacja karna stanowi jedną z najpoważniejszych form ingerencji w swobodę

³ *Ibidem*.

wypowiedzi, ETPC uznał, iż władze szwajcarskie powinny dążyć do uzyskania odpowiedniej równowagi pomiędzy wolnością wypowiedzi a prawem Ormian do ochrony ich godności. Trudno się zgodzić z twierdzeniem, że kontekst społeczny i historyczny w przypadku mechanizmu stosowania art. 55a ustawy o IPN jest zdecydowanie odmienny aniżeli w sprawie *Perinçek przeciwko Szwajcarii*, co ma być spowodowane tym, iż w realiach polskich, co wynika ze specyficznych uwarunkowań historycznych, które sprawiły, że Naród Polski i Państwo Polskie należą do głównych ofiar zbrodni III Rzeszy Niemieckiej, wypowiedzi sugerujące odpowiedzialność Polaków za takie zbrodnie wywołują powszechny sprzeciw i uzasadnione oburzenie społeczne⁴. Niewątpliwie bowiem podobny sprzeciw i społeczne oburzenie wśród Ormian mogą wywoływać wypowiedzi dotyczące zbrodni, do jakich doszło w latach 1915-1917. Nie można również uznać, że różnica pomiędzy okolicznościami objętymi treścią art. 55a ustawy o IPN a stanem faktycznym w sprawie *Perinçek przeciwko Szwajcarii* wynika z faktu, że polska regulacja prawna dotyczy wypowiedzi o charakterze zniesławiającym lub znieważającym. Jak wskazano natomiast już wyżej, znieważenie Narodu lub Rzeczypospolitej Polskiej jest karane na gruncie art. 133 k.k. Istota przepisu stanowiącego przedmiot kontroli w niniejszej sprawie, sprowadza się więc do objęcia odpowiedzialnością karną również wypowiedzi, których celem nie było wyrażenie pogardy, ośmieszenie czy uwłaczanie narodowi lub Rzeczypospolitej Polskiej. Jak słusznie zwrócił uwagę Minister Spraw Zagranicznych, ewentualne negatywne rozstrzygnięcie ETPC w odniesieniu do skarg przeciwko Polsce nie sprzyjałoby realizacji celów uzasadniających wprowadzenie art. 55a do ustawy o IPN i mogłoby wręcz osłabić na arenie międzynarodowej polskie argumenty merytoryczne i wagę sprzeciwu moralnego zgłaszanego przez Polskę oraz utrudnić korzystanie z już dostępnych środków reagowania wobec przypadków obrażania dobrego imienia Polski przez nieuprawnione twierdzenia⁵. Stąd też uzasadniony wydaje się wniosek, że wątpliwa jest przydatność wprowadzenia odpowiedzialności karnej za przestępstwo określone w art. 55a ustawy o IPN.

⁴ Zob. *Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach, ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary oraz ustawy o zakazie propagowania komunizmu lub innego ustroju totalitarnego przez nazwy budowli, obiektów i urządzeń użyteczności publicznej* (druk sejmowy nr 806).

⁵ Zob. *Opinia Ministerstwa Spraw Zagranicznych*, [dostęp:] <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12282660/12339392/12339395/dokument210294.pdf>.

Dla oceny zgodności kontrolowanego przepisu z zasadą przydatności istotne jest też rozważenie, czy praktyka jego stosowania doprowadzi do zamierzonego przez ustawodawcę skutku w postaci ograniczenia obecności w obiegu publicznym takich określeń jak „polskie obozy śmierci”, „polskie obozy zagłady”, czy „polskie obozy koncentracyjne”. W debacie dotyczącej art. 55a ustawy o IPN podnoszony jest pogląd, że znamię „przypisywania odpowiedzialności” może nie obejmować zachowań polegających na użyciu wymienionych wyżej sformułowań. By doszło do popełnienia przestępstwa określonego we wskazanym jako przedmiot kontroli przepisie sprawca musiałby sformułować wyraźną tezę wskazującą na fakt popełnienia przez Naród lub Państwo Polskie konkretnej zbrodni wymienionej w art. 55a ustawy o IPN. Samo użycie przymiotnika „polski” w zestawieniu z nazwą obiektu (obozu koncentracyjnego, obozu zagłady) może nie spełniać tego wymogu jako wskazujące lokalizację obiektu, a nie sprawców zbrodni w nim dokonanych⁶.

Z uzasadnienia do ustawy nowelizującej wynika, że intencją ustawodawcy było sankcjonowanie przede wszystkim czynów dokonanych poza granicami Polski. Dlatego też w art. 55b ustawy o IPN rozszerzono zakres zastosowania zasady ochronnej nieograniczonej i wskazano, że art. 55a ustawy o IPN znajdzie zastosowanie do obywatela polskiego i cudzoziemca niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia czynu zabronionego. W praktyce jednak ściganie i skazanie cudzoziemca za popełnienie przestępstwa, o którym mowa w zaskarżonym przepisie, będzie niezwykle utrudnione z uwagi na konieczność dokonania oceny świadomości dotyczącej bezprawności czynu zabronionego. Zgodnie bowiem z art. 30 k.k. nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności; jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. W przypadku cudzoziemców nieznających polskiego systemu prawnego i nieposiadających realnej możliwości zapoznania się z nim, w praktyce bardzo łatwe będzie więc wykazanie usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności czynu, a w konsekwencji zwolnienie ich z odpowiedzialności karnej. Ustawa o IPN nie rozstrzyga zaś relacji pomiędzy przepisami wprowadzonymi przez ustawę nowelizującą a przepisami kodeksu karnego. Wynika stąd, że art. 55a ustawy o IPN jest przepisem przede wszystkim o charakterze symbolicznym

⁶ Zob. pogląd M. Małeckiego, Archiwum Osiatyńskiego, [dostęp:] <https://archiwumosiatynskiego.pl/wpis-w-debacie/polskie-obozy-smierci-nadal-bedzie-mozna-karac-dr-malecki-rozwiewa-mit/>

i stanowi wyraz polskiej polityki historycznej w stosunkach międzynarodowych. Ograniczona możliwość jego faktycznego stosowania uzasadnia poważne wątpliwości co do wypełnienia przez niego wymogów zasady przydatności.

Wątpliwości budzi również spełnienie przez art. 55a ustawy o IPN wymogów zasady konieczności. Należy bowiem podkreślić, że wprowadzenie sankcji karnych za określony rodzaj wypowiedzi zawsze stanowi istotne wkroczenie w sferę wolności wypowiedzi. Utrzymywanie sankcji karnych tego typu może mieć „mrożący skutek” (ang. *chilling effect*) dla debaty publicznej i powstrzymywać m.in. dziennikarzy przed wykonywaniem ich funkcji społecznej. Już sama bowiem groźba wszczęcia postępowania karnego wiąże się z dolegliwościami mogącymi zniechęcać do zabierania głosu w dyskusji publicznej i formułowania wypowiedzi dotyczących określonych tematów, a tym samym wpływać również na dostęp społeczeństwa do informacji (zob. wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 128). Ryzyko „mrożącego skutku” wzrasta, gdy ściganie przestępstwa odbywa się z oskarżenia publicznego, a sankcją jest pozbawienie wolności. Rzecznik Praw Obywatelskich wielokrotnie zwracał uwagę na orzecznictwo ETPC wskazujące na konieczność ograniczenia, czy wręcz wyeliminowania, stosowania sankcji karnych za zniesławienie, a więc odnośnie do przestępstwa dotyczącego podmiotów prywatnych. Tym bardziej zasadne wydaje się ograniczenie sankcji karnych za wypowiedzi dotyczące Narodu i Państwa Polskiego, które jako takie dysponują wielorakimi środkami zmierzającymi do ochrony własnego dobrego imienia i czci. Już na etapie rządowego procesu legislacyjnego podnoszono, że „ściganie karne za przypisywanie Narodowi Polskiemu współodpowiedzialności za zbrodnie III Rzeszy Niemieckiej powinno być ograniczone do najbardziej jaskrawych oraz intencjonalnych zachowań, których szkodliwość społeczna jest największa”⁷. Dlatego też istotne wątpliwości budzi konieczność wprowadzenia art. 55a ustawy o IPN w sytuacji, gdy w polskim systemie prawa obowiązuje wskazany już wyżej art. 133 k.k., który penalizuje wypowiedzi intencjonalnie zmierzające do naruszenia dobrego imienia Narodu i Państwa Polskiego oraz art. 55 ustawy o IPN, który penalizuje karane również w wielu innych państwach kłamstwo oświęcimskie. Wskazane

⁷ Zob. uwagi Instytutu Pamięi Narodowej, [dostęp:] <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12282660/12339404/12339407/dokument210313.pdf>

przepisy obejmują swoim zakresem zachowania polegające na negowaniu prawdy historycznej w celu zdewaluowania dobrego imienia Polski.

Należy podkreślić, że wbrew deklarowanym intencjom ustawodawcy art. 55a ustawy o IPN w sposób ogólny odnosi się do wypowiedzi na temat historii Polski, a nie ogranicza się wyłącznie do sformułowań „polskie obozy śmierci”. Ministerstwo Spraw Zagranicznych w oficjalnym komunikacie wskazało, że wprowadzona ustawą nowelizującą kara będzie dotyczyć precyzyjnie określonych sytuacji i ma służyć zapobieganiu świadomemu szkalowaniu Polski, a ostateczna ocena danego przypadku będzie zależała od sądu⁸. Poszukiwanie prawdy historycznej stanowi jednak integralną część swobody wypowiedzi. Dotyczy to zarówno dziennikarzy, historyków, nauczycieli, jak i świadków wydarzeń i ich rodzin. W wyroku w sprawie *Monnat przeciwko Szwajcarii* z 21 września 2006 r. (skarga nr 73604/01) ETPC podkreślił, iż wzburzenie, jakie pewne twierdzenia o przeszłości mogą wywoływać w społeczeństwie, stanowią część wysiłku, jaki każdy kraj powinien podjąć, aby umożliwić otwartą dyskusję na temat własnej historii. Dlatego też za zasadny należy uznać pogląd, że sądy co do zasady nie powinny być miejscem władczego rozstrzygnięcia sporów historycznych⁹.

Z punktu widzenia zasady konieczności poważne wątpliwości budzi również sposób ukształtowania strony podmiotowej przestępstwa określonego w przepisie stanowiącym przedmiot kontroli. Zgodnie bowiem z art. 55a ust. 2 ustawy o IPN odpowiedzialności za przestępstwo polegające na publicznemu i wbrew faktom przypisaniu Narodowi i Państwu Polskiemu odpowiedzialności za wskazane zbrodnie podlega również sprawca, który działał nieumyślnie. Należy zwrócić uwagę, że art. 133 k.k., którego przedmiotem ochrony, jak już wskazano, są identyczne dobra, przewiduje odpowiedzialność karną wyłącznie za czyn popełniony z zamiarem bezpośrednim. Podobnie przestępstwa znieważenia Prezydenta RP (art. 135 § 2 k.k.) i znieważenia funkcjonariusza publicznego (art. 226 § 1 k.k.) należą do kategorii przestępstw umyślnych. Również art. 55 ustawy o IPN nie przewiduje odpowiedzialności za działanie nieumyślne. Stąd też treść art. 55a ust. 2 ustawy o IPN może

⁸ [Dostęp:]

http://www.msz.gov.pl/pl/aktualnosci/wiadomosci/komunikat_ministerstwa_spraw_zagranicznych_rp_dotyczacy_nowelizacji_ustawy_o_instytucji_pamieci_narodowej__.

⁹ Zob. opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie projektu ustawy nowelizującej, [dostęp:] http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/01/opinia-nowelizacja-ustawy-o_ipn_final.pdf.

budzić poważne wątpliwości z punktu widzenia spójności systemu prawa karnego i rodzi pytanie o konieczność przyjmowania takiego rozwiązania. W demokratycznym państwie prawa problem braku odpowiedniej wiedzy historycznej, który w praktyce będzie przyczyną nieumyślnego naruszenia dóbr chronionych w art. 55a ust. 1 ustawy o IPN, powinien być rozwiązywany poprzez działania edukacyjne, a nie poprzez nakładanie sankcji karnych. W wyroku z dnia 11 października 2006 r. (sygn. akt P 3/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 121) Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „nie bez znaczenia dla oceny intensywności penalizacji jest ocena strony podmiotowej przestępstwa”. Wyrok ten dotyczył przestępstwa znieważenia funkcjonariusza publicznego, a więc przestępstwa o charakterze umyślnym. Należy uznać, że wprowadzenie przepisu, wkraczającego w konstytucyjną swobodę wypowiedzi poprzez ściganie przestępstwa o charakterze nieumyślnym, nie odpowiada kryterium konieczności wyrażonemu w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Z kolei realizacja celu w postaci ochrony praw innych osób w tym m.in. ofiar II wojny światowej, jest obecnie możliwa również na drodze cywilnoprawnej, czego dowodem może być chociażby wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 grudnia 2016 r. (sygn. akt I ACa 1080/16), w którym sąd nakazał przeproszenie Pana Karola Tendery, byłego więźnia niemieckiego nazistowskiego obozu zagłady w Oświęcimiu, za użycie przez niemiecką telewizję ZDF określenia „polskie obozy śmierci”. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, że należy „podzielić ocenę Sądu I instancji, który stwierdził, że strona pozwana używając w zapowiedzi programowej na swojej stronie internetowej sformułowania „polskie obozy zagłady” naruszyła dobra osobiste powoda Karola Tendery takie jak godność człowieka, tożsamość narodowa i godność narodowa. Jest to bowiem określenie kłamliwe, fałszujące historię i sugerujące, jakoby to naród polski był sprawcą zbrodni nazistowskich. Jak wynika z zeznań powoda czuł się on tym określeniem zbezczeszczony i oburzony, albowiem z tego określenia wynika, że to Naród Polski jest oprawcą i to Polacy budowali i finansowali obozy koncentracyjne, gdy tymczasem zgodnie z prawdą historyczną to Naród Polski był ofiarą zbrodni niemieckich, popełnionych podczas II W. Światowej. Takie określenie - jak zeznał powód - bezcześci jego honor narodowy, podczas gdy sam powód wyrażał swoją dumę z przynależności do Narodu Polskiego oraz wynikającego stąd dziedzictwa. Zwrotem tym przypisuje się narodowi polskiemu zbrodnie obozów koncentracyjnych i Karol Tendera jako były więzień obozu(...) zdaniem sądu ma

prawo czuć się takim określeniem obrażony”. Wskazany wyrok przekonuje, że już przed uchwaleniem kwestionowanej przez Prezydenta RP ustawy, **istniała i nadal istnieje skuteczna ścieżka prawna, na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, dochodzenia roszczeń przez jednostki, które czują się urażone wypowiedziami dotyczącymi zbrodni nazistowskich**. Coraz częściej skuteczne okazuje się również dochodzenie tego typu roszczeń za granicą, o czym świadczy np. wyrok Wyższego Sądu Krajowego w Koblencji, w którym Sąd oddalił roszczenia stacji ZDF, uznając że użycie sformułowania „polskie obozy śmierci” stanowiło naruszenie dóbr osobistych¹⁰.

Zwrócić uwagę także należy na skuteczne działania organizacji społecznych, przeciwdziałających naruszeniu dobrego imienia naszego kraju. Np. warto zwrócić uwagę na działalność Stowarzyszenia Patria Nostra, którego celem jest m.in. przeciwdziałanie fałszowaniu przez zagraniczne media historii Narodu Polskiego, w szczególności poprzez rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji o uczestniczeniu Narodu Polskiego w tworzeniu obozów koncentracyjnych w okresie II wojny światowej. Stowarzyszenie to korzysta właśnie z drogi cywilnoprawnej, występując na drogę sądową.

Trudno również uznać wprowadzenie nowego czynu zabronionego określonego w art. 55a ustawy o IPN za konieczne w sytuacji, gdy Państwo Polskie dysponuje również szeregiem środków dyplomatycznych i edukacyjnych, które mogą być wykorzystane do przeciwdziałania obecności w dyskursie publicznym wypowiedzi naruszających dobre imię Narodu Polskiego i Rzeczypospolitej Polskiej. Zagrożeniu dla bezpieczeństwa i porządku publicznego, jakie mogą wywoływać wypowiedzi objęte zakresem zastosowania art. 55a ustawy o IPN, nie powinno się przeciwdziałać poprzez tworzenie sankcji o charakterze karnym. Takie rozwiązanie, tworzące efekt mrozący dla debaty publicznej, może doprowadzić do cementowania społecznych podziałów i uniemożliwić proces dochodzenia do konsensusu w toczącej się debacie dotyczącej historii najnowszej. Konsekwencją takiego stanu rzeczy może być wzrost przypadków mowy nienawiści, głoszenia poglądów nacjonalistycznych i przejawów dyskryminacji wobec m.in. przedstawicieli mniejszości narodowych.

¹⁰ J. Lepiarz, *Niemiecki sąd wydał wyrok ws. ZDF i "polskich obozów"*, [dostęp:] <http://www.rp.pl/Dobra-osobiste/301199979-Niemiecki-sad-wydal-wyrok-ws-ZDF-i-polskich-obozow.html>.

Wreszcie, wskazany art. 55a ustawy o IPN budzi poważne wątpliwości z punktu widzenia zasady proporcjonalności *sensu stricto*. W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich ograniczenia wolności wypowiedzi zagwarantowanej w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, wprowadzane przez wskazany przepis art. 55a ustawy o IPN są nieproporcjonalne w stosunku do zamierzonych efektów regulacji.

Należy zwrócić tu uwagę na status podmiotu, który jest chroniony wskazanym przepisem. Naród Polski i Państwo Polskie zgodnie z teorią prawa międzynarodowego działają przez organy tego państwa. Niewątpliwie nie mamy więc tu równorzędności z podmiotem prywatnym, którego publiczna wypowiedź może podlegać penalizacji na gruncie art. 55a ustawy o IPN. Państwo, działając przez swoje organy, ma szerokie możliwości budowania spójnej polityki historycznej i prezentowania odpowiedzi na wszelkie wypowiedzi godzące w jego dobre imię – np. poprzez media publiczne, czy na drodze dyplomatycznej. Ustawodawca sięgnął natomiast po środki najsilniej ingerujące w prawa jednostki – a więc po środki prawnokarne. Jak zwrócono już uwagę wyżej, art. 55a ustawy o IPN znajdzie zastosowanie przede wszystkim do działalności dziennikarskiej i medialnej. Należy podkreślić, że media pełnią istotną funkcję kontrolną wobec władzy publicznej. Działalność dziennikarzy pełni rolę ustrojową w Polsce (art. 14 Konstytucji RP), stanowi w istocie realizację istotnej funkcji społecznej i umożliwia obywatelom realizację prawa dostępu do informacji. Stosowanie art. 55a ustawy o IPN może doprowadzić do zjawiska autocenzury, wynikającego z efektu mrożącego przepisów karnoprawnych, w sprawach dotyczących historii najnowszej, a tym samym w istotny sposób ograniczać wolność wypowiedzi w tym konkretnym obszarze.

II. Zarzut niezgodności art. 55a ustawy o IPN z art. 2 i art. 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP

Rzecznik Praw Obywatelskich dostrzega liczne wątpliwości interpretacyjne dotyczące treści art. 55a ustawy o IPN, które mogą w istotny sposób wpłynąć na praktykę stosowania tego przepisu. Stąd też, w ocenie Rzecznika, przepis ten narusza nakaz określoności przepisów karnych związany z zasadą jednoznaczności przepisów prawa wywodzoną

z treści art. 2 Konstytucji RP oraz z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, w którym wyrażona została zasada zakazu pociągnięcia jednostki do odpowiedzialności bez wyraźnie określonej podstawy prawnej.

Odnosząc się do zasady jednoznaczności przepisów wywodzonej z zasady demokratycznego państwa prawa, wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP, Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę na wymóg określoności przepisów prawnych, które muszą być formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny, co ma szczególne znaczenie, gdy chodzi o ochronę praw i wolności (zob. wyrok TK z 11 stycznia 2000r., sygn. akt K 7/99). Niewątpliwie art. 55a ustawy o IPN w sposób bezpośredni wiąże się ze sferą praw i wolności jednostki. Stąd też szczególnie istotne jest w tym przypadku spełnienie wymogu zasady jednoznaczności.

Wskazany we wniosku Prezydenta RP jako wzorzec kontroli art. 42 ust. 1 Konstytucji RP jest przepisem o charakterze gwarancyjnym i ma chronić jednostkę przed nieuprawnioną ingerencją organów władzy publicznej. Pozostaje on w ścisłym związku funkcjonalnym z innymi prawami i wolnościami o charakterze osobistym (zob. wyrok TK z 9 czerwca 2015 r., sygn. akt SK 47/13, OTK-A 2015, Nr 6, poz. 81). Wyrażona w tym przepisie zasada *nullum crimen sine lege* jest szczególną postacią ogólnej zasady określoności przepisów prawa wynikającej z art. 2 Konstytucji RP.

Odpowiedzialność karna w rozumieniu art. 42 ust. 1 Konstytucji RP obejmuje każdy rodzaj odpowiedzialności, który realizuje funkcję represyjną. Chodzi tu więc o środki prawne, które mają służyć wyrażeniu negatywnej oceny i potępieniu popełnionego czynu, a ich dolegliwość nie znajduje dostatecznego uzasadnienia w celach kompensacyjnych, zabezpieczających lub egzekucyjnych, ale daje się zracjonalizować jako powstrzymanie innych od naruszenia danej normy lub też zaspokojenie naruszonego poczucia sprawiedliwości (zob. zob. P. Karlik, T. Sroka, P. Wiliński, *Art. 42 [Zasada nieuchronności odpowiedzialności karnej; prawo do obrony; domniemanie niewinności]*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis 2016, s. 12). Tak rozumianą odpowiedzialność karną niewątpliwie przewiduje art. 55a ustawy o IPN, którego rzeczywistym celem jest przede wszystkim penalizowanie wypowiedzi godzących w dobre imię Narodu i Państwa Polskiego, a nie samo zmniejszenie ilości sformułowań, takich jak

„polskie obozy zagłady” w dyskursie publicznym. Istotny staje się więc nie tylko skutek w postaci zapobieżenia szkodliwemu zjawisku, ale też symboliczne napiętnowanie autorów wypowiedzi godzących w polską pamięć historyczną.

W utrwalonym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP wynikają cztery reguły szczegółowe:

- 1) *nullum crimen sine lege scripta*, zgodnie z którą czyny zabronione muszą być określone **w ustawie**;
- 2) *nullum crimen sine lege certa*, zgodnie z którą czyny zabronione muszą być określone w sposób **maksymalnie dokładny**;
- 3) *nullum crimen sine lege stricta*, zgodnie z którą niedopuszczalne jest stosowanie niekorzystnej dla sprawcy analogii i wykładni rozszerzającej;
- 4) *nullum crimen sine lege praevia*, zgodnie z którą ustawa wprowadzająca odpowiedzialność karną nie może działać wstecz.

Z punktu widzenia oceny konstytucyjności art. 55a ust. 1 ustawy o IPN szczególnie istotne znaczenie ma zasada *nullum crimen sine lege certa* i to ona wymaga rozważenia na gruncie niniejszej sprawy.

Celem zasady *nullum crimen sine lege certa* jest zapobieganie dowolności w działaniu organów państwowych i przerzucanie obowiązku ustalenia zakresu zastosowania przepisów karnych z ustawodawcy na organy stosujące prawo. Możliwość jednoznacznego określenia znamion czynu zabronionego powinna być warunkiem koniecznym dla kryminalizacji danych zachowań. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 czerwca 2009 r. (sygn. akt K 54/07, OTK-A 2009, Nr 6, poz. 86) „ustawodawca nie może wymagać od obywatela uświadomienia sobie zakazu karnego, jeżeli sam nie jest w stanie określić precyzyjnie jego granic. Byłoby to sprzeczne nie tylko z wymogiem ustawowej określoności czynu zabronionego (art. 42 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji), lecz także z szeroko pojmowaną w orzecznictwie konstytucyjnym zasadą wyłączności ustawowej regulacji wolności jednostki, wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji”. Norma prawna, stanowiąca opis czynu zabronionego pod groźbą kary, powinna wskazywać adresata zakazu postępowania oraz pozostałe znamiona czynu

zabronionego pod groźbą kary, wyznaczające krąg zachowań karalnych (zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 26 listopada 2003 r., sygn. akt SK 22/02, OTK-A 2003, Nr 9, poz. 97; 17 lipca 2014 r., sygn. akt SK 35/12, OTK-A 2014, Nr 7, poz. 74).

W doktrynie wskazuje się, że znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary powinny oddawać istotę jego naganności, a zatem opis czynu karalnego powinien zawierać te elementy, które decydują o jego społecznej szkodliwości. Konstrukcja czynu zabronionego pod groźbą kary powinna pozwalać tym samym na zdekodowanie na podstawie ustawy chronionej wartości cennej dla społeczeństwa oraz istoty zachowań ingerujących w tę wartość, które są na tyle naganne, że ustawodawca podjął decyzję o wprowadzeniu kary za ich popełnienie. Wyznacznikiem dostatecznej określoności czynu zabronionego jest spełnienie testu obliczalności i przewidywalności skutków prawnych działań podjętych przez adresata danej normy prawnej. Istotą zasady *nullum crimen sine lege certa* jest więc zapewnienie adresatom normy, a zatem zarówno jednostce, jak i organom stosującym prawo, co najmniej możliwości przewidzenia, podjęcie jakich zachowań sprzecznych z nakazem lub zakazem postępowania zostało przez ustawodawcę zagrożone karą (zob. P. Karlik..., *op.cit.*, s. 24).

Zasada *nullum crimen sine lege certa* nie wyklucza posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi, nieostrymi i ocennymi. Z uwagi na konieczność stanowienia norm o charakterze abstrakcyjnym i generalnym nie jest bowiem możliwe ich całkowite wyeliminowanie z systemu prawa. Dla poszanowania zasady określoności prawa konieczne jest jednak, aby na gruncie stosowania danych przepisów możliwe było konstruowanie wystarczająco precyzyjnych i jednoznacznych norm prawnych w drodze jednolitej wykładni dokonywanej przez organy stosujące prawo (zob. wyrok TK z 14 grudnia 2011 r., sygn. akt SK 42/09). W doktrynie wskazuje się, że ocena dopuszczalności posługiwania się przez ustawodawcę pojęciami nieostrymi i ocennymi w obrębie odpowiedzialności karnej powinna następować *in casu* (zob. P. Karlik..., *op.cit.*, s. 25). Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę, iż jedynie niedająca się usunąć w drodze uznanych metod wykładni nieostrość czy niejasność przepisu może stanowić podstawę naruszenia zasady *nullum crimen sine lege certa* (wyrok TK z 14 lutego 2012 r. sygn. akt P 20/10, OTK-A 2012, Nr 2 poz. 15). Oceniając więc czy dany przepis, może być niezgodny z art.

42 ust. 1 Konstytucji RP należy rozważyć, czy w drodze jednolitej wykładni jest możliwe ustalenie maksymalnego kręgu zachowań, których popełnienie może być zagrożone karą.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich art. 55a ustawy o IPN wskazuje kilka znamion czynu zabronionego, które zostały opisane za pomocą pojęć nieostrych. Analiza zaskarżonego przez Prezydenta RP przepisu wskazuje, że **nie jest możliwe dokonanie jednolitej wykładni tego przepisu w oparciu o wszystkie wymienione w nim przesłanki**. Dlatego też należy uznać, że przepis ten jest niezgodny z zasadą *nullum crimen sine lege certa* wyrażoną w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP.

Definiując zbrodnie, których przypisywanie Narodowi i Państwu Polskiemu ma być penalizowane, ustawodawca posługuje się odesłaniem do art. 6 *Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego załączonej do Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisanego w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r.* (Dz. U. z 1947 r., poz. 367; dalej jako: KMTW). W wyroku z 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt SK 52/08, OTK-A 2010, Nr 5, poz. 50) Trybunał Konstytucyjny uznał, że „sam fakt posłużenia się odesłaniem w przepisie penalizującym dane zachowanie nie jest wystarczający dla stwierdzenia niezgodności zaskarżonego/kwestionowanego przepisu z art. 42 ust. 1 Konstytucji (*nullum crimen sine lege certa*). Niezgodność z konstytucyjną zasadą określoności prawa może wystąpić w konkretnym odesłaniu w normie prawa karnego, która określa znamiona czynu karalnego. Trybunał stwierdza, że wykluczone jest takie niedoprecyzowanie któregośkolwiek elementu normy prawnokarnej, które powodowałoby dowolność w jej stosowaniu przez właściwe organy władzy publicznej czy umożliwiałoby „zawłaszczanie” przez te organy pewnych sfer życia i represjonowanie zachowań, które nie zostały *expressis verbis* określone jako zabronione w przepisie prawa karnego”. Wynika stąd, że zastosowanie odesłania w przepisie prawnokarnym jest dopuszczalne, o ile umożliwia ono precyzyjne zdefiniowanie znamienia czynu zabronionego. Wskazany wyżej art. 6 KMTW zawiera bardzo szeroki katalog przestępstw obejmujący zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości. Katalog ten nie odnosi się więc jedynie do zbrodni Holocaustu, ale też innych zbrodni wojennych, o których wiedza może nie być powszechna. Zakresem zastosowania art. 55a ustawy o IPN będą więc objęte nie tylko wypowiedzi,

których kłamliwość jest oczywista (np. wskazujące na Polaków jako osoby zakładające obozy zagłady lub będące agresorami podczas II wojny światowej) i nie wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego. Przepis ten będzie miał jednak również zastosowanie do wypowiedzi, co do których to sąd będzie musiał stwierdzić, czy są one sprzeczne z faktami. Jak już wskazano wyżej z punktu widzenia konstytucyjnej swobody wypowiedzi, nie jest zasadne, aby to sądy rozstrzygały toczące się w debacie publicznej spory dotyczące historii. Tym bardziej, że w praktyce w wielu przypadkach niezwykle trudne może okazać się oddzielenie aspektu ocenności wypowiedzi od ich aspektu deskryptywnego.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, iż w polskim systemie prawa moc obowiązującą zachowuje dekret z 31 sierpnia 1944 r. *o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną oraz dla zdrajców Narodu Polskiego* (Dz. U. z 1946 r., Nr 69, poz. 377 ze zm.). Akt ten przewiduje m.in. odpowiedzialność karną osób, które idąc na rękę władzy państwa niemieckiego lub z nim sprzymierzonego brały udział w dokonywaniu zabójstw osób spośród ludności cywilnej albo wojskowych lub jeńców wojennych bądź też poprzez wskazanie lub ujęcie działały na szkodę osób ze względów politycznych, narodowościowych, wyznaniowych lub rasowych poszukiwanych lub prześladowanych przez władzę. Sam polski prawodawca przyznaje zatem, że niektóre z osób wchodzących w skład Narodu Polskiego dopuściły się w przeszłości współudziału w zbrodniach nazistowskich. Nie powinno to pozostawać bez znaczenia dla interpretacji znamienia przypisywania wbrew faktom Narodowi i Państwu Polskiemu udziału lub współudziału w tych zbrodniach. Do oceny sądu będzie bowiem należało, czy wypowiedzi dotyczące czynów niektórych Polaków, bądź grup Polaków, nie mieszczą się w granicach objętych art. 55a ustawy o IPN.

Trudności w wyznaczeniu maksymalnego kręgu zachowań, których popełnienie może być zagrożone karą wynikają ponadto ze sposobu określenia kontratypu wskazanego w art. 55a ust. 3 ustawy o IPN. Po pierwsze, należy wskazać na trudności interpretacyjne wiążące się z pojęciem „twórczości artystycznej”. Jest to pojęcie bardzo szerokie obejmujące zarówno klasyczną koncepcję sztuki zakładającą dążenie do wysokiej wartości estetycznej, polegającej na naśladowaniu natury w imię piękna, jak i szeroko rozumianą

sztukę współczesną, odwołującą się do idei postmodernizmu, w której jedną z istotnych wartości jest dekonstrukcja tradycyjnych motywów kulturowych. Wypowiedź artystyczna może więc mieścić się w granicach tolerowanej prowokacji, eksperymentowania, czy przekraczania granic. Przy czym ustawodawca nie uwzględnił tu faktu, że wolność twórczości w rozumieniu art. 73 Konstytucji RP nie ma charakteru absolutnego i również może podlegać ograniczeniom. W obecnym brzmieniu art. 55a ust. 3 ustawy o IPN, w zakresie, w jakim odnosi się do działalności artystycznej, może być więc szeroko wykorzystywany do uchylania bezprawności czynu.

Jeszcze większe wątpliwości budzi zawarty we wskazanym przepisie kontratyp działalności naukowej. Penalizowane przez ustawodawcę wypowiedzi mają bowiem dotyczyć faktów historycznych, a więc tematów wiążących się z wynikami badań naukowych. Może więc budzić wątpliwości zasadność wyłączenia bezprawności czynu w przypadku działalności naukowej, z którą łączone są standardy profesjonalnej rzetelności, w sytuacji, gdy wypowiedź osoby niezobowiązanej do zawodowej rzetelności, będzie skutkowałą pociągnięciem do odpowiedzialności karnej. Ponadto z treści przepisu nie wynika wprost, czy kontratypem zostanie objęta działalność osób amatorsko prowadzących badania naukowe, bądź też prowadzących takie badania w innej niż uprawiana zawodowo dziedzinie naukowej. Powstaje również pytanie, o odpowiedzialność innych osób np. dziennikarzy, formułujących wypowiedzi w oparciu o wyniki nierzetelnych badań naukowych. Warto w tym miejscu przypomnieć wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 listopada 2008 r. o sygn. akt K 5/08 dotyczący dostępu m.in. naukowców do archiwum IPN. W wyroku tym TK zauważył, że szeroka i niedookreślona definicja naukowca, czy też osoby prowadzącej działalność naukową, jest – z punktu widzenia dostępu do archiwów i informacji w nich zawartych – bardziej zaletą niż wadą. Tymczasem, co należy podkreślić, owa szeroka i niedookreślona definicja działalności naukowej w przypadku przepisów karnych sprawia, że w niniejszej sprawie sytuacja ma się wprost odwrotnie. Brak jednoznacznej definicji tych pojęć w przypadku przepisów karnych jest niemożliwą do tolerowania wadą, z uwagi na brak możliwości jednoznacznego zdefiniowania kręgu podmiotów podlegających sankcji karnej w procesie dekodowania kręgu podmiotowego z kwestionowanej normy prawnej.

W tym miejscu należy też przypomnieć i przytoczyć tezy, które znalazły się w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 19 lipca 2011 r. o sygn. akt K 11/10. W orzeczeniu tym zakwestionowano zgodność z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP art. 256 § 2 k.k., poddającego karalności 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”. Trybunał Konstytucyjny podzielił wątpliwości wyrażone w doktrynie, 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 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”. Te zastrzeżenia odniesiono też do przedmiotów będących nośnikiem symboliki faszystowskiej. Stwierdzono, że „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”. Trybunał podzielił ponadto stanowisko (wyrażone w postępowaniu przez Marszałka Sejmu RP), 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. Za trafne uznano pytania 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. Choć zdaniem Trybunału Konstytucyjnego wydaje się mało prawdopodobne, by takie zachowanie zostało uznane za działalność artystyczną, to stanowić ono 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 podlegać mogą 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.

Omawiając powyższy wyrok TK w sprawie o sygn. akt K 11/10 trzeba również podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny wskazał również, że badanemu fragmentowi art. 256 § 2 k.k., 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”.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich przewidziana w art. 55a ustawy o IPN sankcja w postaci kary pozbawienia wolności do lat 3 narusza zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. Konstytucji RP.

Warto w tym miejscu wskazać na orzecznictwo ETPC dotyczące sankcji karnych za zniesławienie. W wyroku z 19 grudnia 2006 r. w sprawie *Dąbrowski przeciwko Polsce* (skarga nr 18235/02) ETPC nie zakwestionował obowiązywania art. 212 k.k., a jedynie wskazał, że przy ocenie proporcjonalności ingerencji konieczne jest uwzględnienie charakteru i surowości wymierzonej kary. Zdaniem ETPC kara może skutkować rodzajem cenzury powstrzymującej dziennikarzy przed udziałem w życiu publicznym. Również w wyrokach w sprawie *Długołęcki przeciwko Polsce* z dnia 24 lutego 2009 r. (skarga nr 23806/03) oraz w sprawie *Maciejewski przeciwko Polsce* z 13 stycznia 2015 r. (skarga nr 3447/05) ETPC dokonywał oceny proporcjonalności sankcji i zastosowania standardów wolności słowa przez sądy krajowe, nie kwestionując przy tym samego art. 212 k.k. jako podstawy prawnej penalizowania zniesławienia. Warto również wskazać na wyroki ETPC dotyczące innych państw. Przykładowo, w orzeczeniu w sprawie *Raichinov przeciwko Bułgarii* (skarga nr 47579/99) z 20 kwietnia 2006 roku ETPC uznał, że sankcje karne dla ochrony reputacji (dobrego imienia) danej osoby dają się pogodzić z art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jedynie w sytuacjach wyjątkowych - w najcięższych sprawach dotyczących wypowiedzi nawołujących czy

podlegających do przemocy. W wyroku w sprawie *Cumpana i Mazare przeciwko Rumunii* (skarga nr 33348/96) ETPC zastrzegł, że: „Kara więzienia za przestępstwo prasowe da się pogodzić ze swobodą wypowiedzi dziennikarzy zagwarantowaną w art. 10 Konwencji jedynie wyjątkowo, w razie poważnego naruszenia innych praw podstawowych, np. siania nienawiści lub podżegania do przemocy”. Odnosząc się do rodzaju sankcji Trybunał wyraził zapatrywanie, że należy wykazać powściągliwość w stosowaniu środków o charakterze karnym, szczególnie gdy dostępne są inne środki reakcji na nieuzasadnione ataki lub krytykę, pochodzące ze strony mediów oraz opozycji (*Castells przeciwko Hiszpanii*, skarga nr 11798/82). Wprawdzie we wskazanym orzeczeniu Trybunał nie wykluczył wprowadzenia sankcji karnych, jako reakcji na pozbawione podstaw lub formułowane w złej wierze zniesławienie, jednakże wskazał jednocześnie, że reakcja taka musi być proporcjonalna (umiarkowana). W kontekście wskazanego orzecznictwa ETPC należy uznać, że sankcja w postaci kary pozbawienia wolności w przypadku czynów określonych w art. 55a ustawy o IPN powinna zostać uznana za nieproporcjonalną.

III. Zarzut niezgodności art. 1 pkt 1 lit. a tiret trzecie ustawy o IPN w części obejmującej wyrazy „ukraińskich nacjonalistów i” oraz art. 2a tej ustawy w części obejmującej wyrazy „ukraińskich nacjonalistów” oraz wyrazy „i Małopolski Wschodniej” z art. 2 oraz art 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust 3 Konstytucji RP

Jako drugi przedmiot kontroli Prezydent RP wskazał w swym wniosku art. 1 pkt 1 lit. a tiret trzecie i art. 2a ustawy o IPN. Pierwszy przepis wskazuje, że ustawa o IPN reguluje ewidencjonowanie, gromadzenie, przechowywanie, opracowywanie, zabezpieczenie, udostępnianie i publikowanie dokumentów dotyczących zbrodni ukraińskich nacjonalistów i członków ukraińskich formacji kolaborujących z Trzecią Rzeszą Niemiecką. Drugi przepis definiuje zbrodnie ukraińskich nacjonalistów i członków ukraińskich formacji kolaborujących z Trzecią Rzeszą Niemiecką, w rozumieniu ustawy, jako czyny popełnione przez ukraińskich nacjonalistów w latach 1925–1950, polegające na stosowaniu przemocy, terroru lub innych form naruszania praw człowieka wobec jednostek lub grup ludności.

Zbrodnią ukraińskich nacjonalistów i członków ukraińskich formacji kolaborujących z Trzecią Rzeszą Niemiecką jest również udział w eksterminacji ludności żydowskiej oraz ludobójstwie na obywatelach II Rzeczypospolitej na terenach Wołynia i Małopolski Wschodniej. Należy przypomnieć, że art. 55 ustawy o IPN stanowi, że kto publicznie i wbrew faktom zaprzecza zbrodniom, o których mowa w art. 1 zakres regulacji ustawy pkt 1, podlega grzywnie lub karze pozbawienia wolności do lat 3. Wyrok podawany jest do publicznej wiadomości. Definicja zawarta w art. 2a ustawy o IPN wyznacza więc treść znamienia przedmiotowego czynu zabronionego opisanego w art. 55 tej ustawy. Stąd też wymaga ona oceny z punktu widzenia zasady określoności przepisów karnych

Wskazane przepisy budzą zasadnicze wątpliwości co do ich zgodności z zasadą określoności wywodzoną z art. 2 Konstytucji RP, z zasadą *nullum crimen sine lege certa* wyrażoną w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Uwagi dotyczące tych wzorców kontroli zostały już przedstawione w punkcie II niniejszego pisma procesowego.

Podobnie jak w przypadku art. 55a ustawy o IPN, definicja wyrażona w art. 2a tej ustawy uniemożliwia precyzyjne określenie, jakie wypowiedzi będą objęte treścią art. 55 ustawy o IPN. Jest to spowodowane tym, że ustawodawca posłużył się kilkoma pojęciami nieostrymi, co w praktyce uniemożliwia jednolitą wykładnię wskazanej definicji. Rzecznik Praw Obywatelskich podziela pogląd Prezydenta RP, iż z jednej strony nie jest możliwe jednoznaczne zdefiniowanie pojęcia „ukraińskiego nacjonalisty”, z drugiej zaś nie jest możliwe dokładne określenie, na gruncie kwestionowanych przepisów, granic geograficznych Małopolski Wschodniej. Stąd też nie da się precyzyjnie określić, która wypowiedź może zostać uznana za naruszenie art. 55 w związku z art. 1 i art. 2a ustawy o IPN.

Określenie „Małopolska Wschodnia” pozostaje z w związku z wcześniej stosowanym określeniem „Galicja Wschodnia”. Do 1850 r. do Galicji Wschodniej wliczano wszystkie tereny na wschód od Tarnowa, z samym miastem włącznie. Po 1850 r. określenie to stosowano do wschodnich terenów Królestwa Galicji i Lodomerii (z takimi miastami jak Lwów, Stanisławów, Tarnopol, Przemyśl i Sanok). Granice zachodnie określał obszar okręgu sądu apelacyjnego we Lwowie (granice powiatów jarosławskiego, brzozowskiego

i sanockiego). W następstwie podziału administracyjnego wprowadzonego 23 grudnia 1920 r. granica Małopolski Wschodniej została w stosunku do Galicji Wschodniej przesunięta na zachód, gdyż do województwa lwowskiego włączono powiaty tarnobrzeski, rzeszowski, łańcucki, niżański, kolbuszowski, przeworski, strzyżowski i krośnieński. Północno-zachodnią granicę województwa lwowskiego wyznaczała natomiast Wisła pod Sandomierzem. W znaczeniu administracyjno - terytorialnym Małopolska Wschodnia oznaczała obszar województw lwowskiego, stanisławowskiego i tarnopolskiego, nie pokrywając się z obszarem Galicji Wschodniej. Należy podkreślić, że wskazane przepisy stanowiące przedmiot kontroli obejmują swym zakresem lata 1925-1950, a więc również lata następujące po okresie istnienia II Rzeczypospolitej i zmianie granic terytorialnych. Stąd też precyzyjne określenie obszaru objętego zastosowaniem tych przepisów może być niezwykle utrudnione. Biorąc pod uwagę, że celem ustawodawcy było przede wszystkim penalizowanie wypowiedzi dotyczących masowej eksterminacji ludności polskiej przez nacjonalistów ukraińskich, do jakiej doszło w okresie od lutego 1943 r. do lutego 1944 r., na terenie byłego województwa wołyńskiego, poważne wątpliwości budzi objęcie zakresem zastosowania przepisu okresu od 1925 roku do 1950 roku. Tak szeroki zakres czasowy utrudnia też zdefiniowanie pojęcia „ukraińscy nacjonaści”. Pojęcie to nie zostało bowiem powiązane z przynależnością do żadnej konkretnej formacji politycznej. Istnieje więc możliwość rozciągania go na znaczną część ludności ukraińskojęzycznej. Należy tu zwrócić uwagę, że niepodległościowy ruch ukraiński miał w okresie istnienia II Rzeczypospolitej charakter niezwykle złożonego procesu. Z kolei okres czasów stalinowskich, w dużej mierze przypadający na czas przed 1950 r., to okres, w którym przeprowadzono tzw. akcję „Wisła”, która dotknęła ukraińską ludność cywilną¹¹. Szeroko zakreślony przedział czasowy w art. 2a ustawy o IPN należy więc ocenić jako dyskusyjny pod względem oceny historycznej, stwarzający ryzyko utrudniania dyskusji o historii najnowszej, a w konsekwencji wywierający negatywny wpływ na relacje polsko-ukraińskie. Należy więc stwierdzić, że stanowione w takiej sytuacji i takim kontekście prawnym przepisy prawne są arbitralną decyzją ustawodawcy, niekoniecznie mającą oparcie w faktach i popartych jednoznacznymi ustaleniami historycznymi.

¹¹ M. Czech, *Rok 1925 mógł wpisać do ustawy o IPN tylko ktoś znający archiwa wywiadu sowieckiego*, [dostęp:] <http://wyborcza.pl/7,75968,23090286,rok-1925-mogl-wpisac-do-ustawy-tylko-ktos-znajacy-archiwa.html>.

Dodać należy, że Prezydent RP w odniesieniu do art. 2a ustawy o IPN zarzucił niezgodność tego przepisu w części obejmującej wyrazy „ukraińskich nacjonalistów”. Wydaje się jednak, że tak jak w przypadku ujętego zaskarżenia w odniesieniu do art. 1 pkt 1 lit. 1 tiret trzecie ustawy o IPN, zarzut ten w odniesieniu do art. 2 ustawy o IPN powinien obejmować wyrazy „ukraińskich nacjonalistów i”. Ewentualne jednak rozszerzenie zakresu zaskarżenia należy do decyzji Wnioskodawcy.