

JERZY LACHOWSKI

ORCID: 0000-0002-6669-2105

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
jerzy.lachowski@law.umk.pl

O potrzebie utrzymania przepisu art. 256 § 3 k.k.

Słowa kluczowe: ustroje totalitarne, nawoływanie do nienawiści, ideologia, działalność artystyczna, działalność naukowa, działalność edukacyjna, działalność kolekcjonerska, wyłączenie odpowiedzialności karnej

ON THE NEED TO MAINTAIN THE PROVISION OF ARTICLE 256 § 3 OF THE POLISH PENAL CODE

Abstract

This study concerns the issue of exclusion of criminal responsibility for an offence under Article 256 § 2 of the Penal Code. The article analyses the prerequisites for the application of the justification normalized in Article 256 § 3 of the Penal Code. Critical assessments of this provision in the criminal law literature and calls for its repeal are also presented. The main reservation is related to the fact that it is not possible to commit an offence under Article 256 § 2 of the Penal Code within the framework of artistic, educational, collecting or scientific activities, because the perpetrator in such a case does not act with the aim of disseminating prohibited content, and above all does not propagate totalitarian systems. In this situation, the provision of Article 256 § 3 of the Penal Code appears to be unnecessary. However, the author of this study has attempted to demonstrate if an offence can be construed as a component of such types of activity, it falls under Article 256 § 2 of the Penal Code. This leads to the conclusion that the regulation contained in Article 256 § 3 of the Penal Code is needed in the Polish legal order.

Keywords: totalitarian regimes, incitement to hatred, ideology, artistic activity, scientific activity, educational activity, collecting activity, exemption from criminal liability

Wprowadzenie

Przepis art. 256 k.k. w pierwotnej wersji przewidywał tylko jeden paragraf, zgodnie z którym odpowiedzialności karnej podlegać miał sprawca, który publicznie propagował faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawoływał do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Przepis ten był zagrożony karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch. Unormowanie to nie przewidywało wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy w żadnym zakresie.

Ustawą z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy — Kodeks karny wykonawczy, ustawy — Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw dodano do przepisu art. 256 między innymi § 2, zgodnie z którym odpowiedzialność karną miał ponosić również ten, kto w celu rozpowszechnienia produkuje, utrwała 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. Do przepisu dodano również § 3, zgodnie z którym nie popełnia przestępstwa sprawca czynu określonego w § 2, jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej. Dodanie przepisu uchylającego odpowiedzialność karną za typ z art. 256 § 2 k.k. nastąpiło zgodnie z treścią projektu zawartego w druku sejmowym nr 1288 Sejmu VI kadencji. W uzasadnieniu tego projektu w odniesieniu do § 3 art. 256 k.k. napisano: „Jednocześnie projektodawca zauważa konieczność wyłączenia z zakresu działania przepisu (to jest § 2) zachowań służących celom edukacyjnym czy kulturalnym, czemu daje wyraz w § 3”. Tak lakoniczne uzasadnienie nie pomaga w rekonstrukcji zakresu obowiązywania tego unormowania, a poza tym może rodzić wątpliwość, czy faktycznie konieczne było jego dodanie do art. 256. Te kwestie będą poruszone w dalszej części niniejszego opracowania.

Przesłanki kontratypu z art. 256 § 3 k.k.

Podstawą zastosowania kontratypu określonego w art. 256 § 3 k.k. jest wypełnienie znamion czynu opisanego w § 2 tego unormowania. Przepis mówi jednak o sprawcy czynu zabronionego z art. 256 § 2 k.k.

Przedmiotem czynności wykonawczej czynu opisanego w art. 256 § 2 k.k. jest druk, nagranie lub inny przedmiot zawierający treść określoną w § 1 (treść propagująca ustrój faszystowski lub inny totalitarny, treść nawołująca do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość) lub w § 1a (treści propagujące ideologię

nazistowską, komunistyczną, faszystowską lub ideologię nawołującą do użycia przemocy w celu wpływania na życie polityczne lub społeczne). Warto w tym momencie podkreślić, że muszą to być treści propagujące, a więc nie tylko promujące, lecz także wyrażające aprobatę dla ustroju, ideologii lub siania nienawiści, o których mowa w art. 256 § 1 i 1a k.k.¹ Na gruncie przepisu art. 256 § 1 k.k. nie chodzi o propagowanie wiedzy na temat wskazanych tam ustrojów, lecz o propagowanie ustrojów jako takich². Ponadto przedmiotem czynności wykonawczej na gruncie przepisu art. 256 § 2 k.k. są przedmioty będące nośnikiem symboliki nazistowskiej, komunistycznej, faszystowskiej lub innej totalitarnej, użytej w sposób służący propagowaniu treści określonej w art. 256 § 1 i 1a k.k. W orzecznictwie podkreśla się, że noszenie naszywek na ubraniu prezentujących swastykę nie nosi znamion przestępstwa z art. 256 k.k.³ Pogląd ten został poddany krytyce, wszak zachowanie takie oznacza publiczną prezentację symboliki faszystowskiej i wyrażanie dla niej aprobaty⁴. Magdalena Budyn-Kulik wskazuje, że takie zachowanie oznacza pochwalanie ideologii, co obecnie może mieścić się w treści przepisu art. 256 § 1a k.k., raczej nie jest natomiast propagowaniem ustroju totalitarnego⁵. Symbolika faszystowska jest niewątpliwie elementem ideologii faszystowskiej, jednakże publiczne prezentowanie swastyki na ubraniu nie zawsze będzie równoznaczne z propagowaniem takiej ideologii. Wszystko bowiem będzie zależało od tego, z jaką intencją sprawca nosi takie symbole. Może to czynić wyłącznie w celu ozdoby, co przecież nie będzie miało nic wspólnego z pochwalaniem ideologii faszystowskiej.

Zachowanie sprawcy czynu zabronionego, o którym mowa w art. 256 § 2 k.k., polegać ma na produkowaniu, utrwalaniu lub sprowadzaniu, nabywaniu, zbywaniu, oferowaniu, przechowywaniu, posiadaniu, prezentowaniu, przewożeniu,

¹ Podobnie Z. Ćwiąkalski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2. *Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017, s. 521. Zob. jednak uchwała SN z 28 marca 2002 r., I KZP 5/02, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 32, w której przyjęto, że propagowanie w rozumieniu art. 256 k.k. oznacza każde zachowanie polegające na publicznym prezentowaniu, w zamiarze przekonania do niego, faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju. Jeśli uznać, że propagowanie zakłada publiczną prezentację, to rodzi się pytanie o sens podkreślenia publicznego charakteru działania na gruncie przepisu art. 256 § 1 k.k.; szeroko na temat relacji między pojęciem „propagowania” i „pochwalania” zob. M. Budyn-Kulik, *Kryminalizacja propagowania totalitaryzmu (faszyzmu) w polskim kodeksie karnym*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 42, 2020, nr 2, s. 11–12; zob. także P. Góralski, *Propagowanie ustroju totalitarnego przez członków zorganizowanych ugrupowań przestępczych*, [w:] *Przeciwdziałanie i zwalczanie przestępczości zorganizowanej oraz recydywistycznej*, Warszawa 2022, s. 219 n.; P. Góralski, *Problemy kryminalizacji szerszenia oraz gloryfikowania totalitaryzmu (art. 256 k.k.)*. Część I, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 44, 2022, nr 1, s. 178 n.

² M. Budyn-Kulik, *Kryminalizacja propagowania totalitaryzmu (faszyzmu)...*, s. 10.

³ Tak SA w Katowicach w wyroku z dnia 4 sierpnia 2005 r., II AKa 251/05, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 2, poz. 31.

⁴ Z. Ćwiąkalski, [w:] *Kodeks karny*, s. 522.

⁵ M. Budyn-Kulik, *Kryminalizacja propagowania totalitaryzmu (faszyzmu)...*, s. 10.

przesyłaniu⁶. Trafnie podkreśla się w doktrynie prawa karnego, że realizacja któregośkolwiek z tych znamion może prowadzić do wyczerpania istoty czynu zabronionego z art. 256 § 2 k.k. Nie jest jednak wykluczona również i taka sytuacja, w której sprawca realizuje więcej niż jedną czynność czasownikową⁷. Można sobie wyobrazić przypadek, w którym ten sam sprawca najpierw produkuje lub utrwała treści wskazane w rzeczonym unormowaniu, a potem je przechowuje, prezentuje, przewozi lub przesyła. W takim przypadku popełni tyle czynów zabronionych, ile czynności czasownikowych zrealizował. Jednakże redukcja tej wielości będzie zazwyczaj oparta na konstrukcji czynów współukaranych.

Rodzi się pytanie, czy realizacja znamion czynu z art. 256 § 2 k.k. w istocie jest równoznaczna z wypełnieniem istoty czynu z art. 256 § 1 k.k. Wątpliwość ta nie jest pozbawiona podstaw, gdy zważy się na okoliczność, że w art. 256 § 2 k.k. mowa o druku, nagraniu lub innym przedmiocie będącym nośnikiem treści określonej w § 1 i § 1a. Powstaje zatem pytanie, czy oferowanie i prezentowanie takich treści propagujących faszyzm lub inny totalitarny ustrój państwa ewentualnie nawołujących do nienawiści jest równoznaczne z ich propagowaniem lub nawoływaniem do nienawiści. Już na poziomie wykładni językowej nasuwa się wniosek, że samo oferowanie lub prezentowanie takich treści nie jest równoznaczne z propagowaniem faszyzmu, innego ustroju totalitarnego lub nawoływaniem do nienawiści. Ten, kto prezentuje lub oferuje określoną treść, wcale nie musi jej popierać, nie musi się z nią utożsamiać, nie musi wyrażać aprobaty dla niej. Co więcej, ten, kto prezentuje takie treści lub je oferuje, może wyrażać nawet krytyczny stosunek do nich, a jego intencją wcale nie musi być przekonanie innych osób do słuszności głoszonych treści, a wręcz do ich dezaprobaty. Oznaczać by to mogło, że sprawca, który realizuje znamiona z art. 256 § 2 k.k., skupiając swoje zachowania na wskazanych tam treściach, wcale nie musi jednocześnie ich propagować lub nawoływać do nienawiści. Znamiona zawarte w art. 256 § 1 i 2 k.k. są zatem rozłączne. Innymi słowy, do przypisania czynu z art. 256 § 2 k.k. nie jest konieczne ustalenie, czy sprawca propagował wskazane tam treści lub nawoływał do nienawiści, wszak takie czynności czasownikowe nie mieszczą się w treści tego unormowania.

Sytuację komplikuje nieco nowelizacja z dnia 7 lipca 2022 roku, na której podstawie do przepisu art. 256 § 2 k.k. dodano stwierdzenie, że symbolika nazistowska, komunistyczna, faszystowska lub inna totalitarna ma być użyta w sposób służący propagowaniu treści określonych w § 1 i 1a, a więc w treściach propagujących nazistowski, komunistyczny, faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa albo nawołujących do nienawiści. Nie można jednak użycia takiej symboliki w sposób służący propagowaniu treści określonych w § 1 i 1a

⁶ Na temat rozumienia tych pojęć zob. Z. Cwiąkański, [w:] *Kodeks karny*, s. 524–525; A. Herzog, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2023, komentarz do art. 256, teza 11, Legalis.

⁷ Z. Cwiąkański, [w:] *Kodeks karny*, s. 524.

utożsamiać już z samym propagowaniem ustrojów i ideologii, o których tam mowa, czy też nawoływaniem do nienawiści. Zachowania takie należy postrzegać w kategoriach przygotowania do propagowania lub nawoływania, o których mowa w art. 256 § 1 i 1a k.k.⁸ Oznacza to, że nie ma mowy o zbiegu przepisów art. 256 § 1 i 1a k.k. z art. 256 § 2 k.k. Zatem ten, kto wyczerpuje znamiona opisane w art. 256 § 2 k.k., nie wyczerpuje jeszcze znamion typu z art. 256 § 1 i 1a k.k.

Od strony podmiotowej czyn stypizowany w art. 256 § 2 k.k. ma polegać na zamiarze bezpośrednim o szczególnym zabarwieniu a jego treścią ma być cel w postaci rozpowszechniania. Przy czym przez rozpowszechnianie należy rozumieć czynienie dostępnym dla bliżej nieokreślonego kręgu osób.

Wypełnienie znamion czynu z art. 256 § 2 k.k. musi odbyć się w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej.

Przez pojęcie działalności należy rozumieć pewien zorganizowany proces, zespół działań w określonym celu, a nie czynności incydentalne, wypadkowe, jednorazowe. Proces ten musi trwać przez pewien czas albo być zaplanowany na pewien okres; to zorganizowane działania nastawione na uprawianie sztuki, kształcenie, kolekcjonerstwo lub naukę. Zatem nie spełnia wymagań opisanych w analizowanym przepisie jednorazowe zachowanie niebędące częścią działalności. Warto już w tym miejscu podkreślić, że żadna z tych rodzajów działalności nie musi być w jakikolwiek sposób sformalizowana⁹. Nie musi być zarejestrowana. Nie musi być prowadzona przez podmioty profesjonalnie zajmujące się czy to działalnością artystyczną, edukacyjną, kolekcjonerską, czy też naukową. Może mieć charakter amatorski¹⁰.

W literaturze wskazuje się, że pojęcie działalności artystycznej może być rozumiane na dwa sposoby. Po pierwsze, wyróżnia się ujęcie klasyczne, zgodnie z którym istota takiej działalności, istota sztuki sprowadza się do naśladowania natury, a więc naśladowania wartości estetycznych. Artysta ma poszukiwać, doświadczać, twórczo przetwarzać i prezentować coraz to nowe „epitafia piękna (estetyzm)”¹¹. Funkcja sztuki ma się sprowadzać do tego, aby pomagać odbiorcy w znalezieniu odpowiedzi na podstawowe pytania egzystencjalne, a także wzmac-

⁸ Tak np. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 553; W. Kulesza, *Pochwalanie faszystów i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi de lege praevia, lata et ferenda)*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 431. Zdaniem Magdaleny Budyn-Kulik, *Kryminalizacja propagowania totalitaryzmu (faszyzmu)...*, s. 19, zachowania opisane w art. 256 § 2 k.k. mogą jednocześnie realizować znamiona usiłowania czynu z art. 256 § 1 k.k.

⁹ Podobnie A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2. *Komentarz do art. 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, komentarz do art. 256 k.k., teza 61, Legalis.

¹⁰ A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks karny*, teza 61; D. Gruszecka, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, komentarz do art. 256 k.k., teza 16, LEX 2023.

¹¹ F. Cieply, *O kontratypie sztuki*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 10, s. 27.

niać wartości takie, jak dobro, prawda, sprawiedliwość i miłość¹². Drugie ujęcie oznacza, że działalność artystyczna, czyli uprawianie sztuki, to pojęcie otwarte, odnoszące się do nieograniczonej aktywności ludzkiego ducha. Działalność artystyczna to „samodefiniująca się eksploracja idei sztuki, często oznaczająca bezkompromisową krytykę tradycji, jej wizji człowieka i kultury”¹³. Trafnie podkreśla się w doktrynie, że definiowanie działalności artystycznej, sztuki nie może odbywać się w oderwaniu od założeń aksjologicznych i zasad ustrojowych wynikających z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹⁴. Wynika to z faktu, że sam ustawodawca konstytucyjny chroni wolność działalności artystycznej i naukowej na gruncie przepisu art. 73 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Nie jest zatem poprawne poszukiwanie definicji działalności artystycznej w tym pierwszym ujęciu, konieczne jest jego ograniczenie przez pryzmat wartości chronionych w ustawie zasadniczej, do których należą piękno, prawda, dobro i sprawiedliwość¹⁵. Działalności artystycznej nie definiuje ustawodawca, co potwierdzają badania Wojciecha Wytrążka¹⁶. Różne podejścia do zakresu pojęcia działalności artystycznej, a także brak w tym zakresie definicji legalnej na pewno nie ułatwiają rekonstrukcji tego pojęcia na gruncie art. 256 § 3 k.k.

Działalność edukacyjna oznacza przekazywanie wiedzy na określony temat. Jeśli sprawca sam pozyskuje wiedzę na określony temat, to wówczas można uznać, iż prowadzi działalność naukową, a nie edukacyjną.

Działalność kolekcjonerska polega na gromadzeniu różnych przedmiotów, tworzeniu ich serii, którą łączą jakieś wspólne cechy przedmiotów kolekcjonowanych. Musi to być zbiór takich przedmiotów. Działalnością kolekcjonerską nie jest przechowywanie jednego przedmiotu z serii bez zamiaru zebrania serii.

Działalność naukowa polega na prowadzeniu badań naukowych, to jest na gromadzeniu źródeł, analizie ich oraz wyciąganiu wniosków.

Przepis art. 256 § 3 k.k. wymaga, aby sprawca dopuścił się czynu opisanego w art. 256 § 2 k.k. w ramach wymienionej tam działalności. Czyn ten musi zatem być elementem tejże działalności. Musi on się mieścić w jej granicach. Mówiąc inaczej, czyn stypizowany w art. 256 § 2 k.k. musi być przejawem tej działalności, o której mowa w art. 256 § 2 k.k. Musi być z nią przedmiotowo powiązany. Nie jest wystarczające wykazanie związku pośredniego takiego czynu z tą działalnością. Oznacza to, że nie może skutecznie powołać się na unormowanie zawarte w art. 256 § 3 k.k. ten, kto nosi swastykę na swoim ubraniu, wszak trudno uznać to za przejaw działalności artystycznej, kolekcjonerskiej, edukacyjnej lub naukowej.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ W. Wytrążek, *Działalność twórcza i artystyczna jako szczególne przypadki działalności gospodarczej*, [w:] *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński, Warszawa 2011.

Warto podkreślić, że komentowany przepis nie dotyczy sytuacji, w której realizacja znamion zawartych w art. 256 § 2 k.k. mogłaby nastąpić w ramach działalności informacyjnej, odnoszącej się do bieżących wydarzeń życia codziennego. Na przykład przepis art. 256 § 3 k.k. nie będzie obejmował sytuacji, w której w mediach — w celach informacyjnych — będą przekazane wiadomości na temat zachowań innych osób, które treści wskazane w przepisie art. 256 § 2 k.k. prezentują. Powstaje natomiast pytanie, czy wyprodukowanie koszulek z nadrukiem satyrycznie ujętej podobizny Adolfa Hitlera będzie objęte przepisem art. 256 § 3 k.k. Przede wszystkim rodzi się pytanie, czy odbywa się to w ramach działalności artystycznej, czy może być to postrzegane w kategoriach sztuki szeroko pojętej. Stanąć należy na stanowisku, że namalowanie podobizny Adolfa Hitlera w krzywym zwierciadle nosi znamiona raczej karykatury i jest przejawem krytycznego odniesienia się do jego postaci. Jest to sztuka szeroko pojęta, niepopadająca w kolizję z wartościami konstytucyjnymi, a zatem mieści się w granicach działalności artystycznej.

Od strony podmiotowej do istoty kontratypu z art. 256 § 3 k.k. nie należy żadne szczególne nastawienie psychiczne, żadna szczególna postać zamiaru. Co więcej, warto podkreślić, że w świetle tego unormowania sprawca nie musi działać wyłącznie w celu artystycznym, edukacyjnym, kolekcjonerskim lub naukowym.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że unormowanie zawarte w art. 256 § 3 k.k. jest wąsko ujęte. Nie obejmuje ono sytuacji, w której dochodzi do ekspresji przekonań estetycznych czy antytotalitarnych i która nie może być uznana za działalność artystyczną, edukacyjną, kolekcjonerską czy naukową¹⁷. W doktrynie podnosi się, że przepis art. 256 § 3 k.k. uchyla również odpowiedzialność karną w przypadku rekonstrukcji historycznych, wykorzystujących treści, o których mowa w art. 256 § 2 k.k.¹⁸ Z poglądem tym można się zgodzić, ale tylko przy zastrzeżeniu, że odbywa się to w ramach rzeczywistej działalności artystycznej, edukacyjnej lub naukowej. Nie można jednak wykluczyć realizacji takich rekonstrukcji, ale jedynie po to, aby wczuć się w klimat epoki, dla której symbolika taka była charakterystyczna, lub po prostu dla zabawy. W takich przypadkach unormowanie zawarte w art. 256 § 3 k.k. nie może znaleźć zastosowania.

O potrzebie utrzymania regulacji zawartej w art. 256 § 3 k.k.

Projektowany przepis art. 256 § 3 k.k. już na etapie prac legislacyjnych był krytycznie oceniany między innymi przez Prokuratora Generalnego, który uznał, że jest on niespójny z przepisem art. 256 § 2 k.k. Jak podkreślono w opinii, to

¹⁷ Zob. wyrok TK z dnia 19 lipca 2011 r., K 11/10, OTK-A 2011, nr 6, poz. 60.

¹⁸ R. Krajewski, *Karnoprawne aspekty rekonstrukcji historycznych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2015, nr 3, s. 27.

ostatnie unormowanie wymaga działania w celu rozpowszechniania określonych tam treści. Wypełnienie zatem znamion czynu z art. 256 § 2 k.k. jest uzależnione od działania w takim celu. Sprawca, któremu taki cel nie towarzyszy, nie wyczerpuje znamion zawartych w art. 256 § 2 k.k. Nie towarzyszy ten cel sprawcy, który prowadzi działalność artystyczną, edukacyjną, naukową lub kolekcjonerską¹⁹.

W doktrynie prawa karnego wprowadzenie kontrotypu, o którym mowa w art. 256 § 3 k.k., spotkało się również z krytyczną oceną. Najszerzej w tym zakresie wypowiedział się Witold Kulesza, który uważa, że jeśli intencją ustawodawcy było wyłączenie odpowiedzialności karnej twórców, którzy swoje publiczne prezentacje czynią w ramach działalności artystycznej, to nie można ich traktować jako sprawców czynu, o którym mowa w art. 256 § 2 k.k., ponieważ oni publicznie nie pochwalają faszyzmu lub innego totalitarnego ustroju²⁰. Posługiwanie się przez twórcę symboliką faszystowską jest w istocie przeciwieństwem pochwalania faszystowskiego ustroju państwa, a autor kieruje się nadzieją, że właśnie tak obserwatorzy odbiorą jego dzieło²¹. Dalej Witold Kulesza podkreśla, że w ramach działalności artystycznej twórcy nie czynią przygotowań do publicznego propagowania faszyzmu, nie kierują się oni zamiarem ani naruszenia, ani zagrożenia dobra prawnego chronionego przez przepisy prawa karnego. Skoro taki twórca nie wypełnia swoim zachowaniem znamion czynu zabronionego, nie ma potrzeby odwoływania się do instytucji kontrotypu²². Zachowanie takie jest bowiem pierwotnie legalne i nie wymaga wtórnej legalizacji w oparciu o konstrukcję prawną kontrotypu. Autor podkreśla, że skoro twórca nie ma zamiaru propagowania tego, o czym mowa w art. 256 § 1 k.k., to nie wyczerpuje znamion ustawowych czynu z art. 256 § 2 k.k., nie ma zatem podstaw do szukania usprawiedliwienia jego czynu w art. 256 § 3 k.k. Formułuje ogólniejszą tezę, iż osoby prowadzące działalność artystyczną, kolekcjonerską lub naukową nie są sprawcami czynu opisanego w art. 256 § 2 k.k.²³ Jak podkreśla Witold Kulesza, również osobom prowadzącym działalność naukową rozumianą jako studia zmierzające do odkrycia prawdy, zawierające rzetelne odniesienia do odmiennych poglądów, zwieńczone określonymi wnioskami, nie sposób przypisać zamiaru propagowania treści, o których mowa w art. 256 § 1 k.k., a tym samym nie są one sprawcami czynu z art. 256 § 2 k.k. Wszystko to prowadzi autora do konkluzji, że przepis art. 256 § 3 k.k. jest zbędny²⁴. W innej publikacji Witold Kulesza stwierdza, że ujęcie unormowania zawartego w art. 256 § 3 k.k. pozwala na sformułowanie tezy, że naukowiec, który ma w mieszkaniu egzemplarz *Mein Kampf* Adolfa Hitlera

¹⁹ Opinia przywołana jest w uzasadnieniu wyroku TK z dnia 19 lipca 2011 r., K 11/10, OTK-A 2011, nr 6, poz. 60.

²⁰ W. Kulesza, *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego*, s. 430.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, s. 431.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

i w celach naukowych analizuje zawarte tam treści, za każdym razem, sięgając po to dzieło, popełnia czyn zabroniony, którego bezprawność zostaje jednak uchylona²⁵.

Do poglądu Witolda Kuleszy przychylił się Zbigniew Ćwiąkalski, który uważa, iż podmiot prowadzący działalność artystyczną nie pochwała publicznie faszyzmu lub innego ustroju totalitarnego. Dalej autor wskazuje, że również działalności naukowej czy edukacyjnej nie towarzyszy przestępczy zamiar²⁶.

Także Aneta Michalska-Warias neguje potrzebę wprowadzenia przepisu art. 256 § 3 k.k. do porządku prawnego. Autorka podkreśla, że sprawca, który dopuszcza się zachowań opisanych w art. 256 § 2 k.k., ale w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej nie będzie tego czynił w celu rozpowszechniania, nie wypełni zatem znamion czynu z art. 256 § 2 k.k., dlatego unormowanie zawarte w art. 256 § 3 k.k. postrzega jako swoiste *superfluum* ustawowe²⁷.

Również Aleksander Herzog krytycznie odnosi się do regulacji zawartej w art. 256 § 3 k.k. Z jednej strony podkreśla, iż rzeczzone unormowanie powinno przeciwdziałać zbyt szerokiej penalizacji zachowań opisanych w art. 256 § 2 k.k. Z drugiej wskazuje, że w praktyce może ono utrudniać ściganie czynu opisanego w art. 256 § 2 k.k.²⁸ Z kolei zdaniem Andrzeja Marka sprawcy, który posiada przedmioty o symbolice faszystowskiej, komunistycznej czy innej totalitarnej, nietrudno będzie wykazać, że czyni to z przyczyn kolekcjonerskich, a zatem nietrudno będzie uniknąć odpowiedzialności karnej. Autor uznaje unormowanie zawarte w art. 256 § 3 k.k. za zbyt szerokie²⁹.

Są także autorzy, którzy pozytywnie oceniają wprowadzenie przepisu art. 263 § 3 k.k. do porządku prawnego. Zdaniem Joanny Piórkowskiej-Flieger wprowadzenie tego kontrotypu uzasadnia fakt, iż przedmioty, o których mowa w art. 256 § 2 k.k., mogą mieć znaczną wartość historyczną, mogą również przyczyniać się do szerzenia wiedzy historycznej i kształtowania odpowiednich postaw wobec totalitaryzmu³⁰.

Odpowiedź na pytanie o potrzebę wprowadzenia do polskiego porządku prawnego przepisu art. 256 § 3 k.k. należy poprzedzić ustaleniem tego, czy u podstaw tego kontrotypu leży kolizja dóbr³¹. Kiedy czytamy to unormowanie, nie-

²⁵ W. Kulesza, *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboliki w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa prof. M. Szewczyk*, red. W. Górowski et al., Warszawa 2013, s. 215–216.

²⁶ Z. Ćwiąkalski, [w:] *Kodeks karny*, s. 527–528; zob. też K. Wiak, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2021, komentarz do art. 256 k.k., teza 17, Legalis; M. Kulik, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, komentarz do art. 256, teza 14, LEX 2023.

²⁷ A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks karny*, teza 60.

²⁸ A. Herzog, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, teza 15.

²⁹ A. Marek, *Kodeks karny*, s. 554.

³⁰ J. Piórkowska-Flieger, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, komentarz do art. 256, teza 3, LEX 2016.

³¹ Istoty kontrotypu w kolizji dóbr upatruje A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982, s. 101 n.

odparcie nasuwa się refleksja, że w jego ramach zderzają się wolność ekspresji artystycznej, działalności naukowej, edukacyjnej czy kolekcjonerskiej z koniecznością ochrony porządku publicznego, któremu zagraża rozpowszechnianie treści propagujących ustroje totalitarne lub szerzących nienawiść. Warto w tym miejscu podkreślić, że wolność twórczości artystycznej, badań naukowych, a także wolność nauczania to wartości konstytucyjne, chronione na gruncie przepisu art. 73 ustawy zasadniczej. W Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej ochronie podlega również porządek publiczny, w którego imię dopuszcza się ograniczenie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw (por. art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej). Chroniąc porządek publiczny, ustawodawca zakazuje zachowań opisanych w art. 256 § 1 i 2 k.k., dając natomiast pierwszeństwo swobodzie działalności artystycznej, naukowej czy swobodzie nauczania, wyłącza odpowiedzialność karną za zachowania opisane w art. 256 § 2 k.k. Kolizja dóbr jest tu zatem dostrzegalna. Można się zastanowić, czy uchylenie odpowiedzialności karnej za czyn stypizowany w art. 256 § 2 k.k. popełniony w ramach działalności kolekcjonerskiej również ma miejsce w ramach kolizji dóbr. Prawo do kolekcjonowania różnych przedmiotów wynika z gwarantowanego konstytucyjnie prawa do wolności (art. 31 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej). Oznacza to, że w tym przypadku zachodzi kolizja między wolnością a koniecznością ochrony porządku publicznego. Przy czym kolizja ta dotyczy tylko jednego aspektu wolności, a mianowicie swobody kolekcjonowania przedmiotów, a nie wolności *in genere*. Już istnienie tej kolizji powoduje konieczność jej rozstrzygnięcia na poziomie ustawodawczym, co pozwala uzasadniać byt przepisu art. 256 § 3 k.k.

W tym momencie odnieść się należy do zgłaszanych w doktrynie zastrzeżeń pod adresem tego unormowania, że w ramach działalności artystycznej, kolekcjonerskiej, naukowej i edukacyjnej nie sposób wypełnić znamion czynu zabronionego z art. 256 § 2 k.k., co miałyby kwestionować sens i potrzebę istnienia kontratypana z art. 256 § 3 k.k. Trzeba zatem przeanalizować to, czy faktycznie w ramach tych przejawów aktywności człowieka możliwe jest wypełnienie znamion opisanych w art. 256 § 2 k.k.

Wydaje się, że legalizacja zachowań opisanych w art. 256 § 2 k.k. z powodu działalności kolekcjonerskiej nie znajduje uzasadnienia. Kolekcjonowanie treści będących nośnikiem symboliki, o której tam mowa, odbywa się z reguły nie w celu rozpowszechniania, lecz na własny użytek. Zatem ten, kto kolekcjonuje takie przedmioty, jakkolwiek realizować może niektóre czynności czasownikowe wskazane w art. 256 § 2 k.k. (nabywa, sprowadza, przechowuje, posiada), nie będzie realizował znamienia podmiotowego (działanie w celu rozpowszechniania). Nie dojdzie zatem do wyczerpania znamion z art. 256 § 2 k.k. w zakresie strony podmiotowej. Nie ma więc potrzeby sięgania po art. 256 § 3 k.k. Podobnie należy ocenić przypadek wskazany przez Witolda Kuleszę polegający na sięganiu po *Mein Kampf* Adolfa Hitlera w celach badawczych. Autor nie ma racji, twierdząc, że w każdym takim przypadku sprawca wypełnia znamiona czynu z art. 256

§ 2 k.k. Wydaje się wszak, że nie sięga po tę pozycję po to, aby rozpowszechniać zawarte tam treści, lecz po to, aby je badać.

Zestawienie obu przepisów, to jest art. 256 § 2 i 3 k.k., pozwala przyjąć, że można sobie wyobrazić sytuację, w której artysta tworzy dzieło z zamiarem jego ekspozycji w galerii sztuki. Dzieło zawierać będzie treść propagującą nazistowski, komunistyczny, faszystowski lub inny totalitarny ustrój. Może to być chociażby obraz przedstawiający Adolfa Hitlera przemawiającego do tłumów, przekonującego do słuszności propagowanej przez siebie ideologii. Artysta nie musi sam propagować tego, o czym mowa w art. 256 § 1 i 1a k.k., lub nawoływać do nienawiści. Na gruncie przepisu art. 256 § 2 k.k. wystarczy, że stworzy dzieło, na którym takie treści będą propagowały inne osoby. Unormowanie to zabrania bowiem również produkowania takich druków, nagrań lub innych przedmiotów, które przedstawiają inne osoby propagujące ustrój nazistowski, faszystowski, komunistyczny lub inny totalitarny albo nawołujące do nienawiści. Objęcie takiej sytuacji treścią przepisu art. 256 § 2 k.k. jest uzasadnione tym, że przepis nie mówi o propagowaniu, lecz o przedmiotach zawierających zakazaną symbolikę lub nawołujących do nienawiści. Oczywiście jeżeli artysta, tworząc wskazane dzieło, nie będzie zamierzał go upublicznić, wówczas nie ma mowy o realizacji znamion czynu z art. 256 § 2 k.k.; nie ma zatem również potrzeby odwołania się do konstrukcji kontratypu z art. 256 § 3 k.k., aby wyłączyć jego odpowiedzialność.

Można również wyobrazić sobie reżysera, który nagrywa film (a więc utrwalą pewną rzeczywistość), którego akcja toczy się w nazistowskich Niemczech. Wśród utrwalanych obrazów znajdują się symbolika faszystowska, przemówienia przedstawicieli władzy wzywające do pochwalania ideologii nazistowskiej lub faszystowskiej. Z natury rzeczy działalność reżyserska ma na celu rozpowszechnienie określonych treści. W takiej sytuacji wydaje się, że reżyser wyczerpuje zamię w postaci utrwalania w celu rozpowszechniania nagrań zawierających treści propagujące nazizm czy faszyzm, a więc treść wskazaną w art. 256 § 2 k.k.

Można także wyobrazić sobie wystawę w galerii sztuki, gdzie na ekspozycji znajdują się choćby wycinki z prasy niemieckiej z okresu międzywojnia, w których pochwała się nazistowską ideologię, nawołuje się do eksterminacji nacji żydowskiej. Nie ulega wątpliwości, że również w takim przypadku organizator wystawy w celu rozpowszechnienia posiada i prezentuje druk zawierający treść propagującą ideologię nazistowską. Wydaje się, że w tej sytuacji dochodzi także do realizacji znamion ustawowych czynu zabronionego z art. 256 § 2 k.k.

Oferowanie druku, nagrania lub innego przedmiotu zawierającego treści, o których mowa w art. 256 § 1 i 1a k.k., w celu rozpowszechnienia może mieć miejsce w sytuacji, w której sprawca dysponuje takimi przedmiotami, ale chce je przekazać organizatorowi wystawy, która poświęcona jest ustrojom totalitarnym. W takim przypadku niewątpliwie zamię czynnościowe w postaci oferowania jest zrealizowane, sprawca działa w celu rozpowszechniania, albowiem chce, aby

te materiały zostały pokazane podczas wystawy, do tego zawierają one treści propagujące ustrój totalitarny.

Przedstawione wyżej przykłady potwierdzają, że na gruncie przepisu art. 256 § 2 k.k. nie chodzi o propagowanie ustrojów totalitarnych lub nawoływanie do nienawiści, lecz o produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, nabywanie, zbywanie, oferowanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie druku, nagrania lub innego przedmiotu, który zawiera treści propagujące takie ustroje lub nawołujące do nienawiści. Wskazane zachowania odnoszące się do określonych treści wcale nie muszą być równoznaczne z propagowaniem ustrojów totalitarnych i nawoływaniem do nienawiści przez osobę, która je posiada, sprowadza, przekazuje, zbywa, oferuje lub prezentuje. Jednakowoż trzeba podkreślić, że ten, kto takie treści prezentuje nawet w celu rozpowszechnienia, wcale nie musi mieć zamiaru ich propagowania lub nawoływania, który charakteryzuje czyn z art. 256 § 1 k.k. Ten, kto prezentuje określone treści nawet w celu rozpowszechniania, wcale nie musi się z nimi utożsamiać, nie musi ich pochylać, co należy do istoty propagowania. Do znamion czynu z art. 256 § 2 k.k. nie należy propagowanie ustrojów totalitarnych lub nawoływanie do nienawiści, lecz opisane tam zachowania muszą odnosić się do druku, nagrania lub innego przedmiotu zawierających takie treści. Sprawca czynu z art. 256 § 2 k.k. może rozpowszechniać wskazane tam treści zarówno w celach edukacyjnych, jak i artystycznych oraz naukowych. Czynienie tego w takim celu nie wystarcza jednak dla wyłączenia odpowiedzialności karnej. Zastosowanie przepisu art. 256 § 3 k.k. zależy od podejmowania takich zachowań w ramach faktycznie prowadzonej działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej, a nie jedynie w zamiarze prowadzenia takiej działalności.

Wszystko to prowadzi do wniosku, że autorzy, który postrzegają przepis art. 256 § 3 k.k. jako zbędny, błędnie upatrują w art. 256 § 2 k.k. znamienia propagowania wskazanych tam treści. Tymczasem wyraźnie należy odróżnić od siebie propagowanie ustrojów totalitarnych lub nawoływanie do nienawiści od produkowania, utrwalania, sprowadzania, nabywania, zbywania, oferowania, przechowywania, posiadania, prezentacji, przewożenia lub przesyłania nośnika takich treści. Innymi słowy, propagowanie określonego stanu rzeczy to coś innego niż prezentowanie treści, które tego stanu rzeczy dotyczą. Ten, kto chociażby posiada, prezentuje lub przewozi nośnik takich treści, jeszcze ich nie propaguje. Gdyby uznać, że do istoty czynu zawartego w art. 256 § 2 k.k. należy również propagowanie, oznaczałoby to, że regulacja ta pokrywa się z art. 256 § 1 k.k., a tym samym ustawodawca jest nieracjonalny. Należy przyjąć, że skoro ustawodawca wyodrębnił art. 256 § 2 k.k., to chciał uczynić przedmiotem zakazu inne zachowania niż te opisane w art. 256 § 1 k.k.

Faktem jest natomiast, że nie da się pogodzić zachowań opisanych w art. 256 § 2 k.k. odnośnie do druku, nagrania lub innego przedmiotu będącego nośnikiem symboliki faszystowskiej lub innej totalitarnej, ale użytej w sposób służący

propagowaniu treści określonych w art. 256 § 1 i 1a k.k., z działalnością artystyczną, naukową, edukacyjną czy kolekcjonerską. Istota kontratypu z art. 256 § 3 k.k. nie sprowadza się wszak do wyłączenia odpowiedzialności karnej za takie przejawy działalności służącej propagowaniu (a więc również pochwalaniu) treści opisanych w art. 256 § 1 i 1a k.k. Sens tego uregulowania zostałyby zresztą całkowicie zaprzepaszczone, gdyby miało ono legalizować zachowania służące propagowaniu, a więc pochwalaniu treści określonych w art. 256 § 1 i 1a k.k. Działalność artystyczna, kolekcjonerska, naukowa oraz edukacyjna, o której mowa w art. 256 § 3 k.k., nie służy propagowaniu treści określonych w art. 256 § 1 i 1a k.k.

Nie mają racji ci autorzy, którzy twierdzą, że sprawca czynu opisanego w art. 256 § 2 k.k. z łatwością uniknie odpowiedzialności karnej na podstawie art. 256 § 3 k.k., jeśli tylko oświadczy, że czyni to w ramach działalności artystycznej, edukacyjnej, kolekcjonerskiej lub naukowej. Jak podkreślono wyżej, taka działalność musi mieć charakter rzeczywisty, a nie pozorowany. Poza tym działalność to pewien zorganizowany ciąg działań służących określonemu celowi. Sprawca, który będzie chciał uniknąć odpowiedzialności karnej, będzie musiał zatem wykazać, iż rzeczywiście jest artystą, prowadzi badania naukowe nad systemami totalitarnymi, kolekcjonuje przedmioty o takiej symbolice czy też edukuje na temat takich ustrojów. To wcale nie musi być wyjątkowo łatwe zwłaszcza dla kogoś, kto taką działalność dopiero zaczyna.

Reasumując, dotychczasowe rozważania pokazują, że w warunkach kontratypu z art. 256 § 3 k.k. może dojść do wyczerpania przynajmniej części ustawowych znamion czynu stypizowanego w art. 256 § 2 k.k. Kolizja dóbr, jaka leży u podstaw tej okoliczności wyłączającej bezprawność kryminalną, powoduje, że ma ona swoje uzasadnienie w polskim porządku prawnym.

Bibliografia

- Budyn-Kulik M., *Kryminalizacja propagowania totalitaryzmu (faszyzmu) w polskim kodeksie karnym*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 42, 2020, nr 2.
- Cieplý F., *O kontratypie sztuki*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 10.
- Ćwiąkalski Z., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2. *Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017.
- Góralski P., *Problemy kryminalizacji szerzenia oraz gloryfikowania totalitaryzmu (art. 256 k.k.)*. Część I, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 44, 2022, nr 1.
- Góralski P., *Propagowanie ustroju totalitarnego przez członków zorganizowanych ugrupowań przestępczych*, [w:] *Przeciwdziałanie i zwalczanie przestępczości zorganizowanej oraz recydywistycznej*, Warszawa 2022.
- Gruszecka D., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Komentarz do art. 256 k.k.*, teza 16, red. J. Giezek, LEX 2023.
- Herzog A., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2023, komentarz do art. 256, teza 11, Legalis.

- Krajewski R., *Karnoprawne aspekty rekonstrukcji historycznych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2015, nr 3.
- Kulesza W., *Pochwalanie faszystów i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi de lege praevia, lata et ferenda)*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011.
- Kulesza W., *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboliki w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa prof. M. Szewczyk*, red. W. Górski et al., Warszawa 2013.
- Kulik M., [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, komentarz do art. 256, teza 14, LEX 2023.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Michalska-Warias A., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2. Komentarz do art. 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, komentarz do art. 256 k.k., teza 61, Legalis.
- Piórkowska-Flieger J., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, komentarz do art. 256, teza 3, LEX 2016.
- Wiak K., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2021, komentarz do art. 256 k.k., teza 17, Legalis.
- Wytrątek W., *Działalność twórcza i artystyczna jako szczególne przypadki działalności gospodarczej*, [w:] *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński, Warszawa 2011.
- Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982.