



Warszawa, dnia 14 listopada 2008 r.

DL-P-I-024-28/08

SEKRETARIAT Z-CY SZEFA KS

L.dz. LCI-010-00133.....

Data wpływu 18.11.2008.....

Pan Lech Czapla

Zastępca Szefa

Kancelarii Sejmu

Szanowny Panie Ministrze,

W nawiązaniu do pisma Nr PS/263/08, dotyczącego przedstawienia opinii Prokuratora Generalnego o poselskim *projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny*, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt. 9 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (Dz. U. z 2008, Nr 7, poz. 39), uprzejmie przedstawiam co następuje:

Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny przewiduje zmianę art. 256 kodeksu karnego, poprzez dodanie dwóch nowych jednostek redakcyjnych. Projektodawca w § 2 tego artykułu statuuje nowy typ przestępstwa w następującym brzmieniu: „§ 2. Tej samej karze podlega kto w celu rozpowszechnienia produkuje, utrwała lub sprowadza, nabywa, przechowuje, posiada, prezentuje, przewozi lub przesyła druk, nagranie lub inny przedmiot zawierający treść określoną w § 1. Nowy § 3 otrzymał następującą treść: „ Nie popełnia przestępstwa określonego w § 2, kto produkuje, utrwała lub sprowadza, nabywa, przechowuje, posiada, prezentuje, przewozi lub przesyła druk, nagranie lub inny przedmiot zawierający treść określoną w § 1 wyłącznie dla celów kulturalnych, historycznych lub edukacyjnych”.

Z treści uzasadnienia projektu wynika, że dokonanie zmiany art. 256 k.k. było wynikiem „spełnienia oczekiwań społeczeństwa polskiego, w którym wciąż żywa jest

pamięć o wojnie oraz zbrodniach faszyzmu i komunizmu". Zdaniem projektodawców, społeczeństwo, oczekuje, aby zostały spenalizowane zachowania polegające na produkcji, sprzedaży, posiadanie i prezentacja druków, nagrań, w tym filmów, lub innych przedmiotów zawierający treści określone w § 1, jeżeli czynności te podejmowane będą w celu rozpowszechniania tych treści". Projektodawca zauważył jednocześnie konieczność wyłączenia z zakresu działania przepisu zachowań służących celom kulturalnym, historycznym lub edukacyjnym, czemu daje wyraz w § 3.

Problematyka będąca przedmiotem proponowanej nowelizacji jest objęta wiążącymi Polskę aktami prawa międzynarodowego. Są to Międzynarodowa Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej - CERD (Dz. U. z 1969 r. Nr 25) oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38). Pierwsza z wymienionych konwencji zobowiązuje państwa strony do kryminalizacji „rozpowszechniania idei opartych na wyższości lub nienawiści rasowej, wszelkiego podżegania do nienawiści rasowej, jak również wszelkich aktów przemocy lub podżegania do tego rodzaju aktów wobec jakiegokolwiek rasy bądź grupy osób o innym kolorze skóry lub innego pochodzenia etnicznego, a także udzielania pomocy w prowadzeniu działalności rasistowskiej, włączając w to finansowanie takiej działalności" (art. 4 lit. a) oraz wszelkiej działalności propagandowej mającej na celu popieranie dyskryminacji rasowej i podżeganie do niej (art. 4 lit. b). Z kolei Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych w art. 20 stanowi, iż „wszelka propaganda wojenna powinna być ustawowo zakazana", "Popieranie w jakikolwiek sposób nienawiści narodowej, rasowej lub religijnej stanowiące podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu, powinno być ustawowo zakazane".

Rzeczypospolita Polska jest sygnatariuszem ww. Konwencji CERD oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Przyjęte zobowiązania do kryminalizacji określonych zachowań, wynikające z tych aktów prawa

międzynarodowego, Rzeczypospolita Polska wypełnia już w obowiązującym stanie prawnym.

Zgodnie z art. 256 k.k. kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwowy oraz nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych lub wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość podlega karze grzywny, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Natomiast odpowiedzialność karną ponosi zgodnie z treścią art. 119 § 1. k.k. kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości. Osoba ta podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Zgodnie natomiast z § 2. k.k. tej samej karze podlega, kto publicznie nawołuje do popełnienia przestępstwa określonego w § 1.

Przez faszyzm rozumie się szowinistyczną doktrynę totalitarną, opartą na założeniach rasistowskich, jak też system państwowy zrealizowany we Włoszech (pod rządami Mussoliniego) oraz w Niemczech hitlerowskich. System ten charakteryzował się dyktaturą partii faszystowskiej (nazistowskiej), likwidacją praw i wolności obywatelskich oraz terrorem nie tylko wobec przeciwników politycznych, lecz także "gorszych ras" (zob. *Encyklopedia popularna*, Warszawa 1997, s. 221). Jeśli zaś chodzi o totalitaryzm, to jest nim podobny system, oparty na podporządkowaniu społeczeństwa dyktaturze antydemokratycznej władzy, z reguły wsparty określoną "totalitarną" ideologią (por. *Encyklopedia...*, s. 874). Również art. 13 Konstytucji RP wymienia jako totalitarne systemy nazistowskie, faszystowskie i komunistyczne.

Warunkiem odpowiedzialności karnej określonej w obecnie obowiązującym art. 256 k.k. jest propagowanie faszystowskiego lub totalitarnego ustroju państwa, a nie ideologii faszystowskiej lub totalitarnej. Podstawą karalności propagowania jest publiczny charakter tej propagandy, tj. czynienie jej dostępną większej, bliżej nieokreślonej liczbie osób (w publikacjach i innych środkach masowej informacji, na zebraniach publicznych itp.). Należy dodać, że przestępstwa tego można się dopuścić

jedynie w zamiarze bezpośrednim, co wynika z intencjonalnego zabarwienia pojęcia propagowania (por. uchw. SN z 28 III 2002 r., I KZP 5/02, OSNKW 2002, nr 5-6, poz. 32).

Penalizacji na podstawie art. 256 k.k. podlega również nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych lub wyznaniowych. Przez nawoływanie należy rozumieć nakłanianie (podżeganie), skierowane do większej, bliżej nieokreślonej liczby osób. Celem przestępnego działania jest sianie nienawiści, przez którą rozumie się wrogość prowadzącą do konfliktów między grupami ludności na tle wyżej wymienionych różnic. Również ta odmiana omawianego przestępstwa wymaga działania z zamiarem bezpośrednim o szczególnym, intencjonalnym zabarwieniu (*dolus directus coloratus*) (por. Marek Andrzej, komentarz LEX 2007).

Aktualnie obowiązujący art. 256 k.k. w zakresie znamion propagowania faszystowskiego lub totalitarnego ustroju państwa penalizuje tylko „publiczne propagowanie” oraz nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych lub wyznaniowych”. Każdy natomiast może posiadać przedmioty zawierające treść określoną w tym przepisie, a nawet proponować ich nabycie, pod warunkiem jednak, że nie ma to charakteru publicznego propagowania albo nie stanowi nawoływania do nienawiści na tle wskazanych wyżej różnic.

Dokonując oceny projektowanej zmiany art. 256 k.k. należy zauważyć, co następuje:

Z treści projektowanego przepisu art. 256 § 2 k.k. wynika, że intencją autorów jest, aby zabronić każdego, nawet indywidualnego przypadku, posiadania przedmiotu o treści określonej w § 1, czy nawet indywidualnej transakcji dotyczącej nabycia takiego przedmiotu, bez względu na to, czy ma służyć publicznemu, czy też niepublicznemu propagowaniu ustroju faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju, albo nawoływaniu do nienawiści na tle różnic narodowościowych, rasowych itp. Autorzy

projektowi pomijają bowiem w projektowanym § 2 art. 256 k.k. znamię „publicznego zachowania”. Nie każde zaś „rozpowszechnianie” musi mieć charakter „publiczny”.

Należy podkreślić, że art. 256 k.k. dotyka materii niezwykle drażliwej, albowiem związanej z ochroną konstytucyjnych praw i wolności obywatela tzn. prawem do wolności słowa. Zgodnie bowiem z art. 54 ust. 1 Konstytucji R.P. „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”. Przy nowelizacji przepisu art. 256 k.k. należy mieć na uwadze konieczność zachowania należytej proporcji pomiędzy przysługującym obywatelowi konstytucyjnym prawem do zachowania wolności słowa, a niezbędną kryminalizacją zachowań, polegających na wypowiedaniu określonych treści czy poglądów. Stąd nie bez przyczyny w odniesieniu do faszystowskiego ustroju kryminalizuje się publiczne propagowanie, a nie każde propagowanie, przy czym ustawodawca zrezygnował z kryminalizacji pochwalania.

Należy wskazać na niespójność relacji pomiędzy niezmienionym przez projektodawców art. 256 k.k. o tak określonej kryminalizacji, a projektowanym § 2 tego artykułu, który obejmuje zachowania nie będące czynnościami przygotowawczymi do obecnego art. 256 k.k., tylko stanowią jakby osobny typ przestępstwa. W konsekwencji może dojść do częściowego pokrywania się zakresu kryminalizacji, albowiem rozpowszechnianie lub prezentowanie może stanowić formę publicznego propagowania albo nawoływania. Inne formy działania (posiadanie, sprowadzanie, nabywanie) również nie stanowią czynności przygotowawczych do obecnego art. 256 k.k., gdyż mogą być formą poprzedzającą propagowanie niepubliczne, które kryminalizowane nie jest. Mogą też służyć innym celom, niż nawoływanie, a nie będą mieściły się w projektowanym kontratyple (np. w celu wyszydzania, ośmieszania). Wątpliwości co do wzajemnych relacji tych dwóch przepisów nie rozstrzyga również jednakowa sankcja karna.

Odnośnie zaś samego kontratypu to został on wadliwie skonstruowany. Ustawodawca tworząc określony typ przestępstwa określony w § 2, powinien tak

skonstruować jego znamiona, aby obejmowały tylko zachowania społecznie szkodliwe. Jeżeli wolą projektodawcy jest penalizacja zachowania polegającego na produkcji utrwalaniu lub sprowadzaniu, nabywaniu, przechowywaniu, posiadaniu, prezentowaniu, przewożeniu lub przesyłaniu druków, nagrań lub innych przedmiotów zawierających treść określoną w § 1 w celu rozpowszechniania to powinien ten cel rozpowszechniania zostać zawarty w przepisie opisującym typ przestępstwa, a nie za pomocą kontratypu wyłączać niedookreślone obszary kryminalizacji.

Nadto zauważyć należy, że projektowany kontratyp nie jest spójny z projektowanym typem przestępstwa. Zabrania się bowiem określonych czynności sprawczych w celu rozpowszechnienia, zatem czynności te podejmowane w każdym innym celu niż rozpowszechnianie nie wypełniają znamion przestępstwa. Kontratyp natomiast mówi, że niekryminalizowane będą tylko te czynności, które są podejmowane w określonych celach.

Dodatkowo należy stwierdzić, że zastrzeżenia budzi użycie w przedstawionym projekcie, w dodanym § 2 sformułowania „kulturalne”, które w tym aspekcie jest niedookreślone i może rodzić trudności interpretacyjne.

Należy podkreślić, że celowość ścigania osób, które publicznie propagują faszystowski lub inny totalitarny ustroj państwa lub nawołują do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość wydaje się być oczywista, to konieczność ścigania i karania posiadaczy wyrobów kolekcjonerskich, pochodzących z okresu II wojny światowej może budzić wątpliwości. Z tego względu wydaje się, że produkcja, utrwalanie, sprowadzanie, obrót (a nie tylko nabywanie), przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie nośników treści faszystowskich, nośników treści związanych z innym totalitarnym ustrojem oraz nośników treści nawołujących do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo związanych z bezwyznaniowością powinno być karalne tylko i wyłącznie, jeżeli ma ono służyć realizacji celów polegających na propagowaniu

publicznym faszystowskiego lub innego systemu totalitarnego lub nawoływaniu do nienawiści na tle narodowościowym, etnicznym, rasowym, wyznaniowym albo w związku z bezwyznaniowością. Wydaje się, że zakres projektowanej normy art. 256 § 2 k.k. (penalizacja określonych zachowań podjętych w celu rozpowszechniania) jest zbyt szeroki. Może on bowiem spowodować nieuzasadnioną kryminalizację, społecznie nieszkodliwych zachowań.

I wypracowani nacemku

Stipicus Cwiałkowski

Stipicus Cwiałkowski

KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH

00-478 Warszawa • Aleja Ujazdowskie 18 lok. 4
tel./fax: 022 622 05 88, 522 64 28 33 • e-mail: krp@krp.pl • NIP: 526-10-43-011

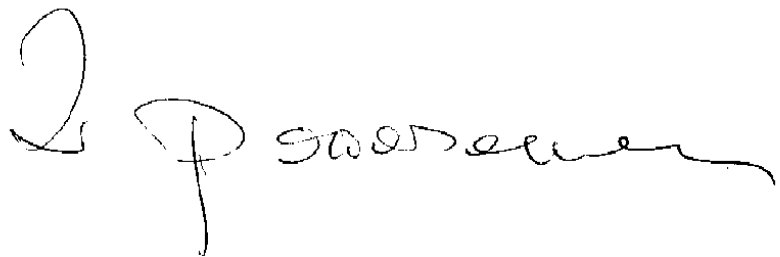
L.dz. 6166/OBSiL/2008
(do dmu 1288)

Warszawa, dnia 4 listopada 2008 r.

Szanowny Pan
Lech Czapla
Zastępca Szefa Kancelarii Sejmu

Szanowny Pan Ministrze!

W nawiązaniu do przesłanego przy piśmie Ps-263/08 z dnia 2 października 2008 r. poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny - w załączeniu przesyłam uwagi do projektu opracowane w ramach Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych.



Wiceprezes
Krajowej Rady Radców Prawnych

Dariusz Sałajewski

SEKRETARIAT Z-CY SZEFA KS

L.dz. LCZ-020-00116.....

Data wpływu 17.11.2008.....

dr Patrycja Kozłowska- Kalisz
dr Marek Kulik

Opinia na temat projektu grupy posłów na Sejm klubu parlamentarnego „Prawo i Sprawiedliwość” - ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny - dodanie §2 i §3 do art. art. 256 k.k.

Celem wprowadzenia projektowanego przepisu jest objęcie penalizacją określonych w nim czynności w stosunku do przedmiotów (np. druków, nagrań,) zawierających treści propagujące faszystowski lub totalitarny charakter prezentacji. Tym samym proponowany przepis ma rozszerzyć zakres penalizacji w stosunku do par. 1 art. 256, który przewiduje sankcję karną za propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwowego oraz nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych rasowych lub wyznaniowych. W uzasadnieniu projektowanej zmiany podniesiono, że czyny takie jak produkcja lub sprzedaż za pośrednictwem Internetu pozostają aktualnie poza hipotezą § 1 art. 256 i są całkowicie legalne. W tym kontekście warto zauważyć, że *de lege lata* niektóre formy np. sprzedaży czy prezentowania takich treści, jeśli będą dokonywane np. właśnie za pośrednictwem Internetu (co spełni wymóg działania publicznego), będą mogły być zakwalifikowane jako publiczne propagowanie i – tym samym objęte zakresem obowiązującego § 1 art. 256 k.k. W proponowanym przepisie § 2 pewne wątpliwości budzić może zestaw penalizowanych czynności sprawczych. I tak, wydaje się, że zbieżny jest zakres czynności sprowadzających się do „przechowywania” i „posiadania” przedmiotów zawierających treści określone w art. 256 § 1. Przechowywanie bowiem zawsze łączy się z posiadaniem – nie można przechowywać jakiegoś przedmiotu jednocześnie nie będąc w jego posiadaniu. Stąd też, jak się wydaje, znamię posiadania – jako szersze zakresowo- zawiera w sobie także przechowywanie; tak więc nie ma chyba konieczności istnienia w proponowanym przepisie także i tej formy czynności sprawczej. Podobnie pewne wątpliwości od strony językowej budzi konstrukcja proponowanego § 3 art. 256. Racją tego przepisu jest wyłączenie przestępności zachowań wymienionych w § 2 z powodu celów, dla których sprawca te zachowania podejmuje. Przepis ten wymienia trzy takie cele, przesadzające o zaistnieniu kontratypu: kulturalny, historyczny i edukacyjny. O ile ten ostatni nie budzi większych zastrzeżeń (np. prezentowanie w ramach wykładów akademickich określonych treści celem wykazania ich negatywnego i szkodliwego charakteru), o tyle sformułowanie: „cel kulturalny” i „cel historyczny” budzą wątpliwości co do zakresu treściowego tych pojęć i wydają się być dość niefortunne z językowego punktu widzenia. Jak bowiem możliwe jest działanie w celu historycznym (czy w celu kulturalnym)? Jeśli cel rozumieć należy jako pewien wyobrażony stan rzeczy, do którego sprawca ma dążyć, to trudno z takich właśnie

sformułowań (cel historyczny, cel kulturalny) wywodzić to szczególne nastawienie sprawcy w kontekście określonego stanu faktycznego. Intencją projektodawców było tu prawdopodobnie wyłączenie przestępności takich zachowań, których sprawca np. posiadając określone treści wykorzystuje je w charakterze wyłącznie badawczym lub artystycznym (np. wykorzystując podczas pisania powieści historycznej). Dlatego więc, wydaje się, że bardziej poprawnym byłoby sformułowanie celu wyłączającego przestępność czynu jako np. „dla celów badawczych” czy też „w celu badawczym” czy też „dla potrzeb badań naukowych”, czy „celem wykorzystywania ich do badań naukowych”.

Uwaga technicznolegislacyjna: dotychczasową treść art. 256 powinno oznaczyć się jako §1, po którym dodaje się: §2 i §3 w brzmieniu zaproponowanym w projekcie.

dr Patrycja Kozłowska-Kalisz

dr Marek Kulik