

TOMASZ SCHEFFLER

ORCID: 0000-0002-5744-4863

Uniwersytet Wrocławski

Przestępstwo publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa (art. 256 k.k.). Analiza doktrynologiczna wybranych wypowiedzi piśmiennictwa i judykatury. Część szczególna III

Jak już zasygnalizowano, w 2009 roku wprowadzono zmiany w konstrukcji art. 256 k.k. polegające na wprowadzeniu nowych jednostek redakcyjnych. Przepis w dotychczasowym brzmieniu (bez jakichkolwiek zmian językowych) został umieszczony w paragrafie pierwszym rzeczzonego artykułu i następnie wzbogacony o trzy dodatkowe paragrafy. Godzi się przytoczyć je *in extenso*, gdyż — jak dalej to wykażemy — ich kształt językowy jest ważnym argumentem na rzecz przedstawionej w poprzednich częściach cyklu tezy, że czyn stypizowany w art. 256 *in princ.* k.k. nie jest, co do istoty, kontynuacją przestępstwa stypizowanego w art. 270 § 2 k.k. z 1969 roku, a zatem że przestępstwo publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa nie powinno być rozpatrywane jako zakaz propagowania doktryny lub posługiwania się symboliką związaną z określoną doktryną (czyli jako zakaz godzący w wolność głosu przekonania).

Pierwsza z nowych jednostek redakcyjnych (§ 2) stwierdzała, że tej samej karze, jak w wypadku przestępstw stypizowanych w paragrafie pierwszym (czyli grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2), podlegać ma ten, „kto w celu rozpowszechniania produkuje, utrwala lub sprowadza, nabywa, przechowuje, posiada, prezentuje, przewozi lub przesyła druk, nagranie lub inny przedmiot, zawierające treść określoną w § 1 albo będące nośnikiem

symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”¹. Kolejny paragraf (§ 3) wprowadził kontratyp, zgodnie z którym „nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w § 2, jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej”. Wreszcie zgodnie z § 4 znowelizowanego art. 256 k.k. „w razie skazania za przestępstwo określone w § 2 sąd orzeka przepadek przedmiotów, o których mowa w § 2, chociażby nie stanowiły własności sprawcy”.

Z punktu widzenia przedmiotu cyklu artykułów szczególnie interesująca jest regulacja zawarta w § 2 art. 256 k.k., wprowadza ona bowiem do polskiego porządku prawnego nowe przestępstwo. Warto zatem na chwilę zatrzymać się nad jego treścią. Przede wszystkim trzeba zauważyć, że znamię czasownikowe tego czynu jest bardzo rozbudowane, obejmujące takie formy zachowania, jak: produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie oraz przesyłanie. Co ciekawe, pomimo tego tak kazuistycznego ujęcia, mającego w zamierzeniu objęcie całego spektrum potencjalnych zakazanych działań, pewne czyny pozostały poza zakresem penalizacji: na przykład dzierżenie czy bycie właścicielem, który jednocześnie nie jest posiadaczem. W takim ujęciu widać jeden z głównych grzechów współczesnego ustawodawstwa polskiego (znajdującego wsparcie niestety w orzecznictwie i w wypowiedzianych nauki), polegający na przekonaniu, że poszczególne gałęzie prawa nie tylko nie potrzebują uzgadniania własnych wokabularzy, ale nawet takie działanie byłoby czymś niewłaściwym, gdyż każda z dziedzin prawa tworzy co najmniej autonomiczną, jeżeli nie wręcz odrębną strukturę. W konsekwencji następuje dezintegracja języka prawnego i prawniczego, a specjalizacja staje się wartością samą w sobie.

Po drugie, warto wskazać, że przestępstwo to jest umyślne i może być popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim, gdyż wspomniane działania muszą odbywać się „w celu rozpowszechniania”. Co istotne, z uwagi na zasadę *nullum crimen sine lege*, jeżeli czynności sprawcze w intencji rozpowszechniania nastąpiły przed wejściem w życie nowelizacji art. 256 k.k., to nie mamy wówczas do czynienia z przestępstwem.

Po trzecie wreszcie, o ile w przypadku znamion czasownikowych ustawodawca dążył do uzyskania precyzji zakazanych zachowań, o tyle w odniesieniu do ustalenia przedmiotu działań otrzymaliśmy konglomerat nieprecyzyjnych wypowiedzi — nie wolno bowiem z woli ustawodawcy produkować (a także utrwalać, sprowadzać, nabywać, przechowywać, posiadać, prezentować przewozić lub przysyłać) druku, nagrania lub innego przedmiotu, który jednocześnie zawierałby „treść określoną w § 1” w art. 256 k.k. albo który byłby „nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”. Poza niejasnym (ale

¹ Już w tym miejscu trzeba zaznaczyć, że przepis ten mocą wyroku TK utracił moc w części obejmującej wyrazy „albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”. Orzeczenie to omówimy w dalszej części artykułu.

typowym dla tego przepisu — *vide* „faszystowski lub inny totalitarny”) sformulowaniem mówiącym o druku, nagraniu lub innym przedmiocie², dużą konfuzję musi budzić to, czym może być przedmiot zawierający „treść określoną w § 1”, a także to, które znaki miałyby przynależeć do symboliki „faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej” w sposób rodzący odpowiedzialność karną. W tym ostatnim wypadku może się rodzić pokusa uznania tej kwestii za oczywistą, gdyż — jak się wydaje — każdy wie, co to jest swastyka czy czerwona gwiazda, przecież już jednak krótkie zastanowienie powinno wywołać istotne wątpliwości. I nawet nie chodzi tu o samo zagadnienie wieloznaczności znaku swastyki³,

² Nie wiadomo, czy pierwsze dwa słowa miałyby wskazywać na rodzaj „innego” przedmiotu (czyli że miałyby to być jakieś ‘typowe’ nośniki świadomie kolportowanych treści) i tym samym pośrednio słowa te miałyby ograniczać zakres penalizacji, czy też że zostały wymienione w tym przepisie bez takiej intencji. Przeciwno pierwszej interpretacji przemawia brak po „inny” słowa „podobny”. W drugim wypadku pojawienie się obu słów nie ma uzasadnienia (ma charakter akcydentalny), a relewantne prawnie jest wyłącznie samo słowo „przedmiot”.

³ Swastyka — inne nazwy: (m.in.) *crux gammata*, *gammadion*, *świaszczycza*, *swarga*, *kołowrót*, *swarzyca*, *Hakenkreuz*, *Winkelmaßkreuz*, *fylfot*, *krzyż Thora*, *lauburu*. Jest to znak graficzny najczęściej w kształcie równoramiennego krzyża o ramionach zgiętych w połowie w prawo pod kątem prostym (baskijskie *lauburu* składa się z czterech wygiętych w prawo kropel) i jeden z najstarszych symboli występujących w kulturze ludzkiej, spotykany na wszystkich, oprócz Australii, na stałe skolonizowanych przez człowieka kontynentach. W wypadku kultur przedhistorycznych istnieje niepewność co do jego znaczenia, najczęściej jednak przyjmuje się, że swastyka ściśle związana była z kultami solarnymi. Sama nazwa pochodzi z sanskrytu i oznacza życzenie pomyślności, powodzenia, dobra i zdrowia. Pomimo występowania znaku graficznego swastyki w różnych rejonach świata do lat siedemdziesiątych XIX wieku wśród dużej grupy naukowców trwało przekonanie, że określenie ‘swastyka’ powinno być używane wyłącznie w kontekście kultur wywodzących się z półwyspu indyjskiego. Związane to było z błędnym przeświadczeniem, że Indie stanowiły faktyczną ojczyznę swastyki i w związku z tym tylko w kontekście indyjskim może ona być właściwie zinterpretowana. Jest faktem jednak, że najstarszy ślad użycia wyrazu ‘swastyka’ związany jest z pochodzącym z II lub I wieku przed Chrystusem poematem *Harivamsa* będącym swego rodzaju suplementem do eposu *Mahabharata*. Dla ścisłości warto tu zatem dodać, że w tradycji hinduistycznej swastyka symbolizuje utrzymującego całą rzeczywistość (kosmos) w równowadze boga Wisznu. Jest też w związku z tym symbolem życia jako takiego, jak i życia wiecznego, znakiem pomyślności, zdrowia, ochrony przed złem i chorobami. Reprezentuje ponadto aspekt męski, to co prawe, to co wysokie i wzniosłe, zdolność do panowania i władania, a także wiosenne słońce, ruch dzienny słońca. Warto tu dodać, że w tradycji hinduistycznej występuje też krzyż łamany w lewo (‘swastyka’ lewoskrętna), czyli *sauwastyka*. Miałby on być wiązany z boginią Kali i konotować typowe dla bóstw chtonicznych takie elementy, jak śmierć, ciemność, wilgoć, to co w dole, podziemne, ale również narodziny i odrodzenie oraz magię i księżyc. W dżinizmie swastyka była symbolem siódmego z *tirthankarów* (nauczycieli „czyniących bród/most” ludziom przez rzekę życia, śmierci i powtórnych narodzin) — *Suparswanatha*. W buddyzmie swastyka symbolizuje stopy (odciski stóp) *Buddy* (*Buddhapada*); jest też znakiem Koła Prawa.

Postulat zawężenia stosowania określenia ‘swastyka’ wyłącznie do obszaru, na którym dominowały kultury wywodzące się z Indii, stracił większość zwolenników pod koniec XIX wieku. Związane to było z jednej strony z coraz większą liczbą doniesień o stanowiskach archeologicznych, w inwentarzach których znajdowano artefakty ze swastyką, z drugiej natomiast z dynamicznie rozwijającymi się badaniami etnograficznymi i etnologicznymi, dzięki którym odkrywano żywotność wśród współcześnie istniejących grup ludzkich symbolu swastyki. Zaczęło się w związku

lecz o szerszy i bardzo praktyczny problem: czy do symboliki totalitarnej można zaliczyć na przykład krzyż celtycki, jeżeli znak ten nigdy nie był symbolem faszystowskim czy nazistowskim? Albo czy koszulka z podobizną Che Guevary ma być uznana za przedmiot będący nośnikiem symboliki komunistycznej? Dodam, iż sprawą tą władczo zajął się Trybunał Konstytucyjny, który uznał przedmiotową regulację za zbyt mało precyzyjną legislacyjnie (o czym w dalszej części artykułu), niemniej warto już tu podkreślić, że samo jej pojawienie się potwierdziło trafność interpretacji zakładającej, że kryminalizacja publicznego propagowania totalitarnego ustroju państwa nie jest tożsama z zakazem eksponowania symboliki „faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”, a tym samym nie może być podstawą ścigania za samo posługiwanie się gestami, znakami czy emblematami związanymi z państwami o ustroju totalitarnym, nawet gdyby działania te miały być czynione publicznie⁴.

Dużą trudność egzegetyczną rodzi również zwrot mówiący o przedmiocie zawierającym „treść określoną w § 1” art. 256 k.k. Przede wszystkim godzi się przypomnieć, że przepis art. 256 § 1 k.k. zawiera w sobie dwa rodzajowo odmienne czyny zabronione: (publiczne) propagowanie totalitarnego ustroju państwa oraz (publiczne) nawoływanie do nienawiści (na tle powodów taksatywnie wymienionych w przepisie). Pojawia się tu natychmiast pytanie: którą „treść” przedmiot ten miałby „zawierać”? Ponownie przypominam, że jesteśmy na gruncie prawa karnego, które rości sobie pretensje do bycia spadkobiercą tradycji oświeceniowo-liberalnej oraz które postrzega siebie jako system działający w ramach struktury państwa prawa. Konsekwencją takiego podejścia jest tu bezwzględna konieczność zwracania uwagi nawet na takie rzeczy, jak występowanie w przepisie liczby pojedynczej lub mnogiej. Tym bardziej że — jak się wydaje — liczba pojedyncza użyta przez ustawodawcę nie była jednak w tym wypadku kwestią jakiegos

z tym szerzyć przekonanie o powszechności i uniwersalności swastyki, bowiem w społecznościach, w których stanowiła jeszcze element żywej kultury, reprezentowała podobne pozytywne konotacje: powodzenie, zdrowie, ochrona przed złymi mocami, słońce, światło, dobro, szczęście i szczęśliwy powrót do domu. Przykładem takiego pozytywnego używania swastyki na ziemiach polskich jest kultura podhalańska, w której swastyka występowała jeszcze w okresie międzywojennym, stając się jednym z emblematów niektórych polskich góralskich oddziałów wojskowych.

Do symbolu swastyki sięgnęli również niemieccy narodowi socjaliści. Przyjęli jako swój emblemat swastykę prawostronną obroconą o 45 stopni. Oficjalnie czarna swastyka była wpisywana w białe koło znajdujące się w czerwonym prostokącie. Nazistowska swastyka miała symbolizować nawiązanie do dziedzictwa aryjskich przodków, kultu słońca zwycięskiego oraz odrodzenia narodu niemieckiego między innymi dzięki odrzuceniu „zżydzonego” chrześcijaństwa. Swastyka nie jest jednak symbolem wyłącznie nazistowskim. T. Scheffler, *Opinia sporządzona na zlecenie Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Śródmieście Wydział V Karny w sprawie o sygn. akt V K 2407/07* (luty 2010), oryginał w aktach sprawy.

⁴ Trafny pogląd, że noszenie kurtek z naszywkami na rękawie i kołnierzu, przedstawiających swastykę, nie ma znamion przestępstwa z art. 256 k.k. wyraził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 4 sierpnia 2005 roku (sygn. akt II AKa 251/05; „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 2, dodatek *Orzecznictwo*, poz. 31, s. 15).

niedopatrzania legislacyjnego. Trudno bowiem skonstruować hipotetyczny stan faktyczny, w którym jakiś przedmiot zawierałby w sobie propagowanie „totalitarnego ustroju państwa” (w znaczeniu dosłownym, a nie w niedozwolonej interpretacji rozszerzającej). Na przykład mogłoby to być stworzenie projektu aktu normatywnego totalitaryzującego ustrój państwa, tylko że w tej sytuacji właściwą podstawą ścigania byłby przepis art. 256 § 1 *in princ.* k.k. Możemy wprowadzić przyjąć, że za pomocą art. 256 § 2 k.k. ustawodawca chciał doprowadzić do penalizacji działań przygotowawczych lub usiłowania nieudolnego (na przykład projekt przygotowuje osoba, która nie ma realnej szansy na wprowadzenie go w życie) popełnienia przestępstwa (publicznego) propagowania totalitarnego ustroju państwa, niemniej jednak pozostaje wówczas otwarte pytanie, czy tak szeroki zakres penalizacji już na pierwsze wejrzenie nie naruszałby istoty wolności przekonań. Jak się wydaje, ilość i jakość pojawiających się w tym kontekście wątpliwości powinna nas skłonić do przyjęcia interpretacji, że sformułowanie „treść określona w § 1” odnosi się wyłącznie do drugiego z występów stypizowanych w art. 256 § 1 k.k., czyli do przestępstwa nawoływania do nienawiści. Za tym sposobem rozumienia owej frazy pośrednio może przemawiać również posłużenie się przez prawodawcę w tym kontekście sformułowaniem „w celu rozpowszechniania”, a nie „propagowania”.

Zanim przejdę do dalszej części artykułu, chciałbym jeszcze odnieść się na moment do treści § 3 art. 256 k.k. znoszącego karalność wielopostaciowego występkę określonego w § 2 tego przepisu, jeżeli czyn ten był podjęty w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej. Choć samo wprowadzenie tego kontratypu wydaje się w pełni uzasadnione, tym niemniej jednak warto zauważyć, że wiąże się z nim pewna niejasność: jak można w aspekcie naukowym, edukacyjnym lub artystycznym skutecznie odnieść go do stanów faktycznych, w których znamieniem czynu przestępczego jest działanie „w celu rozpowszechniania”, a zatem w celu z założenia innym niż wymienione w § 3? Zasadniczo jedynie działalność kolekcjonerska odpowiadałaby tu zatem przesłankom wymienionym w art. 256 § 2 k.k., natomiast pozostałe trzy typy zachowań wyłączających karalność znacznie lepiej pasowałyby do okoliczności określonych w art. 256 § 1 k.k. Przykładowo publikowania naukowo opracowanych dzieł Włodzimierza I. Lenina czy Adolfa Hitlera, w których niektóre fragmenty mogłyby zostać zinterpretowane jako nawoływanie do nienawiści na tle wyznaniowym, nie podpada pod regulację zawartą w art. 256 § 3 k.k., gdyż celem takiej publikacji nie jest rozpowszechnianie treści w postaci nawoływania do nienawiści, lecz rozpowszechnianie wyników badań naukowych. Nie sposób też objąć takiego działania kontratypem eksperymentu naukowego (art. 27 § 1 k.k.). Godzi się tu zatem sformułować postulat *de lege ferenda* zmiany brzmienia art. 256 § 3 k.k. poprzez rozszerzenie tego kontratypu także na § 1 tego artykułu.

Ostatnią część cyklu poświęconego analizie doktrynologicznej wypowiedzi piśmiennictwa i judykatury powstałych na kanwie przestępstwa publicznego

propagowania totalitarnego ustroju państwa rozpocznę od omówienia tekstu Macieja Siwickiego, zatytułowanego *Propaganda faszyzmu, totalitaryzmu oraz akty dyskryminacji*, gdyż pomimo że został on opublikowany przed 2009 roku⁵, to w dużej mierze skupił się na omówieniu projektu zmian art. 256 k.k., który poprzedził ideowo nowelizację z 2009 roku⁶. Już sam tytuł publikacji wskazywał na to, że jej autor pozostawał w schemacie myślenia utożsamiającego propagowanie doktryny z propagowaniem ustroju państwa. Co ciekawe, jest to o tyle intrygujące, że — jak zobaczymy za chwilę — treść pierwotnej wersji nowelizacji powinna skłonić go do podania w wątpliwość sensowności takiego podejścia. Możliwe jednak, że przeważało tu ostatecznie leżące u podstaw całego artykułu przekonanie, że zasadniczo nie ma znaczących odmienności pomiędzy występkiem polegającym na propagowaniu totalitarnego ustroju państwa⁷ a przestępstwem nawoływania do nienawiści. Zgodnie bowiem z deklaracją autora celem jego artykułu miała być nie kwestia propagowania totalitarnego ustroju państwa, lecz przedstawienie oceny, w jakiej mierze polskie prawo karne było dostosowane do unijnych standardów karalności czynów motywowanych rasizmem i ksenofobią, a właściwie do dwóch dokumentów: aktu z 1996 roku pt. *Joint action to combat racism and xenophobia*⁸ oraz projektu decyzji ramowej w sprawie walki przeciwko rasizmowi i ksenofobii z 29 listopada 2001 roku. W efekcie M. Siwicki doszedł do wniosku, że ówczesny polski porządek prawny nie realizował wszystkich zaleceń wspomnianych aktów, a w szczególności nie przewidywał „odpowiedzialności karnej za zachowania o charakterze *sui generis* przygotowawczym, prowadzące wprost do stworzenia warunków do podjęcia zachowania realizującego znamiona przestępstwa [zwracam uwagę na użycie liczby pojedynczej — T.S.] określonego” w art. 256 k.k. Dodał też, że w odróżnieniu od regulacji zawartych w kodeksie karnym z 1969 roku istniejący w kodeksie z 1997 roku „brak penalizacji rozpowszechniania uniemożliwiać będzie zastosowanie w tym przypadku przepisów o zajęciu i przepadku nośników zawierających treści wymienione w art. 256, chyba że ich sprawca przy ich użyciu nawoływał publicznie do nienawiści bądź propagował faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa”⁹. Sawicki zauważył ponadto, że dyspozycja art. 256 k.k. nie przewidywała zakazu rozpowszechniania i wykorzystywania faszystowskich symboli (charakterystyczny był tu brak wzmianki o nazistowskich czy komunistycznych symbolach), jednakże w jego

⁵ M. Siwicki, *Propaganda faszyzmu, totalitaryzmu oraz akty dyskryminacji*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 11, s. 66–76.

⁶ Chodzi tu o rządowy projekt nowelizacji kodeksu karnego (i innych ustaw), zawarty w druku sejmowym (V kadencji) nr 1756.

⁷ W artykule trafnie podniesiono, że „reglamentacja prawna publicznego propagowania faszystowskiego ustroju państwa jest [...] zbędnym powtórzeniem zakazu propagowania ustroju totalitarnego państwa, wyrażonego również w art. 256 k.k.”. M. Sawicki, *op. cit.*, s. 70.

⁸ *Wspólne działanie Rady w celu zwalczania rasizmu i ksenofobii*, „Official Journal” L 185 of 24.07.1996.

⁹ M. Sawicki, *op. cit.*, s. 69–70.

opinii (odwołując się do wcześniej omówionego poglądu Stanisława Hoca¹⁰) wyjątek w tej kwestii stanowiła sytuacja, gdy takie symbole faszystowskie byłyby „wykorzystywane w celu propagandy faszystowskiego ustroju państwa”¹¹.

W tym stanie rzeczy Sawicki zasadniczo pozytywnie odniósł się do projektu nowelizacji kodeksu karnego z 24 kwietnia 2007 roku, w którym przewidywano w odniesieniu do art. 256 wprowadzenie karalności czynności przygotowawczych podejmowanych w celu rozpowszechniania treści nawołujących do nienawiści oraz przepadek rzeczy związanych z przestępstwami określonymi w tymże artykule. Jego wyraźny opór wzbudziła natomiast zawarta w projekcie propozycja penalizacji propagowania faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej ideologii. Wysunął przeciwko niej dwa argumenty. Po pierwsze, przypominając na kilku przykładach, że pojęcie ideologii jest wieloznaczne, wskazywał na wynikający jakoby z tego brak pewności, „co miał na myśli ustawodawca poszerzając zakres art. 256 k.k. o propagowanie faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej ideologii” oraz trudność w ustaleniu, „czy występują inne »ideologie totalitarne«, a jeśli tak, to na podstawie jakich kryteriów należałoby je za takie uznawać”¹². Nie wdając się tu w polemikę co do zasadności utrzymywania podniesionej przez Sawickiego dystynkcji między ideologią a doktryną¹³ oraz co do zakresu kłopotliwości ustalenia, czy istnieją inne ideologie totalitarne, warto wskazać na pewną niekonsekwencję w jego stanowisku: analogiczny zarzut można przecież odnieść do penalizacji propagowania totalitarnego ustroju państwa, a tego Sawicki nie uczynił. Jeszcze bardziej zastanawiający był jednak drugi argument przeciwko penalizacji propagowania ideologii totalitarnych. Sprowadzał się on bowiem do zakwestionowania konstytucyjności takiego zakazu z punktu widzenia prawa do wolności słowa. Sawicki po dłuższym wywodzie mającym wykazać fundamentalną wartość wolności słowa oraz wieloznaczność pojęcia „komunizm”¹⁴ (a także zasadniczo pozytywny wydźwięk tej ideologii), doszedł do jak najbardziej poprawnego wniosku, że zakaz propagowania ideologii byłby sprzeczny nie tylko z prawem do wypowiedzi, lecz również z konstytucyjną zasadą określoności czynu zabronionego. W świetle tej konstatacji tytuł omawianego

¹⁰ Zob. T. Scheffler, *Przestępstwo publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa (art. 256 k.k.). Analiza doktrynologiczna wybranych wypowiedzi piśmiennictwa i judykatury. Część szczególna II*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 41, 2019, nr 1, s. 131 (dalej: *Przestępstwo art. 256 k.k. Część szczególna II*).

¹¹ M. Sawicki, *op. cit.*, s. 70.

¹² *Ibidem*, s. 72.

¹³ O bezprzedmiotowości restrykcyjnego rozróżniania pojęć ‘doktryna’ i ‘ideologia’ zob. szerzej należący do cyklu artykuł: M. Maciejewski, T. Scheffler, *O doktrynologii: rozważania dotyczące przedmiotu oraz metody doktryn politycznych i prawnych*, [w:] *Myślenie o polityce i prawie: przedmiot, metoda, praktyka*, red. I. Barwicka-Tylek, A. Czarnecka, M. Jaskólski, J. Malczewski, Warszawa 2015, s. 263–297.

¹⁴ W sprawie rozumienia pojęcia komunizm zob. M. Waldenberg, *Komunizm*, [w:] *Słownik historii doktryn politycznych*, red. M. Jaskólski, t. 3, Warszawa 2007, s. 323–329.

artykułu Sawickiego, mówiący o przestępstwie „propagandy faszyzmu”, czyli określonej ideologii, staje się jednak mało zrozumiały¹⁵.

Na marginesie można tu jeszcze zwrócić uwagę na dosyć charakterystyczną cechę dyskursu wokół wyodrębnienia zakazu propagowania ideologii totalitarnych, a jest nią okazywanie w sposób bardziej lub mniej jawny niezgody na zakaz propagowania komunizmu przy jednoczesnym braku podobnego zacięcia polemicznego w odniesieniu do faszyzmu czy nazizmu. W wypadku Sawickiego możemy spotkać się nawet z pewnego rodzaju pozytywnym opisem komunistycznego spektrum doktrynalnego, gdyż — jak stwierdził, powołując się na Romana Tokarczyka¹⁶ — „myśl komunistyczna najpełniej wyraża ludzkie marzenia o pełni szczęścia, ideologicznie splecione z walką uciśnionych o poprawę swojego losu”. Sawicki podkreślił też, że „komunizm nie głosił przecież żadnych zbrodniczych haseł. Ideologia komunistyczna była bardzo humanitarna, porównywana nawet do założeń wczesnego chrześcijaństwa”¹⁷. Konkludując ten fragment rozważań, zasugerował, że nieporozumienia biorą się rzekomo z mieszania ideologii komunistycznej z jej „socjalistycznymi wypaczeniami”. Nie wchodząc tu w szerszą polemikę, godzi się jednak wskazać, że — jak się wydaje — te przywołane już wielce kontrowersyjne tezy wynikają z (kolejny raz ujawniającego się) nieporozumienia związanego z jednej strony z mieszaniem doktryn z ustrojami państwowymi, z drugiej zaś ze specyficznym dziedzictwem mentalnym, które motywuje wielu przedstawicieli nauki do pobłażliwego oceniania komunistycznej przeszłości, szczególnie poprzez wykorzystanie Chruszczowskiej kategorii „błędów i wypaczeń”¹⁸.

Kwestię braku tożsamości między totalitarnym ustrojem państwa, o którym mowa w art. 256 k.k., a ideologią, która taki ustrój może przewidywać, podniósł także Andrzej Marek. Nim jednak poruszę to zagadnienie, chciałbym krótko omówić inne wypowiedzi tego autora powstałe na kanwie art. 256 k.k. Przede wszystkim zauważmy, że zdaniem A. Marka, wyrażonym w komentarzach do kodeksu karnego, przestępstwa stypizowane w art. 256 (§ 1) k.k. realizowały

¹⁵ Tym bardziej że ów autor wprost zauważył: „czym innym jest bowiem karanie propagowania ustroju państwa [...], a czym innym staje się karanie opowiadania się za określonymi ideologiami czy nawet ich propagowania”. M. Sawicki, *op. cit.*, s. 72.

¹⁶ R. Tokarczyk, *Współczesne doktryny polityczne*, Kraków 2005, s. 244.

¹⁷ M. Sawicki, *op. cit.*, s. 74.

¹⁸ Zob. szerzej w sprawie konsekwencji realizacji koncepcji komunistycznych: S. Courtois *et al.*, *Czarna księga komunizmu. Zbrodnie, terror, prześladowania*, Warszawa 1999. O zbrodniczych hasłach i ahumanitarnym potencjale komunizmu leninowskiego zob. szerzej A. Bosiacki, *Utopia. Władza. Prawo. Doktryna i koncepcje prawne „bolszewickiej” Rosji 1917–1921*, Warszawa 1999. Por. też uwagi, które poczyniłem przy omawianiu poglądów Lecha Gardockiego w T. Scheffler, *Przestępstwo publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa (art. 256 k.k.). Analiza doktrynologiczna wybranych wypowiedzi piśmiennictwa i judykatury. Część szczególna I*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 40, 2018, nr 4, s. 156–158 (dalej: *Przestępstwo art. 256 k.k. Część szczególna I*).

postulaty wynikające „z licznych dokumentów międzynarodowych, a w szczególności z art. 20 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ, wymagające od sygnatariuszy, aby popieranie nienawiści narodowej, rasowej lub wyznaniowej, stanowiące podżeganie do dyskryminacji, wrogości lub gwałtu, było zakazane pod groźbą kary”¹⁹. Jak widzimy, autor ten powielał tu wskazywany już wcześniej nietrafny schemat myślowy nakazujący rozpatrywanie propagowania totalitarnego ustroju państwa i nawoływania do nienawiści²⁰ jako zjawisk zbieżnych, jeżeli nie wręcz tożsamyh rodzajowo. Jest to zastanawiające, ponieważ Marek zarówno w komentarzu, jak i w podręczniku (do którego dalej jeszcze nawiążę) odrębnie omawiał oba występkę, był zatem świadom ich odmiennej natury. Analizując poszczególne słowa użyte w art. 256 (§ 1) k.k., przyjął też, że istnieje istotowe podobieństwo między faszyzmem i nazizmem oraz że totalitaryzm jest to system „podobny” do faszystowskiego (nazistowskiego), „oparty na podporządkowaniu społeczeństwa dyktaturze antydemokratycznej władzy, z reguły wsparty określoną ‘totalitarną’ ideologią”²¹. W obu przypadkach Marek odwołał się do treści haseł *Faszyzm* i *Totalitaryzm* zawartych w *Encyklopedii popularnej PWN* (Warszawa 1997, s. 221 i 874) i, podobnie jak miało to miejsce w przypadku *Komentarza* do kodeksu karnego, autorstwa Zbigniewa Ćwiąkalskiego²², uczynił to bez poddania cytowanych treści odpowiedniej analizie naukowej. Nie będę tu powtarzał podniesionych już w innym miejscu zarzutów²³ i ograniczę się do wskazania, że tak jak w przypadku Z. Ćwiąkalskiego, stanowisko Marka cechowało się wewnętrzną niespójnością oraz nietrafnym oddaniem sensu takich pojęć, jak faszyzm czy totalitaryzm. Poczucie tej inkoherencji wzmacniała dodatkowo uwaga, że „art. 13 Konstytucji RP wymienia jako totalitarne systemy nazistowskie, faszystowskie i komunistyczne”²⁴ (trudno orzec, dlaczego autor ten posłużył się tu liczbą mnogą: systemy nazistowskie, komunistyczne) oraz przywołanie tezy Lecha Gardockiego²⁵ o kontekście historycznym mającym wskazywać, że sformułowanie „inny totalitarny ustrój państwa” dotyczy „totalitaryzmu

¹⁹ A. Marek, *Komentarz do Kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 2000, s. 254; *idem*, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 552. Analogicznego odwołania się do regulacji międzynarodowych nie było w publikacjach podręcznikowych tego autora.

²⁰ Przy okazji chciałbym zwrócić uwagę na interesujące ujęcie zagadnienia mowy nienawiści i nawoływania do nienawiści zawarte w artykule E. Rogalska, M. Urbańczyk, *Złożoność zjawiska mowy nienawiści w pozaprawnym aspekcie definicyjnym*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 39, 2017, nr 2, s. 117–135.

²¹ A. Marek, *Komentarz...*, s. 254; *idem*, *Kodeks...*, s. 552.

²² Z. Ćwiąkalski, *Komentarz do art. 256 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 Kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 916–917.

²³ Zob. T. Scheffler, *Przestępstwo art. 256 k.k. Część szczególna I*, s. 150–153.

²⁴ A. Marek, *Kodeks...*, s. 552. Odnośnie do treści art. 13 Konstytucji RP zob. T. Scheffler, *Przestępstwo art. 256 k.k. Część szczególna II*, s. 110–113.

²⁵ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 287.

komunistycznego w wydaniu stalinowskim lub wzorujący się na tej odmianie totalitaryzmu”²⁶. Jednocześnie bowiem w komentarzu do art. 256 k.k. po nowelizacji Marek wyłożył pogląd, że nowa regulacja zawarta w § 2 tego przepisu rozszerzyła penalizację na „przedmioty będące nośnikami symboliki faszystowskiej lub innej totalitarnej, w tym także komunistycznej, o której nie ma mowy [*sic!* — T.S.] w § 1 komentowanego artykułu”²⁷. Trudno jednoznacznie określić, co Marek miał na myśli twierdząc, że w art. 256 (§ 1) nie ma mowy o symbolice komunistycznej: czy to, że nie ma tam w ogóle mowy o symbolice, czy też to, że wymieniana się w nim *in extenso* wyłącznie faszystowski ustrój państwa. Możliwe jest też jednak, że była to konsekwencja trafnej tezy Marka (nierozwiniętej niestety, acz postawionej jeszcze przed nowelizacją z 2009 roku), że w art. 256 (§ 1) k.k. penalizuje się „propagowanie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwowego (a nie samej ideologii)”²⁸. W jej kontekście staje się bowiem dopiero zrozumiałe zarówno wprowadzenie regulacji zawartej w art. 256 § 2 k.k., mówiącej o przedmiotach będących nośnikami symboliki totalitarnej, jak i wypowiedź Marka o braku wymienienia komunizmu w art. 256 § 1 k.k. jako konsekwencji przyjęcia, że w przepisie tym nie penalizuje się głoszenia doktryn²⁹.

Jak wspomniałem na początku artykułu, treść zakazu zawartego w art. 256 § 2 *in fine* k.k. (ale także pozostałe elementy nowelizacji z 2009 roku) stała się przedmiotem badania jej zgodności z Konstytucją RP. W wyroku z dnia 19 lipca 2011 roku (sygn. akt K 11/10)³⁰ Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 256 § 2 k.k. w części obejmującej wyrazy: „albo będące nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej”, jest niezgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji RP³¹. Co legło u podstaw takiego stanowiska?

²⁶ A. Marek, *Komentarz...*, s. 254; *idem*, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 635; A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 713.

²⁷ Autor ten dodał, że wprowadzenie penalizacji przedmiotów będących nośnikami symboliki komunistycznej musi „stwarzać daleko idącą konfuzję [...]. Ustawodawca wykazał się tutaj zbyt dużą nadgorliwością, szczególnie, gdy chodzi o symbolikę komunistyczną, występującą w obrocie handlowym odzieży i innych przedmiotów, które ją prezentują lub do niej nawiązują”. A. Marek, *Kodeks...*, s. 553. Jak się wydaje, Marek powoływał się tu na jakiś nieznaną ustawie quasi-kontratyp „nagminności”, niemniej szczególnie uderza tu obrona symboliki komunistycznej.

²⁸ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 648. A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 713. Co ciekawe, analogicznej uwagi nie ma w komentarzach autorstwa Marka.

²⁹ Gwoli ścisłości warto jednak zauważyć, że A. Marek w tytułaturze przestępstwa stypizowanego w art. 256 (§ 1) k.k. posługiwał się pojęciem „propaganda faszyzmu” lub „propagowanie faszyzmu”. A. Marek, *Prawo karne* (2011), Warszawa 2011, s. 634; A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *op. cit.*, s. 713; A. Marek, *Kodeks...*, s. 552. Jest to bądź kolejny przykład inkoherencji poglądów wyłożonych przez tego autora, bądź niepoprawnego przyjęcia, że w § 1 faktycznie nie ma mowy o komunistycznym ustroju państwa.

³⁰ Treść wyroku i uzasadnienia dostępna pod adresem: <http://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/4777-nowelizacja-kodeksu-karnego/> (dostęp: 29.07.2018).

³¹ TK stwierdził też, że w zakresie, w jakim przepis art. 256 § 2 k.k. przewiduje kryminalizację produkowania, utrwalania lub sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia lub przesyłania — w celu rozpowszechniania — druku, nagrania lub innego

Przed wszystkim TK przypominał, że zasada *nullum crimen sine lege* tworzy fundamentalną barierę chroniącą jednostkę przed arbitralnością i nadużyciami władzy publicznej³². Powołując się na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz na wyroki niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, sędziowie TK podkreślili zwłaszcza wagę określoności przepisów oraz zakazu stosowania analogii lub wykładni rozszerzającej³³. Pomimo tych wzniosłych deklaracji skład orzekający bez większych problemów przeszedł do porządku dziennego nad kwestią zakazu wykładni rozszerzającej oraz odwoływa-

przedmiotu zawierającego treść określoną w art. 256 § 1 ustawy powołanej w punkcie 1, jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji. Ponadto TK uznał, że art. 256 § 3 k.k. jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji oraz z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. *Ibidem*.

³² TK przywołał tu własne orzeczenie z 9 czerwca 2019 roku (sygn. akt SK 52/08; „Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy seria A” 2010, nr 5, poz. 50), w którym wyłożył pogląd, zgodnie z którym z zasady *nullum crimen sine lege poenali anteriori*, wyrażonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji, a na poziomie ustawowym powtórzonej w art. 1 § 1 k.k., wynikają następujące reguły szczegółowe: 1) czyny zabronione muszą być określone w ustawie (*nullum crimen sine lege scripta*); 2) typy przestępstw muszą być określone w sposób maksymalnie dokładny (*nullum crimen sine lege certa*); 3) niedopuszczalne jest stosowanie (niekorzystnej dla sprawcy) analogii i wykładni rozszerzającej; 4) ustawa karna wprowadzająca odpowiedzialność karną lub ją zaostrzająca nie może działać wstecz (*nullum crimen sine lege praevia, lex retro non agit*). Powołując się na Andrzeja Wąska (A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1 (art. 1–31), Gdańsk 1999, s. 19–21) i Lecha Gardockiego (L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 14), sędziowie dodali też, że zasadę *nullum crimen sine lege poenali anteriori* uzupełnia zasada *nulla poena sine lege poenali anteriori*, zgodnie z którą kara za przestępstwo musi być określona i przewidziana we wcześniej wydanej ustawie. W uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2011 roku oprócz wymienionych kwestii wspomniano jeszcze o piątej konsekwencji owej zasady: „Przepis ustawy karnej musi spełniać test obliczalności i przewidywalności skutków prawnych działań jego adresata” (sygn. akt K 11/10). W sprawie zasady *nullum crimen sine lege* w kontekście art. 256 k.k. por. też T. Scheffler, *Zasada nullum crimen sine lege w kontekście przestępstw stypizowanych w art. 256 § 1 k.k.*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” XVI, nr 4(2), 2018, s. 119–120 oraz *passim*.

³³ Na szczególną uwagę zasługuje tu przywołanie przez TK rozstrzygnięcia niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (pierwszej Izby pierwszego Senatu) z 1 czerwca 2006 roku (sygn. akt 1 BvR 150/03), w którym za niekonstytucyjne uznano skazanie na podstawie § 86a niemieckiego kodeksu karnego (zakazującego upowszechniania materiałów propagandowych zakazanych organizacji) osoby głoszącej hasło „Ruhm und Ehre der Waffen-SS” („chwała i cześć Waffen-SS”), gdyż sformułowanie to nie stanowiło sloganu propagandowego żadnej z zakazanych organizacji. Sędziowie FTK wyrazili w tym kontekście następujący, godny głębokiego namysłu pogląd: „Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Gesetzeswortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 71, 108, 114; stRSpr). Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist „Analogie“, nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen. Ausgeschlossen ist vielmehr jede Anwendung von Strafrecht, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht; der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation“. BVerfG 1 BvR 150/03 (1. Kammer des Ersten Senats) — Beschluss vom 1. Juni 2006 (LG Mühlhausen/AG Eisenach), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/03/1-bvr-150-03.php> (dostęp: 26.07.2018).

nia się do analogii, uzasadniając to tym, że w przypadku art. 256 § 2 k.k. „przy zastosowaniu literalnych reguł wykładni zrekonstruowanie normy na podstawie wyrażenia »treść określonej w § 1« jest utrudnione”³⁴. Było to dosyć kuriozalne podejście, ponieważ sędziowie przyznali w ten sposób, że powodem odstępstwa od głoszonych przez siebie zasad jest „trudność”, a nie „niemożność” uczynienia czegoś. Gwoli ścisłości przypomnę, że jak wykazałem na początku artykułu, możliwość zdekodowania normy z rzeczowego sformułowania przy zastosowaniu wykładni literalnej jest możliwe bez szczególnie trudnych zabiegów interpretacyjnych. Niemniej jednak TK, dążąc do uniknięcia „utrudnienia” sobie pracy w toku egzekuty, odwołał się do uzasadnienia projektu nowelizacji i przyjął, pozostając w sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisu, „że chodzi tu w istocie o »treści«, a nie o »treść określoną w § 1«”³⁵. Sędziowie stali się tym samym nie tylko interpretatorami, ale również legislatorami.

Wśród licznych, różnorodnych stwierdzeń zawartych w uzasadnieniu komentowanego wyroku TK i uzasadniających niekonstytucyjność cytowanego fragmentu art. 256 § 2 k.k. z punktu widzenia doktrynologicznego na uwagę zasługuje wypowiedź odnosząca się bezpośrednio do doktryn politycznych i prawnych o totalitarnej proveniencji. Zacznę od tego, że członkowie składu orzekającego wyłożyli pogląd, zgodny z którym

jakkolwiek w art. 256 § 2 ustawodawca kryminalizuje na równi czynności służące propagowaniu skrajnie prawicowego ustroju państwowego (faszyzmu), jak i skrajnie lewicowego ustroju państwowego (komunizmu), to w sferze ideologicznych fundamentów tych reżimów ogranicza się do tego pierwszego ustroju, zakazując — w art. 256 § 1 k.k. — nawoływania do szerzenia nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych — pomijając szerzenie nienawiści na tle różnic klasowych³⁶.

Jak widzimy, sędziowie popełnili te same poważne błędy, które pojawiły się w orzecznictwie i w piśmiennictwie przedmiotu oraz które relacjonowałem i wyjaśniałem już w poprzednich artykułach. Pomijając zupełnie bezprzedmiotowe w tym kontekście odwołanie się do politycznego podziału na lewicę i prawicę³⁷, założyli zatem, że ustrój państwowy panujący w Trzeciej Rzeszy miał charakter faszystowski, i to pomimo odrębnego ujęcia faszyzmu i nazizmu w art. 13 Konstytucji RP. W efekcie uznali też, że „nienawiść na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych” miałaby być elementem konstytutywnym („ideologicznym fundamentem”) faszyzmu, a tym samym przyjęli nietrafnie (nie-

³⁴ Wyrok TK z dnia 19 lipca 2011 roku, sygn. akt K 11/10, <http://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/4777-nowelizacja-kodeksu-karnego/> (dostęp: 29.07.2018).

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ W kwestii znaczeń pojęć prawica i lewica zob. A. Heywood, *Ideologie polityczne. Wprowadzenie*, Warszawa 2007, s. 30–33. Podział ten jest obecnie czysto arbitralny, a umieszczanie poszczególnych nurtów, doktryn czy ruchów po stronie skrajnej prawicy lub (rzadziej) skrajnej lewicy należy do leksykalnych narzędzi walki politycznej.

poprawność takiego podejścia uzasadniałem w poprzednich artykułach), że art. 256 § 1 k.k. typizuje zasadniczo ściśle związane z sobą zachowania. Schematyczność (i swoistą bezrefleksyjność) tego podejścia podkreślało to, że najwyraźniej zdaniem składu orzekającego nawoływanie do nienawiści (a właściwie, jak wskazano w uzasadnieniu niezgodnie z brzmieniem przepisu, „nawoływanie do szerzenia nienawiści”) na tle różnic wyznaniowych nie należało do cech charakterystycznych „skrajnie lewicowego ustroju państwowego (komunizmu)”, gdyż znamieniem tego miałyby być wyłącznie „publiczne propagowanie lub nawoływanie do nienawiści klasowej” (sędziowie nie tylko nie omówili, ale nawet nie wymienili innej cechy). TK powołał się w tym kontekście ogólnie na pracę Timothy’ego Snydera pt. *Skrwawione ziemie*³⁸. Możliwe, że pobieżna lektura tej skądinąd bardzo interesującej pracy skłoniła sędziów do tak jednostronnego i zawężającego ujęcia „skrajnie lewicowych” reżimów i ruchów. Byłoby może lepiej, gdyby sięgnęli oni przykładowo do jednej z najważniejszych książek w obiegu naukowym, poświęconych komunistycznym eksperymentom ustrojowym: do monografii Richarda Pipesa pt. *Rosja bolszewików*³⁹. Dowiedzieliby się może z niej nie tylko, że „bolszewizm i faszyzm były socjalistycznymi herezjami”⁴⁰, ale również, jaki stosunek do religii mieli komuniści rosyjscy:

Komuniści — pisał Pipes — atakowali religijne przekonania i obrzędy z gwałtownością niespotykaną od czasów imperium rzymskiego. Ich agresywny ateizm godził w masy obywateli znacznie dotkliwiej niż stłumienie wolności politycznej lub stłumienie cenzury. Oprócz trudności ekonomicznych żadne działania rządu Lenina nie spowodowały tylu cierpień wśród ludności, tak zwanych „mas”, co profanacja wiary religijnej, zamykanie świątyń i znęcanie się nad duchownymi⁴¹.

Przypisanie nienawiści na tle wyznaniowym wyłącznie do faszyzmu jest nie tylko nieporozumieniem czy niedopowiedzeniem; jest po prostu poważnym błędem merytorycznym.

Nim powrócę do omawiania wypowiedzi literatury przedmiotu, chciałbym zatrzymać się na chwilę nad jeszcze jednym orzeczeniem, tym razem Sądu Najwyższego (z 1 września 2011 roku, sygn. akt V KK 98/11). Zająłem się nim już w innym miejscu przy okazji zagadnienia *nullum crimen sine lege* w kontekście przestępstwa nawoływania do nienawiści⁴². Tu zatem ograniczę się do krótkiego skomentowania uwagi zawartej w uzasadnieniu tego postanowienia, która z kolei została stezowana w następujący sposób: „Postąpieniem zbytecznym jest korzystanie w sprawie z pomocy bieglego dla zdefiniowania »ustroju totalitarnego«,

³⁸ T. Snyder, *Skrwawione ziemie. Europa między Hitlerem a Stalinem*, Warszawa 2011.

³⁹ R. Pipes, *Rosja bolszewików*, Warszawa 2005.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 272. Mogłoby to skłonić skład orzekający do przemyślenia sensowności kwestii podziału reżimów na prawicowe i lewicowe, a także przyczynić się do zrozumienia różnicy występującej między faszyzmem a nazizmem.

⁴¹ *Ibidem*, s. 361. Cały rozdział poświęcony temu zagadnieniu na stronach 361–394.

⁴² T. Scheffler, *Zasada...*, s. 136–138.

skoro znaczenie tego pojęcia wśród historyków jest utrwalone i można tu mówić o notorium sądowym (art. 168 k.p.k.)⁴³. Sędziowie dopowiedzieli też, że „ustrój faszystowski, będący jedną z odmian ustroju totalitarnego [...], znamionują nie tyle (lub nie tylko) szowinizm, ale głównie stosowanie terroru policyjnego wobec przeciwników politycznych, istnienie jednej partii o charakterze wodzowskim, likwidacja wolności i praw obywatelskich”⁴⁴.

Zasadniczo już samo zestawienie tych dwóch znajdujących się w uzasadnieniu cytowanego postanowienia tuż po sobie wypowiedzi wystarcza, aby wykazać nietrafność przytoczonej tezy. Zwróćmy uwagę, że sędziowie, starając się wyjaśnić „oczywistość” pojęcia „ustrój totalitarny”, stworzyli zupełnie nowy sposób jego rozumienia, gdyż nie odpowiada ona żadnej wcześniej stworzonej i funkcjonującej w obiegu koncepcji. Można wprawdzie zauważyć pozostawanie składu orzekającego pod znaczącym urokiem stanowiska zajętego przez Carla J. Friedricha (i zapewne też Z. Brzezińskiego), niemniej jednak jest ono istotnie niezgodne z definicją sformułowaną przez wspomnianego amerykańskiego politologa (i zmodyfikowaną przez Brzezińskiego). Podstawowy i rażący błąd polegał bowiem na swoistej dowolności w doborze cech konstytuujących jakoby ustrój totalitarny, podczas gdy pogląd Friedricha (i Brzezińskiego) opierał się na założeniu⁴⁵, że w wypadku ustroju totalitarnego mamy do czynienia z syndromem, z zespołem cech wzajemnie się uzupełniających i statuujących dopiero łącznie opisane zjawisko. Zredukowanie zatem przez SN ustroju totalitarnego zaledwie do trzech znamion (wspomniany dodatkowo szowinizm, jak można wyczytać z kontekstu, został tu dodany jako specyficzna cecha ustroju faszystowskiego), czyli do terroru policyjnego wobec przeciwników politycznych, do monopolu jednej, wodzowskiej partii oraz do likwidacji wolności i praw obywatelskich, nie tyle nawet kreuje nowy pogląd na totalitaryzm, ile raczej opisuje pewną odmianę ustroju autorytarnego⁴⁶. To ujawnione w cytowanym orzeczeniu niezrozumienie złożoności zjawiska, jakim jest totalitaryzm, doskonale pokazuje, że główna teza o braku potrzeby powoływania biegłego z uwagi na rzekomą „notoryczność” wiedzy,

⁴³ OSNwSK nr 1/2011, poz. 154.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ C.J. Friedrich, Z. Brzezinski, *Merkmale der totalitären Diktatur*, [w:] *Nationalsozialistische Diktatur 1933–1945. Eine Bilanz*, red. K.D. Bracher, M. Funke, H.A. Jacobsen, Bonn 1983, s. 225–236; T. Scheffler, *Przestępstwo publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa (art. 256 k.k.). Analiza doktrynologiczna wybranych wypowiedzi piśmiennictwa i judykatury. Część ogólna*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 34, 2012, nr 3, s. 100–101 (dalej: *Przestępstwo art. 256 k.k. Część ogólna*); por. też T. Scheffler, *Przestępstwo art. 256 k.k. Część szczególna II*, s. 131.

⁴⁶ Szerzej o autorytaryzmie zob. G. Sartori, *Teoria demokracji*, Warszawa 1994, s. 232–238 i 253–258. Bardzo interesujące ujęcie zagadnienia relacji autorytaryzm–totalitaryzm jako *continuum* między typami idealnymi przedstawił w polskiej literaturze Roman Bäcker w artykule pt. *Kategorie teoretyczne totalitaryzmu a badania empiryczne*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 38, 2016, nr 2, s. 7–17. Por. też *idem*, *PRL między totalitaryzmem i autorytaryzmem*, [w:] *Polska w dobie przemian*, red. A. Kasińska-Metryka, Kielce 2004, s. 25–36.

czym jest totalitaryzm, nawet w odniesieniu do samego Sądu Najwyższego, nie może się utrzymać. Na marginesie warto jeszcze zauważyć, że Sąd Najwyższy w uzasadnieniu popełnił dwa inne błędy. Po pierwsze, dosyć często łączony z faszyzmem „szowinizm” powinien być wymieniany w tym kontekście z bardzo dużą ostrożnością z uwagi na kult państwa typowy dla tej doktryny. Szowinizm natomiast w potocznym odbiorze uznawany jest wyłącznie (i w tym aspekcie nie-trafnie) za skrajną postać nacjonalizmu⁴⁷, co może wprowadzać w błąd przy próbie kwalifikacji danych haseł lub poglądów do określonej doktryny (na przykład nagminne mylenie faszyzmu z nazizmem). Po drugie, zwracając uwagę na terror policji, Sąd Najwyższy ograniczył go do kręgu „przeciwników politycznych”. Takie zawężenie jest typowe dla systemów autorytarnych, w których policja należy, tak jak w krajach demokratycznych, do narzędzi uprawiania polityki. Państwa o ustrojach totalitarnych stosują natomiast przemoc, w tym przemoc za pomocą sił policyjnych — jak trafnie podniosła to Hannah Arendt — w sposób irracjonalny. Cechą totalitaryzmu jest bowiem kreowanie wroga obiektywnego⁴⁸.

Wśród opracowań dotyczących przestępstw spenalizowanych w art. 256 § 1 k.k., powstałych po nowelizacji, na uwagę zasługuje opublikowany w 2012 roku artykuł Piotra Radziejewskiego pt. *Propagowanie totalitaryzmu i nawoływanie do nienawiści (art. 256 Kodeksu karnego)*⁴⁹. Jego cechą szczególną było bowiem częściowe zakwestionowanie głównej linii interpretacyjnej, którą dotąd relacjonowałem i która zasadniczo dominuje do dziś. Autor ten wyszedł z założenia, że ponieważ prawo współczesnych państw demokratycznych nie może karać nikogo za poglądy, a zatem nie może też nikomu zakazywać bycia zwolennikiem totalitaryzmu, to tym samym przepis art. 256 § 1 k.k. *in princ.* należy interpretować w tym właśnie duchu. W konsekwencji przyjął, że czynność sprawczą określoną czasownikiem „propaguje” powinno się rozumieć jako działanie polegające na szerzeniu wiedzy o ustroju totalitarnym w nieobiektywny sposób, wyolbrzymiający dobre strony, a pomijający złe, oraz na zachęcaniu do jego wprowadzenia⁵⁰. Innymi słowy, zdaniem Radziejewskiego, kwestionującego w tym aspekcie

⁴⁷ Pisałem o tym w T. Scheffler, *Przestępstwo art. 256 k.k. Część ogólna*, s. 103–106 i 110–112.

⁴⁸ H. Arendt, *Totalitarian ideology*, [w:] *Totalitarianism: Temporary Madness or Permanent Danger?*, red. T. Mason, Boston 1967, s. 42–51. M. Zmierzak, *Spory o istotę faszyzmu. Dzieje i krytyka*, Poznań 1988, s. 136. Por. też T. Scheffler, *Przestępstwo art. 256 k.k. Część ogólna*, s. 101–102.

⁴⁹ P. Radziejewski, *Propagowanie totalitaryzmu i nawoływanie do nienawiści (art. 256 Kodeksu karnego)*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2012, nr 1, s. 121–135.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 122. Godzi się odnotować, że Radziejewski powtórzył tu zasadniczo (bez odwołania do niego) pogląd, który pojawił się w literaturze przedmiotu u zarania dyskusji wokół art. 256 k.k. Zob. O. Górniok, *Komentarz do art. 256*, [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 3, Gdańsk 1999, s. 301; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 659; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 287; R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego, prawa*

pogląd wyłożony przez SN (i poparty przez S. Hoca)⁵¹, propagowanie oznacza zachowanie nie tylko wyrażające aprobatę dla ustroju totalitarnego, ale również jednocześnie dążące do przekonania innych do takiego ustroju. Omawiając wynikające z takiego podejścia sytuacje wyłączające stosowanie art. 256 § 1 *in princ.* k.k. (obiektywne informowanie o takim ustroju; angażowanie się po stronie totalitarnego ustroju, ale wyłącznie wyrażając osobiste poglądy; prezentowanie materiałów propagujących ustrój totalitarny w innym celu niż propaganda, na przykład w pracy naukowej), Radziejewski wyłożył też ciekawy pogląd, że „samo wzywianie do wprowadzenia totalitarnego ustroju, bez prezentowania go w pozytywnym świetle, także nie wypełnia znamion występków z art. 256 § 1 k.k., gdyż trudno byłoby to uznać za propagandę. Gdyby ustawodawca chciał kryminalizacji takich zachowań, nie użyłby sformułowania »propaguje«, ale na przykład »nawołuje do wprowadzenia ustroju totalitarnego«”⁵². Zwracam uwagę na tę wypowiedź, gdyż reprezentuje ona znany, lecz warty częstszego wykorzystania model argumentacji: wskazanie na skutki doboru przez ustawodawcę pojęć ze względu na odrzucone alternatywne rozwiązania.

Radziejewski pozytywnie odniósł się do przywołanej wcześniej tezy Marka, że w art. 256 § 1 k.k. penalizacji poddano propagowanie totalitarnego ustroju państwa, a nie samej ideologii. Konstatując, że wynika to „jasno z treści przepisu” oraz że „ze względu na zakaz analogii, nie można rozciągnąć odpowiedzialności na publiczne propagowanie ideologii totalitarnej”⁵³, zaproponował rozważenie wprowadzenia do kodeksu karnego karalności publicznego propagowania ideologii totalitarnej. W jego opinii bowiem nakłanianie „do wyznawania ideologii totalitarnej, na którą składają się przecież tak niebezpieczne elementy, jak np. całkowite podporządkowanie jednostki i lekceważenie jej praw, terror wobec przeciwników czy rasizm, jest równie szkodliwe społecznie, co nakłanianie do wprowadzenia totalitarnego ustroju”⁵⁴. Jak widzimy, także w wypadku tego autora potoczność wyobrażeń o totalitaryzmie przeważała nad ustaleniami naukowymi, gdyż do cech dystynktywnych totalitaryzmu zaliczył on rasizm, a ponadto założył, że terror ma charakter racjonalny, albowiem jest wymierzony w „przeciwników”. Warto jednak w tym kontekście także odnotować, że zdaniem Radziejewskiego „wątpliwości może budzić wymienienie w tym przepisie [art. 256 § 1 k.k.] jako przykładu ustroju totalitarnego właśnie faszyzmu. W systemie

karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2002 roku, „Wojskowy Przegląd Wojskowy” 2003, nr 1 (225), s. 98.

⁵¹ Uchwała SN z dnia 28 marca 2002 roku, sygn. akt I KZP 5/2002, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 46, 2002, nr 12, s. 647–648 oraz S. Hoc, *Glosa do uchwały SN z dnia 28 marca 2002 roku*, OSP 46, 2002, nr 12, K 164, s. 648–650. Tezy zawarte w głosie Hoc powtórzył w artykule pt. *O przestępstwach z art. 256 K.K.*, „Problemy Prawa Karnego” 2003, nr 22 s. 53–60. Zob. też T. Scheffler, *Przestępstwo art. 256 k.k. Część szczególna II*, s. 115–133.

⁵² P. Radziejewski, *op. cit.*, s. 123.

⁵³ *Ibidem*, s. 124.

⁵⁴ *Ibidem*.

nazistowskim i komunistycznym cechy takiego ustroju występowały z jeszcze większą intensywnością, a największe zbrodnie XX w. nie były dziełem faszystowskich Włoch, ale III Rzeszy i ZSRR”⁵⁵. Autor ten wysunął w związku z tym postulat, aby w przepisie wymienić wszystkie trzy odnotowane w art. 13 Konstytucji RP odmiany systemów totalitarnych wraz z formułą „lub inny totalitarny ustrój państwa”, gdyż takie ujęcie pozwoliłoby z jednej strony uniknąć nieporozumień związanych z intencjonalnością wymienienia wyłącznie faszyzmu, a z drugiej umożliwiłoby objęcie penalizacją nowych, dopiero opracowywanych systemów totalitarnych⁵⁶. Odnosząc się zasadniczo pozytywnie do tej propozycji, można zauważyć, że najprostszym rozwiązaniem byłoby jednak usunięcie z przepisu nazw historycznych systemów i pozostawienie wyłącznie zakazu publicznego propagowania totalitarnych ustrojów państwowych.

Ukazujące się od 2009 roku publikacje dotyczące art. 256 § 1 *in princ.* k.k. w zdecydowanej większości pochodziły od tych samych autorów i powtarzały tezy wcześniej głoszone. Nawet gdy pojawiała się nowa publikacja (jak na przykład Tomasza Plaszczyka⁵⁷), jej treść obracała się wyłącznie w świecie pojęciowym zakreślonym przez starszą literaturę i orzecznictwo. Analogiczne zjawisko można było zaobserwować także w sferze orzeczniczej, w której (podobnie jak w piśmiennictwie) większe zainteresowanie wzbudzało przestępstwo nawoływania do nienawiści niż propagowanie ustroju totalitarnego. Możliwe, że dopiero kolejne nowelizacje treści art. 256 § 1 k.k., wprowadzające przykładowo zakazy propagowania doktryn bądź przywracające zakazy posługiwania się symboliką związaną z określonymi doktrynami, wywołają głębszą refleksję nad dotychczasowym stanem wiedzy i poglądów odnoszących się do podstawowych pojęć statujących przestępstwo stypizowane w art. 256 § 1 *in princ.* k.k.

* * *

Jakie wnioski możemy wysnuć z przedstawionego stanu dotychczasowych wysiłków egzegetycznych doktryny i judykatury nad art. 256 (§ 1) k.k. (*in princ.*)? Zauważmy przede wszystkim, że jak dotąd ani piśmiennictwo, ani sądy nie zdołały wypracować jednolitego stanowiska w kwestii *ratio legis* tego przepisu: czy jego sensem ma być obrona przed totalitarnymi ideologiami (jak Sakowicz), czy obrona demokratycznego państwa prawa (pogląd dominujący), czy też ma to być obrona przed pochwalaniem zbrodni (jak przewidywał Gardocki jeszcze

⁵⁵ *Ibidem*, s. 125.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 125–126.

⁵⁷ Plaszczyk, *Przestępstwo z art. 256 kk — uwagi praktyczne*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2011, nr 5, s. 82–90. Zwracam uwagę, że nawet tytuł tego artykułu, posługujący się liczbą pojedynczą w odniesieniu do przestępstw stypizowanych w art. 256 (§ 1) k.k., pokazuje dominację głównonurtowego sposobu egzegezy tego przepisu.

w 1993 roku, a jakiejś mierze zgodził się z tym TK w wyroku z 2011 roku). Każdy z tych poglądów, jak wykazywałem, budzi istotne wątpliwości. W wypadku ochrony przed ideologiami przeciw temu stanowisku przemawiają chociażby stale pojawiające się propozycje modyfikacji przepisu poprzez wprowadzenie zakazu ich propagowania (*a contrario*: obecnie nie to jest przedmiotem penalizacji, a zatem nie ten czynnik zdecydował o powstaniu przepisu⁵⁸). Przeciwno idei obrony demokratycznego państwa prawa przemawia z kolei fakt, iż przepis penalizuje wyłącznie propagowanie totalitarnych ustrojów państwowych, a nie każdego, który jest niezgodny z paradygmatem demokratycznego państwa prawa. Jak zaznaczyłem również, pogląd ten, bazujący na założeniu, że ustrój totalitarny jest przeciwieństwem ustroju demokratycznego, jest nietrafny z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, demokracja sama w sobie ma ogromny ładunek despotyczny, a zatem sama może być zaczynem totalitaryzmu⁵⁹. Po drugie zaś, jeżeli totalitaryzm pojmujemy jako dążenie do pełnej kontroli (panowania) władzy publicznej nad człowiekiem, to wówczas przeciwieństwem takiego systemu jest anarchizm. Nic nie wskazuje jednak, aby intencją ustawodawcy była obrona anarchizmu narzędziami państwowej represji karnej. W ostatnim natomiast wypadku (obrona przed pochwalaniem zbrodni) przyjęcie tego poglądu wymagałoby akceptacji idei, że oba spenalizowane w art. 256 (§ 1) k.k. czyny są z sobą ściśle związane. W konsekwencji doprowadzilibyśmy do przyjęcia stanowiska, że nie tylko cechą totalitaryzmów jest zbrodniczość, ale też że zbrodnie w imię państwa popełniane są tylko w systemach totalitarnych — czy obozy koncentracyjne Brytyjczyków w trakcie wojen burskich lub ludobójstwo Belgów w Kongo wskazywałyby, że państwa te były totalitarne? Jak się wydaje, ten kierunek interpretacji art. 256 prowadziłby jednak do zbyt wielu aporycznych wypowiedzi.

Chciałbym w tym kontekście przypomnieć, że celem cyklu artykułów poświęconych doktrynologicznej analizie art. 256 k.k. nie było skupienie się na samym zjawisku totalitaryzmu. Nie pisałem zatem w tekstach szczegółowo o tym, czym jest totalitaryzm i nie relacjonowałem dogłębnie literatury naukowej wyrosłej wokół sporów o istotę totalitaryzmu. Opisanie tego zagadnienia wymagałoby odrębnego monograficznego opracowania, które całkowicie przysłoniłoby ideę leżącą u podstaw przedstawionego cyklu: ukazania z punktu widzenia doktrynologicznego stanu wiedzy i poglądów wyrażanych w literaturze naukowej i w orzecznictwie na kanwie przestępstwa stypizowanego w art. 256 (§ 1) *in princ.* k.k. Aby uniknąć

⁵⁸ Próby te to także dowód, że dotychczasowe brzmienie nie zakazuje propagowania doktryny, a więc również gestów i symboli. Niestety przywiązanie do błędnej interpretacji jest ogromne. Na przykład na stronie internetowej policji czyny spenalizowane w art. 256 określono jako: „Publiczne propagowanie faszyzmu, nawoływanie do nienawiści”, <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-13/63613,Publiczne-propagowanie-faszyzmu-nawoływanie-do-nienawisci-art-256.html> (dostęp: 12.02.2019).

⁵⁹ Najpełniej kwestię to opracował Jacob L. Talmon w *Źródła demokracji totalitarnej*, Kraków 2015.

zdominowania rozważań przez drobiazgowo analizy zjawiska oraz teoretycznych jego ujęć, odwołałem się wyłącznie do pewnych wiodących i jednocześnie paradygmatycznych sposobów rozumienia totalitaryzmu. Nawet tak ograniczone podejście — jak mogliśmy się przekonać — generowało fundamentalne wątpliwości co do prawidłowości proponowanych przez naukę i sądownictwo linii egzegetycznych wspominanego przepisu. Na marginesie pragnę również przypomnieć, że omówiłem wybrane wypowiedzi piśmiennictwa i judykatury, gdyż pozostałe (nieodnotowane bezpośrednio w samych artykułach składających się na cykl) zawierały powtórzenia stanowisk już poddanych analizie. Analogicznie w wypadku orzecznictwa przedstawione zostały tylko te, które wpłynęły istotnie na sposób prowadzenia dyskursu i sposób postrzegania przestępstwa publicznego propagowania totalitarnego ustroju państwa. Przyjąłem, że w celu omówienia całości zagadnienia nie ma potrzeby omówienia każdej wypowiedzi.

Analizując wypowiedzi doktryny i judykatury, doszedłem do wniosku, że zapomina się, że takie pojęcia, jak totalitaryzm, narodowy socjalizm (nazizm), komunizm czy faszyzm, są konstrukcjami teoretycznymi opracowanymi na gruncie nauk społecznych i w związku z tym nie można przy ich wykładni odwoływać się wyłącznie do tak zwanego języka potocznego (nie z tego języka zostały zaczerpnięte przez ustawodawcę). To pewne też, że piśmiennictwo winno wspomagać sądy poprzez wskazywanie w miarę jasnych i łatwych w zastosowaniu znaczeń pojęć znajdujących się w kodeksie karnym. Ustalanie owych znaczeń nie powinno jednak następować w sposób arbitralny, pozbawiony chociażby rudymenarnego uzasadnienia i w oderwaniu od ustaleń nauki, w tym przede wszystkim od wyników prac prawników zajmujących się doktrynami politycznymi i prawnymi. Kuszące mogłoby się co prawda wydawać wspomniane odwołanie do zasady, aby tekst prawny tłumaczyć zgodnie ze znaczeniami nadawanymi poszczególnym wyrazom w języku potocznym, jednak bez większego wysiłku można wskazać na niedopuszczalność wspomnianego postulatu, wynikającą chociażby z tego, że brakuje jakiejkolwiek w pełni wypracowanej i powszechnie akceptowanej przez nauki penalne procedury ustalania znaczeń wyrazów języka potocznego (zarówno kategorie myślowe sędziego są 'skażone' specjalistycznymi kategoriami wykształcenia prawniczego, jak też definicje i pseudodefinicje słownikowe lub encyklopedyczne wyrażają wybrane intuicje konkretnych przedstawicieli nauk humanistycznych lub społecznych; w obu przypadkach są one odmienne od potocznych wyobrażeń obywateli). Jednocześnie stosowanie zasady potoczności w egzegezie tekstów zawierających terminy specjalistyczne może wywoływać niebezpieczne skutki. Na przykład w jednej ze spraw karnych toczących się we Wrocławiu w akcie oskarżenia jako zarzut pojawiała się posługiwanie się swastyką utożsamianą przez prokuratora wyłącznie, a zatem wbrew wielowiekowej, w tym też polskiej, tradycji, z symbolem nazistowskim oraz przyjęto, że eksponowanie znaku rodła jest równoznaczne ze stosowaniem symboli

nazistowskich⁶⁰. Takie postępowanie, skutkujące przyjmowaniem w toku orzekania niezgodnych z rzeczywistością znaczeń pojęć, prowadzi do złamania zasady *nullum crimen sine lege stricta*, a więc do zakwestionowania jednej z fundamentalnych zasad systemu karnego państwa prawa.

Uderzający jest także brak szerszej refleksji w piśmiennictwie nad złożonością i niejednoznacznością treści kryjących się pod wspomnianymi już pojęciami. Odwoływanie się w procesie interpretacji do encyklopedii (nawet jeżeli jest to *Encyklopedia PWN*) bez rozważenia możliwości wykorzystania alternatywnych źródeł wiedzy oraz bez wskazania przyczyn, dla których właśnie ta publikacja (na przykład *Encyklopedia PWN*) miałaby współkonstruować normę stanowiącą podstawę orzekania, jest niezgodne z regułami prawidłowej egzegezy. Godzi się tu ponownie przypomnieć, że w ciągu kilkudziesięciu ostatnich lat nauka wypracowała kilka zasadniczych modeli rozumienia pojęcia totalitaryzmu. Uznanie, że dany czyn jest propagowaniem ustroju totalitarnego, może być zatem rozumiane jako domaganie się przez kogoś wprowadzenia ustroju państwa, który spełniałby na przykład syndrom Friedrichowski lub syndrom Arendtowski tudzież postulaty Sartoriego. W żadnym jednak wypadku nie powinno być to jednak odnoszenie postulatów sprawcy do jakiejś nieokreślonej, inkoherentnej i wymyślanej *ad hoc* przez skład orzekający mieszanki poglądów wyłożonych przez naukę oraz zaczerpniętych z potocznych wyobrażeń. Takie postępowanie byłoby bowiem sprzeczne z konstytucyjną zasadą określoności przepisów prawa karnego. Warto jednak jednocześnie podkreślić, że przyjęcie za podstawę orzekania któregoś z wymienionych modeli teoretycznych totalitaryzmu będzie za sobą pociągać pojawienie w wyniku interpretacji przepisu art. 256 (§ 1) *in princ.* k.k. odmiennej normy. Dlatego też orzeczenie (osobliwie zaś jego uzasadnienie), które nie zostało oparte na świadomym wyborze jednego z konkurencyjnych modeli totalitaryzmu, jest obarczone wadą podlegającą kontroli instancyjnej (w zależności od okoliczności art. 438 pkt 1 lub pkt 3 k.p.k. tudzież art. 425 § 2 zd. 2 k.p.k.). Nawet jednak gdybyśmy przyjęli fikcję prawną istnienia jakiejś syntetycznej ogólnej teorii totalitaryzmu, to nawet wówczas nieprawidłową rzeczą w tym kontekście będzie tendencja (wyraźnie występująca w literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie) do niezgodnego z wyraźnym brzmieniem ustawy poszukiwania przesłanek odpowiedzialności karnej w tych elementach potencjalnych czynów, które nie stanowią składników konstytutywnych totalitaryzmu. W szczególności ani szowinizm, ani nacjonalizm, ani uspołecznienie własności, ani rasizm, ani nawet antysemityzm nie decydują bowiem o totalitarności danego ustroju państwa. Co więcej, prowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność występowania tychże okoliczności jest działaniem niepotrzebnym, gdyż nie prowadzi do ustalenia występowania w danym czynie znamion przestępstwa — zabronione

⁶⁰ Por. treść aktu oskarżenia znajdującego się w aktach sprawy prowadzonej przed Sądem Rejonowym dla Wrocławia-Śródmieście (sygn. akt V K 2407/07).

jest propagowanie totalitarnego ustroju państwa, a nie propagowanie szeroko pojętych doktryn politycznych, prawnych czy ekonomicznych. Innymi słowy, publiczne propagowanie takich doktryn zakazane jest przez prawo karne wyłącznie w takim zakresie i tylko w takiej ich części (fragmentcie), w jakim i w którym doktryny te postulowałyby zaprowadzenie totalitarnego ustroju państwa. Interpretacja rozszerzająca w państwie prawnym, które to państwo art. 256 § 1 *in princ.* k.k. przecież chroni, jest niedopuszczalna. Godzi się też w tym kontekście zauważyć jeszcze, że owo skupienie się karnistów, czy to naukowców, czy to praktyków, na historycznych przykładach ustrojów totalitarnych niesie z sobą poważne niebezpieczeństwo przeoczenia tego (o czym pisał Sartori), że prawdziwy, realny totalitaryzm nadejdzie wraz z rozwojem technologicznym, który pozwoli na spełnienie marzenia ludzi władzy o możliwości sprawowania pełnej kontroli nad ludzkim życiem. Może warto byłoby zatem zastanowić się nad takim przekształceniem i egzegezy art. 256 k.k., i prac nad zmianami brzmienia art. 256 k.k., których efektem byłoby wypracowanie skutecznego narzędzia karnego obrony społeczeństwa obywatelskiego i państwa prawa przed totalizmem wynikającym z rewolucji informatycznej⁶¹.

Wielką zasługą twórców kodeksu z 1997 roku było zerwanie z totalitarnym z ducha podejściem do jednego z podstawowych praw człowieka, jakim jest wolność wyrażania swoich poglądów. Nie trzeba chyba bowiem nikogo przekonywać, że swobodna wymiana myśli, idei i koncepcji jest fundamentem funkcjonowania pluralistycznego społeczeństwa i nowoczesnego państwa prawa, a usprawiedliwianie ograniczenia wolności wyrażania poglądów koniecznością obrony demokracji jest niczym innym, jak powrotem w zmienionej postaci zbrodniczej, jakobińskiej formuły „nie ma wolności dla wrogów wolności”. Autorzy kodeksu, świadomie rezygnując zatem z rozwiązań typowych dla regulacji z 1969 roku, w znakomity sposób zdołali ująć w kategoriach słownych przestępstwo, którego przedmiotem ochrony jest minimum państwa prawa i istota godności człowieka (podmiotowość ludzka): publiczne propagowanie totalitarnego ustroju państwa. Można tylko wyrazić nadzieję, że interpretacja rozszerzająca, potencjalna prawotwórcza działalność sądów oraz zmiany wprowadzane przez parlament nie zmodyfikują istotnie nowatorskich efektów pracy kodyfikatorów z 1997 roku.

Bibliografia

- Akt oskarżenia* znajdujący się w aktach sprawy prowadzonej przed Sądem Rejonowym dla Wrocławia-Śródmieście (sygn. akt V K 2407/07).
- Arendt H., *Totalitarian ideology*, [w:] *Totalitarianism: Temporary Madness or Permanent Danger?*, red. T. Mason, Boston 1967.

⁶¹ R. Bäcker, *Totalitaryzm w cywilizacji informatycznej*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 39, 2017, nr 1, s. 9–18.

- Bäcker R., *Kategorie teoretyczne totalitaryzmu a badania empiryczne*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 38, 2016, nr 2.
- Bäcker R., *PRL między totalitaryzmem i autorytaryzmem*, [w:] *Polska w dobie przemian*, red. A. Kaśńska-Metryka, Kielce 2004.
- Bäcker R., *Totalitaryzm w cywilizacji informatycznej*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 39, 2017, nr 1.
- Bosiacki A., *Utopia. Władza. Prawo. Doktryna i koncepcje prawne „bolszewickiej” Rosji 1917–1921*, Warszawa 1999.
- BVerfG 1 BvR 150/03 (1. Kammer des Ersten Senats) — Beschluss vom 1. Juni 2006 (LG Mühlhausen/AG Eisenach), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/03/1-bvr-150-03.php>.
- Courtois S., Werth N., Panné J.-L., Paczkowski A., Bartošek K., Margolin J.-L., *Czarna księga komunizmu. Zbrodnie, terror, prześladowania*, Warszawa 1999.
- Ćwiakalski Z., *Komentarz do art. 256 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 Kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Kraków 1999.
- Friedrich C.J., Brzezinski Z., *Merkmale der totalitären Diktatur*, [w:] *Nationalsozialistische Diktatur 1933–1945. Eine Bilanz*, red. K.D. Bracher, M. Funke, H.A. Jacobsen, Bonn 1983.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2001 i 2009.
- Górniok O., *Komentarz do art. 256*, [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 3, Gdańsk 1999.
- Hoc S., *Glosa do uchwały SN z dnia 28 marca 2002 roku*, Orzecznictwo Sądów Polskich, 46, 2002, nr 12, K 164.
- Hoc S., *O przestępstwach z art. 256 K.K.*, „Problemy Prawa Karnego” 2003, nr 22.
- Heywood A., *Ideologie polityczne. Wprowadzenie*, Warszawa 2007.
- <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-13/63613,Publiczne-propagowanie-faszyzmu-nawolywanie-do-nienawisci-art-256.html>.
- Maciejewski M., Scheffler T., *O doktrynologii: rozważania dotyczące przedmiotu oraz metody doktryn politycznych i prawnych* [w:] *Myślenie o polityce i prawie: przedmiot, metoda, praktyka*, red. I. Barwicka-Tylek, A. Czarnecka, M. Jaskólski, J. Malczewski, Warszawa 2015.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Marek A., *Komentarz do Kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 2000.
- Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2001, 2009 i 2011.
- Marek A., Konarska-Wrzesek V., *Prawo karne*, Warszawa 2016.
- Pipes R., *Rosja bolszewików*, Warszawa 2005.
- Plaszczyk T., *Przestępstwo z art. 256 kk — uwagi praktyczne*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2011, nr 5.
- Postanowienie SN z dnia 1 września 2011 roku, sygn. akt V KK 98/11, OSNwSK nr 1/2011, poz. 154.
- Radziejewski P., *Propagowanie totalitaryzmu i nawoływanie do nienawiści (art. 256 Kodeksu karnego)*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza” 2012, nr 1.
- Rogalska E., Urbańczyk M., *Złożoność zjawiska mowy nienawiści w pozaprawnym aspekcie definicyjnym*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 39, 2017, nr 2.
- Sartori G., *Teoria demokracji*, Warszawa 1994.
- Scheffler T., *Opinia sporządzona na zlecenie Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Śródmieście Wydział V Karny w sprawie o sygn. akt V K 2407/07* (luty 2010).
- Scheffler T., *Przestępstwo publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa (art. 256 k.k.). Analiza doktrynologiczna wybranych wypowiedzi piśmiennictwa i judykatury. Część ogólna*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 34, 2012, nr 3.

- Scheffler T., *Przestępstwo publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa (art. 256 k.k.). Analiza doktrynologiczna wybranych wypowiedzi piśmiennictwa i judykatury. Część szczególna I*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 40, 2018, nr 4.
- Scheffler T., *Przestępstwo publicznego propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa (art. 256 k.k.). Analiza doktrynologiczna wybranych wypowiedzi piśmiennictwa i judykatury. Część szczególna II*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 41, 2019, nr 1.
- Scheffler T., *Zasada nullum crimen sine lege w kontekście przestępstw stypizowanych w art. 256 § 1 k.k.*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne”, XVI, nr 4(2), 2018.
- Siwicki M., *Propaganda faszyzmu, totalitaryzmu oraz akty dyskryminacji*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 11.
- Snyder T., *Skrwawione ziemie. Europa między Hitlerem a Stalinem*, Warszawa 2011.
- Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2002 roku*, „Wojskowy Przegląd Wojskowy” 2003, nr 1 (225).
- Talmon J.L., *Źródła demokracji totalitarnej*, Kraków 2015.
- Tokarczyk R., *Współczesne doktryny polityczne*, Kraków 2005.
- Uchwała SN z dnia 28 marca 2002 roku, sygn. akt I KZP 5/2002, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 46, 2002, nr 12.
- Waldenberg M., *Komunizm*, [w:] *Słownik historii doktryn politycznych*, red. M. Jaskólski, t. 3, Warszawa 2007.
- Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1 (art. 1–31), Gdańsk 1999.
- Wspólne działanie Rady w celu zwalczania rasizmu i ksenofobii*, „Official Journal” L 185 of 24.07.1996.
- Wyrok SA w Katowicach w wyr. z 4 sierpnia 2005, sygn. akt II AKa 251/05; „Prokuratura i Prawo” nr 2, 2006, dodatek *Orzecznictwo*, poz. 31.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2019 roku, sygn. akt SK 52/08, „Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy seria A” 2010, nr 5, poz. 50.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lipca 2011 roku, sygn. akt K 11/10, <http://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/4777-nowelizacja-kodeksu-karnego/>.
- Zmierzczak M., *Spory o istotę faszyzmu. Dzieje i krytyka*, Poznań 1988.

THE CRIME OF PUBLIC PROPAGATION OF A FASCIST OR OTHER TOTALITARIAN
GOVERNMENTAL SYSTEM (ARTICLE 256 OF THE PENAL CODE):
A DOCTRINOLOGICAL ANALYSIS OF SELECTED SCHOLARLY WRITINGS
AND JUDICATURE. DETAILED PART III

Summary

The paper presents interpretations of the content of art. 256 of the Polish Penal Code of 1997 (The crime of public propagation of a fascist or other totalitarian governmental/state system), which were developed amid amendment in 2009. The most difficult problem for commentators, much like authors, about whom we have deliberated earlier, was to understand the complexity of the phenomenon of totalitarianism and the consequences resulting from accepting one of the competing concepts of totalitarianism. Similarly, interpretational problems led to misunderstandings of the concept of

fascism and the state system. As a result, individual authors incorrectly found resemblance between the regulations contained in the Penal Code of 1969 and the regulation contained in art. 256 from 1997. In this paper we prove that the Polish Supreme Court and even Polish Constitutional Tribunal also had the same problem with the interpretation of the content of art. 256.

Keywords: totalitarianism, fascism, penal code.

Tomasz Scheffler
tomasz.scheffler@uwr.edu.pl