



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Janusz KOCHANOWSKI

RPO-595164-I/08/AB

00-090 Warszawa Tel. centr. 0-22 551 77 00
Al. Solidarności 77 Fax 0-22 827 64 53

Warszawa, 19/09/2008r.

Trybunał Konstytucyjny

WARSZAWA

Wniosek

Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.)

wnoszę o

stwierdzenie niezgodności art. 55 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o *Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu* (Dz. U. z 2007 r. Nr 63, poz. 424 ze zm.) z art. 54 ust. 1 i art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Uzasadnienie

I

Prawda o zbrodniach nazizmu, komunizmu oraz innych zbrodniach wojennych na stałe zakorzeniła się w świadomości narodowej Polaków. Te bezprecedensowe doświadczenia XX wieku są dziś ostrzeżeniem przed groźbą, jaką niesie za sobą totalitaryzm. Jest to ostrzeżenie na tyle poważne, że w imię przekazania go następnym pokoleniom ustawodawca zdecydował się ograniczyć wolność wypowiedzi oraz wolność badań naukowych za pomocą sankcji karnej.

Jako Rzecznik Praw Obywatelskich, przedkładając niniejszy wniosek pragnę podkreślić, że pamięć o ofiarach zbrodni systemów totalitarnych XX w. powinna być najwyższym nakazem dla wszystkich obywateli Rzeczypospolitej Polskiej. Pamięć o skutkach ideologii faszystowskiej i stalinowskiej jest bowiem najlepszą gwarancją uchronienia przyszłych pokoleń od okrucieństwa wojny oraz dyktatury. W demokratycznym państwie prawa nie może być także kwestionowane prawo każdego do żądania ochrony prawdy historycznej przed próbami fałszerstwa oraz prawdy o przeżytych w przeszłości cierpieniach i upokorzeniach.

Niezależnie jednak od tego stanowiska, mając na uwadze konstytucyjne zadania Rzecznika Praw Obywatelskich oraz złożony przeze mnie w dniu 15 stycznia 2007 r. wniosek o stwierdzenie niezgodności art. 37 ustawy z dnia 18 października 2006 r. *o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944 - 1990 oraz treści tych dokumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 63, poz. 425 ze zm.) z art. 54 ust. 1 i art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, tj. przepisu wprowadzającego do Kodeksu karnego art. 132 a w brzmieniu: *kto publicznie pomawia Naród Polski o udział, organizowanie lub odpowiedzialność za zbrodnie komunistyczne lub nazistowskie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3*, pragnę podkreślić, że organy władzy publicznej zabiegając o ochronę prawdy historycznej przed próbami fałszerstwa obowiązane są stosować reguły obowiązujące w demokratycznym państwie prawa, które w przypadku obu kwestionowanych przeze mnie regulacji, w moim przekonaniu, zostały naruszone. Prawdy historycznej nie można bowiem ustalać w drodze procesu na sali sądowej.

II

Zgodnie z art. 55 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o *Instytucie Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu* (Dz. U. z 2007 r. Nr 63, poz. 424 ze zm., dalej ustawa o IPN), kto publicznie i wbrew faktom zaprzecza zbrodniom wymienionym w art. 1 pkt 1 powołanej wyżej ustawy, podlega grzywnie lub karze pozbawienia wolności do lat 3. Wyrok podawany jest do publicznej wiadomości.

Wprowadzając do ustawy o IPN przepis art. 55, ustawodawca pod groźbą kary zakazał negowania zbrodni nazistowskich, komunistycznych oraz innych przestępstw stanowiących zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne, popełnionych w okresie od dnia 1 września 1939 r. do dnia 31 lipca 1990 r. na obywatelach narodowości polskiej lub obywatelach polskich innych narodowości (art. 1 pkt 1 lit. a ustawy o IPN).

Odtwarzając treść zaskarżonej normy należy zauważyć, że ustawodawca nakazał każdemu powstrzymanie się od publicznego negowania zbrodni nazistowskich, komunistycznych oraz innych zbrodni wojennych - tj. zarówno zaprzeczania faktom historycznym, jak również kłamstwa (rozumianego jako świadome i celowe fałszowanie faktów). W tym miejscu warto podkreślić, że zakres przedmiotowy kwestionowanej normy różni się od znaczenia jakie nadaje mu język potoczny czy opinia społeczna - tzw. przestępstwo negacjonizmu, potocznie nazywane też przestępstwem kłamstwa oświęcimskiego, nie ogranicza się wyłącznie do negowania holokaustu i zbrodni popełnionych na osobach narodowości żydowskiej. Zgodnie bowiem z przepisem art. 55 ustawy o IPN, karze podlega ten kto publicznie i wbrew faktom zaprzecza zbrodniom komunistycznym, nazistowskim oraz zbrodniom przeciwko pokojowi, ludzkości i zbrodniom wojennym popełnionym na przestrzeni ponad pół wieku na obywatelach narodowości polskiej lub obywatelach polskich innych narodowości.

Pojęcie „zbrodni komunistycznej” zostało zdefiniowane na gruncie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej. Zgodnie z art. 2 ust. 1 przywołanej ustawy, przez zbrodnię komunistyczną rozumie się czyny popełnione przez funkcjonariuszy państwa komunistycznego w okresie od dnia 17 września 1939 r. do dnia 31 lipca 1990 r., polegające na stosowaniu represji lub innych form naruszania praw człowieka wobec jednostek lub grup ludności bądź w związku z ich stosowaniem, stanowiące przestępstwa według polskiej ustawy karnej obowiązującej w czasie ich popełnienia. Zbrodniami komunistycznymi są

również czyny popełnione przez tych funkcjonariuszy, zawierające znamiona czynów zabronionych określonych w art. 187, 193 lub 194 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. - *Kodeks karny* albo art. 265 § 1, art. 266 § 1, 2 lub 4 lub art. 267 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. - *Kodeks karny*, dokonane przeciwko dokumentom w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 18 października 2006 r. *o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów* (Dz. U. z 2007 r. Nr 63, poz. 425 ze zm.) na szkodę osób, których te dokumenty dotyczą.

Pojęcie „zbrodni nazistowskiej” nie zostało zdefiniowane w ustawie o IPN. Należy przez nie najogólniej rozumieć czyny stanowiące zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne, popełnione w okresie II Wojny Światowej przez funkcjonariuszy państwa niemieckiego w ramach jego działalności, podlegające ściganiu na podstawie przepisów zawartych w Dekrecie z dnia 31 sierpnia 1944 r. *o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami* (Dz. U. z 1946 r. Nr 69, poz. 377 ze zm.) oraz w rozdziale XVI Kodeksu karnego (por. T. Stadnicki, *Funkcja śledcza Instytutu Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu*, „Prokuratura i Prawo” Nr 9/2006 s. 102).

Natomiast zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości i zbrodnie wojenne są definiowane na gruncie ustawy o IPN oraz prawa międzynarodowego. Zgodnie z art. 3 ustawy o IPN zbrodniami przeciwko ludzkości są w szczególności zbrodnie ludobójstwa w rozumieniu Konwencji *w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa*, przyjętej w dniu 9 grudnia 1948 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych (Dz. U. z 1952 r. Nr 2, poz. 9 i 10 i Nr 31, poz. 213 oraz z 1998 r. Nr 33, poz. 177), a także inne poważne prześladowania z powodu przynależności osób prześladowanych do określonej grupy narodowościowej, politycznej, społecznej, rasowej lub religijnej, jeżeli były dokonane przez funkcjonariuszy publicznych albo przez nich inspirowane lub tolerowane. W myśl art. II powołanej w przepisie ustawy o IPN Konwencji *w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa*, ludobójstwem są następujące czyny, dokonane w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup narodowych, etnicznych, rasowych, lub religijnych, jako takich: zabójstwo członków grupy, spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy, rozmyślne stworzenie dla członków grupy

warunków życia, obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego, stosowanie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy, a także przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy.

Zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne oraz zbrodnie przeciwko ludzkości są ponadto definiowane w Porozumieniu międzynarodowym w *przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej* (tzw. układ londyński), podpisane w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r. (Dz. U. z 1947 r. Nr 63, poz. 367). Zgodnie z art. VI Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego utworzonego na mocy przywołanego wyżej Porozumienia, przez zbrodnie przeciwko pokojowi rozumie się planowanie, przygotowywanie rozpętanie lub prowadzenie wojny napastniczej albo wojny będącej pogwałceniem traktatów, porozumień lub gwarancji międzynarodowych tudzież udział w planowaniu spisku lub w celu dokonania tych czynów. Przez zbrodnie wojenne - pogwałcenie praw lub zwyczajów wojennych, w tym morderstwa, złe obchodzenie się lub deportacja na roboty przymusowe albo w innym celu ludności cywilnej na okupowanym obszarze lub z tego obszaru, mordowanie lub złe obchodzenie się z jeńcami wojennymi lub osobami na morzu, zabijanie zakładników, rabunek własności publicznej lub prywatnej, bezmyślne burzenie osiedli, miast lub wsi oraz spustoszenia. Przez zbrodnie przeciwko ludzkości - mordowanie, eksterminacje, deportacje i inne akty nieludzkie, popełniane przed lub w czasie wojny wobec ludności cywilnej, prześladowanie ze względów politycznych, rasowych, czy religijnych.

Jak wyżej wskazano, zakres przedmiotowy kwestionowanej normy jest szeroki i wykracza daleko poza znaczenie nadane mu potoczną nazwą - *kłamstwo oświęcimskie*. Przyjęte w ustawie konkretne rozwiązania legislacyjne każą traktować przestępstwo negacjonizmu jako przestępstwo formalne. Ustawodawca z faktem negowania wskazanych w przepisie zbrodni nie wiąże bowiem skutku w postaci np. poniżenia grupy ludności w opinii publicznej. Zakazane jest samo zaprzeczanie raz przyjętym ustaleniom, bez względu na to, czy i jakie konsekwencje dana wypowiedź spowoduje w odbiorze społecznym. Ustawodawca uznał przy tym, że zbrodnie objęte zakresem przedmiotowym kwestionowanej normy, stanowią w historii Polski rodzaj dogmatu - raz na zawsze ustalonej tezy. W praktyce, z uwagi na szeroki zakres przedmiotowy kwestionowanej normy,

niezwykle trudno jest więc rozstrzygnąć, gdzie przebiega granica między wolnością badań naukowych i wolnością wypowiedzi, a podlegającym ściganiu z oskarżenia publicznego przestępstwem negacjonizmu.

III

Wprowadzając do porządku prawnego przepis art. 55 ustawy o IPN, ustawodawca uczynił przedmiotem ochrony prawdę historyczną o zbrodniach systemów totalitarnych XX wieku, pamięć o ofiarach narodowo-socjalistycznego ludobójstwa, a także demokratyczny ustrój państwa oraz porządek, bezpieczeństwo i moralność publiczną.

Na tym tle rodzi się pytanie, czy prawda historyczna może i powinna być traktowana jako kategoria prawna, podlegająca ochronie w drodze sankcji karnych.

Jak wskazuje obserwacja życia społecznego, wraz z postępem badań naukowych nad najnowszą historią Polski, kolejne fakty i dowody niejednokrotnie rzucają nowe światło na wydarzenia, co do których istniało powszechne przekonanie, że odbyły się w określony sposób. Przykładem dobrze ilustrującym ten stan rzeczy jest debata jaka w ostatnich latach odbyła się wokół kolejnych publikacji książkowych Jana Tomasa Grossa. Nie wdając się w ocenę merytorycznej zawartości tych publikacji, można sobie wyobrazić, że badając przyczyny i przebieg tragicznych wydarzeń, które miały miejsce podczas II Wojny Światowej, poglądy historyków i naukowców nie zawsze będą ze sobą zbieżne. Tym bardziej prawdopodobne wydają się różnice zdań na tle powojennej historii Polski - należy przypomnieć, że ustawodawca objął ochroną prawdę o historycznych faktach dotyczących wydarzeń sięgających roku 1990.

W mojej ocenie wspólne, często tragiczne, doświadczenia historyczne są spoiwem jednoczącym Europę. Realnego zbliżenia narodów Unii Europejskiej nie można osiągnąć bez wspólnej pamięci i wspólnej prawdy o zbrodniach systemów totalitarnych XX wieku. Należy zgodzić się z wybitnym niemieckim opozycjonistą - Joachimem Gauckiem, iż „żaden kraj nie może być wolny tak długo, jak długo nie jest w stanie udźwignąć swoich prawd”. Jednak prawdzie historycznej nie służą w równym stopniu tak zapomnienie, jak przemilczenie.

Polityka historyczna jest więc obowiązkiem każdego demokratycznego państwa. Elementy tej polityki stanowi edukacja historyczna i odpowiednia rola mediów. Państwo

pielegnujące prawdę oraz pamięć o ofiarach ludobójstwa jest zobowiązane przede wszystkim do przygotowania podstawy programowej nauczania historii oraz kontrolowania rzetelności jej realizowania. Władza publiczna powinna stwarzać warunki dochodzenia do prawdy, powinna upowszechniać wiedzę o wydarzeniach historycznych. Jednak państwo zobowiązane do promowania prawdy, nie może jednocześnie ustalać historycznych dogmatów w drodze procesu legislacyjnego. W demokratycznym państwie prawa ustalenie prawdy historycznej należy bowiem do naukowców, nie zaś do przedstawicieli parlamentu, czy wymiaru sprawiedliwości. Czym innym jest edukacyjna rola prawa, czym innym kształtowanie prawdy historycznej za pomocą sankcji karnych.

Do podobnych wniosków doszli sygnatariusze petycji „Wolność dla historii”, która jest efektem dyskusji w gronie najwybitniejszych historyków z całego świata, w tym przede wszystkim Francji. W liście czytamy m.in. *ustanowiono prawa, które ograniczyły wolność historyka, mówiąc mu - pod groźbą kary - czego powinien szukać i co powinien znaleźć, wyznaczając metodologię i stawiając bariery*. Sygnatariusze petycji zauważyli ponadto, iż prawo nakładając kary za odstępstwo od przyjętych ustaleń, zmusza do prowadzenia badań, których celem jest potwierdzenie narzuconych z góry tez oraz opowiedzieli się przeciwko legislacyjnemu sterowaniu rzeczywistością (Liberte pour l'histoire, grudzień 2006).

Wobec francuskiej ustawy penalizującej negacjonizm krytycznie wypowiedział się profesor Roger Errera. Stwierdził on m.in., że kryminalizowanie kłamstwa oświęcimskiego jest zarówno niepotrzebne, jak i nierozsądne. Errera zauważył ponadto, że istnieje znacząca różnica pomiędzy prawem, które stanowi, że zakazane jest kłamać, a prawem, które wskazuje co jest kłamstwem (R. Errera, *French Law and Racial Incitement: On the Necessity and Limit of the Legal Responses*, [w:] L. Greenspan, C. Levitt, „Under the Shadow of Weimar: Democracy, Law, and Racial Incitement In Six Countries”, Praeger Publisher, 1993).

Zdecydowany protest wzbudziła także próba wprowadzenia przestępstwa negacjonizmu do włoskiej ustawy karnej. Apel w tej sprawie podpisali najwybitniejsi historycy włoscy w styczniu 2007 r. W tekście petycji czytamy m.in.: *zastępowanie koniecznej batalii kulturowej i praktyki edukacyjnej oraz dążeń o charakterze moralnym koniecznych dla zmiany świadomości społecznej i przekonań etycznych rozwiązaniem opartym na groźbach ustawowych, wydaje się działaniem szczególnie niebezpiecznym (...)*

każda prawda narzucona poprzez państwo podważa zaufanie w wolną konfrontację opinii, stanowisk i w wolną naukę historii. Włoscy historycy wskazali także, że zadaniem społeczeństwa obywatelskiego jest kreowanie odpowiednich środków zaradczych jedynie zdolnych do zlikwidowania lub przynajmniej zniwelowania i zmarginalizowania stanowisk negacjonistycznych, poprzez ciągłą batalię kulturową, etyczną i polityczną. Jeżeli państwo będzie pomagać w tym społeczeństwu obywatelskiemu, poprzez zastępowanie jego działań ustawą, wywoła to rezultaty niepotrzebne lub gorzej - sprzeczne z zamierzonymi (<http://www.storicamente.org/02negazionismo.htm>).

Rozbieżności co do oceny najnowszej historii Polski powodują, że odpowiedzialności karnej mogą podlegać nie tylko publiczne wypowiedzi będące przejawem propagowania zbrodniczych ideologii i nawoływania do nienawiści (tzw. *hate speech*) - co, jak się wydaje było zamysłem ustawodawcy, ale także wypowiedzi oparte na fałszywych przesłankach lub błędnych danych. Z uwagi na szeroki zakres przedmiotowy kwestionowanej normy nie można bowiem przyjąć, że samo negowanie określonej wersji historii jest tożsame z postawą rasistowską czy antysemicką (por. N. Chomsky, *Some Elementary Comments on The Rights of Freedom of Expression*, <http://www.chomsky.info/articles/19801011.htm>; N. Chomsky, *His Wright to Say It*, „The Nation”, luty 1981 r.; M. Urbańczyk, *Kwestionowanie Holokaustu. Granice wolności słowa w kontekście wypowiedzi historyczno-politycznych*. [w:] R. M. Małajny, red., „Konstytucjonalizm a doktryny polityczno-prawne. Najnowsze kierunki badań.”, Wyd. Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 2008 s. 279-290). Takie wypowiedzi, nawet społecznie szkodliwe i kontrowersyjne, w mojej ocenie, powinny korzystać z ochrony gwarantowanej przepisem art. 54 ust. 1 Konstytucji oraz art. 73 Konstytucji.

IV

Artykuł 54 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Zasada ta została zaliczona przez ustawodawcę konstytucyjnego do wolności i praw osobistych, a więc ściśle związanych z osobą człowieka i obywatela. W wyroku z dnia 23 marca 2006 r. (sygn. akt K 4/06) Trybunał Konstytucyjny stwierdził m.in., że: *swoboda* (wypowiedzi) *nie*

może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne.

Podobne stanowisko wobec tych wartości konsekwentnie zajmuje Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu. W wyroku z dnia 7 grudnia 1976 r. czytamy m.in. *swoboda wypowiedzi nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie, uważane za nieobraźliwe lub neutralne, lecz odnosi się także do tych, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub części społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji, otwartości na inne poglądy, bez których nie istnieje demokratyczne społeczeństwo* (zob. wyrok z dnia 7 grudnia 1976 r. Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii, sygn. 5493/72).

Natomiast art. 73 Konstytucji RP gwarantuje każdemu wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury. W zakresie niniejszego wniosku szczególne znaczenie należy przypisać wyrażonej w przytoczonym artykule wolności nauki, której elementami składowymi są wolność badań naukowych oraz wolność ogłaszania ich wyników. W doktrynie wskazuje się, że swoboda badań naukowych obejmuje także prawo do błędu i fałszywości teorii naukowej, co nie może być przyczyną wyłączenia jej poza zakres ochrony z art. 73 Konstytucji RP (por. L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2003, komentarz do art. 73, s. 6-7).

Podsumowując: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej dopuszcza możliwość wygłaszania poglądów kontrowersyjnych i społecznie nieakceptowanych, a także chroni wolność publikowania wyników badań naukowych, w tym teorii błędnych lub fałszywych. Co za tym idzie, publiczne wypowiedzi dotyczące najnowszej historii Polski, nie będące jednocześnie przejawem propagowania zbrodniczych ideologii i nawoływania do nienawiści, powinny korzystać z ochrony gwarantowanej przepisem art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, nawet wówczas, gdy wprowadzają niepokój i w odbiorze społecznym zasługują na potępienie. Zasada ta w sposób oczywisty odnosi się także do publikacji naukowych, jako że stanowią one szczególną formę wyrażania poglądów - chronioną poprzez art. 73 Konstytucji RP.

Nie ulega wątpliwości, że negowanie ludobójczych skutków ideologii faszystowskiej, czy stalinowskiej stało się dla współczesnych przedstawicieli organizacji neonazistowskich i skrajnie narodowościowych jednym z celów ich działania. Przyznanie ochrony prawnej tym wypowiedziom, które nie zmierzają do ustalenia faktów historycznych, a u swego źródła mają nienawiść, czy chęć upokorzenia grupy ludności lub poszczególnej osoby, kłóci się z istotą praw i wolności człowieka i obywatela.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu konsekwentnie odmawia ochrony wynikającej z art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności wypowiedziom stanowiącym tzw. mowę nienawiści (*hate speech*), jako sprzecznym z duchem i ideą Konwencji (zob. min. wyrok z dnia 18 października 1995 w sprawie *Hansik v. Austria*, skarga nr 25062/94, wyrok z dnia 23 września 1998 r. *Lehideux i Isorni v. Francja*, skarga nr 55/1997/839/1045).

Podobnie, na gruncie doktryny polskiej uznaje się, że swoboda badań naukowych sięga do granicy, po przekroczeniu której nie sposób danemu przedsięwzięciu przyznać „naukowego charakteru” (por. L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2003, komentarz do art. 73, s. 6-7).

Wątpliwości w tym kontekście nie budzi samo penalizowanie zachowań propagujących ideologię nazistowską i komunistyczną czy bezpośrednio znieważanie grup ludności lub poszczególnych osób ze względu na ich przynależność narodową etniczną rasową wyznaniową, albo z innych powodów. Należy jednak zaznaczyć, że uznanie niekonstytucyjności art. 55 ustawy o IPN nie oznacza pozbawienia ochrony prawnej dóbr, chronionych obecnie w drodze kwestionowanej regulacji - tj. demokratyczny ustrój państwa, bezpieczeństwo, porządek i moralność publiczna.

Zgodnie bowiem z art. 256 Kodeksu karnego, kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch.

Natomiast, w myśl art. 257 Kodeksu karnego, kto publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególną osobę z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej,

rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby, podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech.

W rozumieniu doktryny, „propagowaniem” będzie tu m.in.: *szerzenie wiedzy o totalitarnym ustroju państwa i popieranie go (...), podkreślanie jego zalet i przemilczenie wad*. Przez „znieważanie grupy ludności” rozumie się natomiast *obrażanie jakiejś osoby niestosowną wypowiedzią, naruszenie w ten sposób jej czci i godności*. Podkreśla się lokalne znaczenie poszczególnych słów i kontekstu wypowiedzi, które w danej społeczności, lub w określonych okolicznościach mogą mieć charakter obraźliwy (por. Z. Ćwiąkański i inni, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117 - 277 k.k.*, Zakamycze, 2006, wyd. II).

Należy się więc spodziewać, że wszelkie publiczne wypowiedzi (w tym publikacje naukowe) o charakterze *hate speech*, propagujące totalitaryzm lub znieważające grupę ludności np. z powodu jej przynależności wyznaniowej, będą podlegały sankcjom karnym z tytułu przywołanych wyżej przepisów Kodeksu karnego.

VI

Mając powyższe na uwadze należy rozważyć, czy z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji, a przede wszystkim przesłanki konieczności ograniczeń korzystania z wolności i praw człowieka i obywatela, ustawowa sankcja karna jest w przypadku tzw. przestępstwa negacjonizmu adekwatna do przedmiotu ochrony i stopnia zagrożenia dla porządku prawnego.

Na gruncie przepisów Konstytucji oraz utrwalonego orzecznictwa sądowego przyjmuje się, że przesłankami warunkującymi uznanie konstytucyjności konkretnego ograniczenia praw i wolności człowieka i obywatela są:

- 1) ustawowa forma ograniczenia;
- 2) zaistnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia;
- 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości, tj. bezpieczeństwo i porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowie i moralność publiczna oraz wolności i prawa innych osób, a także
- 4) zakaz naruszenia istoty danego prawa lub wolności.

W przypadku budzącej wątpliwość regulacji, istotnego znaczenia nabiera druga spośród wymienionych wyżej kategorii, mianowicie: przesłanka konieczności zaistnienia ograniczenia.

W przesłance konieczności mieszczą się postulaty niezbędności, przydatności i proporcjonalności ograniczenia. O niezbędności możemy mówić wtedy, gdy celu, któremu ma służyć ograniczenie, nie da się zrealizować w inny sposób. Środki ograniczające prawa lub wolności mają być jak najmniej uciążliwe dla obywateli. Proporcjonalność zaś oznacza zakaz nadmiernej ingerencji. Zastosowanie zasady proporcjonalności polega na zbadaniu, czy spośród dostępnych środków działania wybrano środek możliwie jak najmniej uciążliwy dla podmiotów, wobec których ma on być zastosowany, lub środek dolegliwy w stopniu nie większym, niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu (por. m.in. wyrok TK z dnia 26 kwietnia 1995 r. sygn. akt K 11/94).

Kryminalizacja stanowi z reguły środek najbardziej uciążliwy dla jednostki. Ustanowienie zakazu określonego zachowania (tu - zaprzeczania historycznym faktom) pod groźbą kary jest dopuszczalne pod warunkiem, że nie istnieją inne skuteczne środki pozwalające osiągnąć określone skutki. Z zasady konieczności wynika zatem zasada subsydiarności prawa karnego, która nakazuje traktowanie kryminalizacji jako *ultima ratio*. Ustanowienie określonych sankcji karnych jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy środki mniej surowe nie pozwalają osiągnąć określonych skutków (por. wyrok TK z dnia 30 października 2006 r. sygn. akt P 10/06).

Ustawodawca w zamiarze ochrony demokratycznego ustroju państwa, bezpieczeństwa, porządku i moralności publicznej, objął dyspozycją przepisów art. 256 oraz 257 Kodeksu karnego czyny polegające na propagowaniu totalitarnych ustrojów państwa, nawoływaniu do nienawiści, a także znieważaniu grupy ludności lub poszczególnych osób. Co za tym idzie, te publiczne wypowiedzi, które pod płaszczykiem rewizjonizmu historycznego kryją antysemityzm, rasizm, czy chęć upokorzenia grupy ludności w opinii publicznej są penalizowane w drodze wymienionych wyżej przepisów kodeksu karnego. Wobec powyższego, a także mając na uwadze szeroką dostępność materiałów faktograficznych oraz powszechną edukację historyczną należy uznać, iż zakaz ustanowiony w art. 55 ustawy o IPN przekracza konstytucyjnie legitymowaną granicę

ograniczania wolności słowa i nie może być uznany za konieczny w demokratycznym państwie prawa.

VII

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że - jak wskazują badania prawnoporównawcze - tzw. kłamstwo oświęcimskie jest penalizowane w wielu krajach Europy Zachodniej oraz Środkowej, a także w Kanadzie, Nowej Zelandii oraz Izraelu. Jednak większość porządków prawnych przewiduje karnoprawną odpowiedzialność za negowanie zbrodni nazistowskich łącząc to zdarzenie bezpośrednio z zamiarem propagowania idei faszyzmu lub publicznym znieważaniem grupy ludności ze względu na jej przynależność narodową, etniczną rasową, czy wyznaniową którego to zastrzeżenia nie przewidział ustawodawca polski. I tak, niemiecki kodeks karny stanowi, iż karze pozbawienia wolności do lat 5 lub grzywnie podlega ten, kto w celu zakłócenia porządku publicznego, publicznie lub podczas zgromadzenia pochwała, neguje lub uznaje za nieszkodliwe czyny popełnione pod panowaniem narodowego socjalizmu (§ 130 Abs. 3 Strafgesetzbuch). Jednocześnie ustawodawca niemiecki uczynił powyższy przepis częścią szerszej normy odnoszącej się bezpośrednio do wypowiedzi rasistowskich, antysemitycznych i nawołujących do nienawiści (§ 130 StGB). Podobną formę przyjął ustawodawca austriacki. Przepis zakazujący negowania, umniejszania lub uzasadniania ludobójstwa jest w ustawie austriackiej częścią normy dotyczącej propagowania idei i wspierania organizacji nazistowskich (art. 3 h Verbotgesetz).

W dniu 7 listopada 2007 r. hiszpański Trybunał Konstytucyjny zdelegalizował przepis art. 607.2 hiszpańskiego kodeksu karnego, który penalizował rozpowszechnianie poglądów, doktryn i idei negujących ludobójstwo (sygn. STC 234/2007). W uzasadnieniu do powyższego wyroku hiszpański Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że samo zaprzeczanie historycznym faktom jest wyłącznie stanem poprzedzającym uzasadnienie interwencji prawa karnego w wolność wypowiedzi. Zdaniem hiszpańskiego Trybunału: *należy przeprowadzić jasne rozróżnienie pomiędzy czynami godzącymi w porządek konstytucyjny i godność drugiego człowieka od wypowiedania i propagowania jakichś pomysłów czy idei (...) wolność, pluralizm i nieskrępowana wymiana poglądów -jako substrat systemu demokratycznego zabraniają jakiegokolwiek działalności ze strony władzy*

publicznej, która zmierza do kontrolowania, selekcji albo determinowania publicznej wypowiedzi.

Trybunał hiszpański podkreślił ogrom ludobójstwa - jednego z najgorszych przestępstw, jakie można popełnić przeciwko ludzkości. Jednakże penalizowane w kwestionowanym przepisie zachowanie, zdaniem hiszpańskiego Trybunału, polega jedynie na przekazywaniu pewnej kategorii informacji czy opinii. Konstrukcja art. 607.2 hiszpańskiego kodeksu karnego, podobnie jak konstrukcja przyjęta przez polskiego ustawodawcę, nie wymagała bowiem pozytywnych działań o charakterze ksenofobicznym czy rasistowskim. Opisane w tym artykule zachowanie nie musiało polegać na pochwalaniu osób, które brały udział w ludobójstwie, ani też dyskredytować, czy upokarzać ofiar. W uzasadnieniu do powyższego wyroku czytamy m.in.: *przepis, który penalizuje przekazywanie idei i rozpowszechnianie informacji bez dodatkowego wymagania by takim zachowaniem dochodziło do naruszenia innych wartości konstytucyjnie chronionych narusza konstytucyjną wolność wypowiedzi i wolność prowadzenia badań naukowych.* W konsekwencji Trybunał hiszpański uznał, że zakwestionowana norma nie spełnia przesłanki proporcjonalności i w konsekwencji prowadzi do penalizowania wypowiedzi, które w rzeczywistości nie stanowią bezpośredniego zagrożenia dla wartości w niej chronionych.

W mojej ocenie, podobne wnioski uzasadnione są na gruncie ustawy polskiej. Sam fakt negocjowania określonej wersji wydarzeń nie przesądza bowiem o zagrożeniu dla dóbr chronionych w drodze kwestionowanej regulacji i nie może stanowić usprawiedliwienia dla prawnokarnej ingerencji w sferę praw i wolności osobistych.

VIII

Reasumując: szeroki zakres przedmiotowy kwestionowanej normy, a także rozbieżności co do oceny najnowszej historii Polski powodują że odpowiedzialności karnej z tytułu art. 55 ustawy o IPN, mogą podlegać nie tylko publiczne wypowiedzi będące przejawem propagowania zbrodniczych ideologii i nawoływania do nienawiści, ale także wypowiedzi oparte na fałszywych przesłankach lub błędnych danych, co samo w sobie, choć naganne, nie powinno być penalizowane.

Wobec upadku europejskich totalitaryzmów i powszechnej dostępności materiału faktograficznego - nie ma potrzeby chronienia prawdy historycznej za pomocą normy prawa karnego. W przypadku wypowiedzi odnoszących się do faktów historycznych, choćby nieprawdziwych, sfera wolności prawnej osoby, która się z nią zapoznała, nie pozostaje bowiem w stosunku zależności od autora wypowiedzi („kłamcy” podającego historyczną nieprawdę) w tym sensie, że powszechna dostępność źródeł wiedzy stwarza możliwość autonomicznego decydowania przez każdego, jakie opisy i oceny historycznych faktów uzna za prawdziwe, jakie zaś nie. Zakazy prawnokarne nie powinny być więc wprowadzane wyłącznie po to, aby naruszające je czyny i ich sprawcy stali się obiektem pozytywnej prewencji generalnej oraz edukacyjnej funkcji prawa karnego.

Trudno także przyjąć, że celem sądowego ukarania sprawców kwestionujących zbrodnie nazizmu czy komunizmu jako fakty historyczne, miałyby być przekonanie skazanego do słusznych racji. Możliwość zmiany, za pomocą sankcji karnej, przekonań ludzi należących do grup społecznych, które obecnie podważają prawdziwość tych faktów, jest znikoma. Przeciwnie, jest prawdopodobne, że skazani w ich kręgach społecznych zostaliby podniesieni do roli „męczenników słusznej sprawy”. Wskazuje na to w szczególności szeroko opisywana przez media sprawa Davida Irvinga, skazanego przez sąd w Austrii za negowanie Holokaustu, który w kręgach neonazistowskich urósł do rangi symbolu walki o wolność słowa.

Moją intencją nie jest ocena wartości lub wiarygodności publikacji kwestionujących zbrodnie systemów totalitarnych XX w. Jednak miarą demokracji jest zasada ochrony prawa głosu poglądów powszechnie nieakceptowanych. Cytując Johna Stuarta Milla „ (...) szczególnie złą stroną zmuszania opinii do milczenia jest to, że ograbia ono cały rodzaj ludzki; zarówno przyszłe pokolenia jak współczesnych, a tych, którzy się nie godzą z daną opinią, bardziej jeszcze niż tych, którzy ją głoszą. Jeśli ta opinia jest słuszna, pozbawia się ich sposobności dojścia do prawdy; jeśli niesłuszna, tracą coś, co jest niemal równie wielkim dobrodziejstwem: jaśniejsze zrozumienie i żywszą świadomość prawdy wywołane przez jej kolizję z błędem.” (J.S. Mill, *O wolności*, Wydawnictwo Naukowe PWN 2005, s. 110).

Fakty dotyczące najnowszej historii Polski powinny być przedmiotem otwartej i powszechnej debaty oraz podlegać ocenie historyków. W demokratycznym państwie

prawą rolą władzy publicznej jest bowiem upowszechnianie prawdy historycznej, nie zaś jej kształtowanie w drodze procesu sądowego i sankcji karnych.

W świetle powyższego uważam, że art. 55 ustawy o IPN wykracza poza granice konieczności w demokratycznym państwie prawnym, a więc jest niezgodny z art. 54 ust. 1 i art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

/-/ Janusz Kochanowski