

Andrzej Sakowicz

## Opinia prawna na temat zmiany ustawy – Kodeks karny<sup>1</sup>

**Legal opinion on an amendment to the Act – Penal Code:** The author argues that the proposed provisions of Article 126c of the Penal Code – inasmuch as it penalizes the person who publicly and contrary to facts denies the crimes of genocide – should be assessed negatively. The expert points out that the content of the above-mentioned provisions is partly covered by personal and material scope of regulation of the current provisions of Article 55 of the Act on the Institute of National Remembrance as it concerns the denial of the crime against peace, humanity. He also claims that the proposed provisions concerning the offence of negationism, by making reference to “act of genocide” (whose elements are specified in Article 118 of the Penal Code), provides for too broad scope of penalization.

**Keywords:** Penal Code | genocide

**Słowa kluczowe:** kodeks karny | ludobójstwo

Doktor nauk prawnych, ekspert ds. legislacji BAS, adiunkt Uniwersytetu w Białymstoku; andrzej.sakowicz@sejm.gov.pl.

### Przedmiot opinii

Przedstawiony do zaopiniowania projekt ustawy zmierza do wprowadzenia do Kodeksu karnego nowego typu czynu zabronionego, stanowiącego tzw. przestępstwo negacjonizmu aktu ludobójstwa. Projektowane rozwiązanie zakłada wprowadzenie penalizacji zachowania polegającego na publicznym i wbrew faktom zaprzeczaniu popełnieniu aktu ludobójstwa, którego cechy są opisane w art. 118 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553 ze zm.; dalej: k.k.). W uzasadnieniu projektu wskazuje się, że: *celem proponowanej zmiany jest znaczące ograniczenie publicznego głoszenia kłamstw na temat eksterminacji ludności, przynajmniej w przestrzeni obowiązywania polskiego prawa karnego. Szkodliwość bezkarności publicznego zakłamywania historii, zwłaszcza w tak tragicznym aspekcie jak akty eksterminacji ludności oraz sprawstwa tych zbrodni, nie budzi wątpliwości. Projektodawcy podnoszą, że: szczególnie przejawami negowania eksterminacji lub sprawstwa ekstermi-*

<sup>1</sup> Opinia sporządzona 13 lipca 2012 r. na zlecenie Szefa Kancelarii Sejmu.

nacji są: tzw. kłamstwo oświęcimskie oraz «kłamstwo katyńskie». Tolerowanie zakłamywania faktów dotyczących odpowiedzialności organów państwowych III Rzeszy za eksterminacje ludności dokonywane w obozach śmierci na terytorium okupowanej Polski, może prowadzić do błędnego utożsamiania Polaków ze sprawcami zbrodni w obozach koncentracyjnych. Zatem, jak dodaje projektodawca: *penalizacja zaprzeczenia faktom eksterminacji ludności pozwoli na wykluczenie lub znaczne ograniczenie przejawów zakłamywania historii w aspekcie odpowiedzialności za ludobójstwo w obszarze działania polskiego prawa karnego.*

Ponadto projektodawca podnosi, że: *obecnie nie ma w polskim kodeksie karnym przepisów penalizujących publiczne zakłamywanie faktów o aktach eksterminacji ludności, ponieważ obowiązujący przepis art. 55 ustawy z 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. z 2007 r. nr 63, poz. 424; dalej: ustawa o IPN) jedynie penalizuje publiczne zaprzeczanie zbrodniom, których badaniem zajmuje się Instytut Pamięci Narodowej (IPN) i które zostały popełnione w okresie od 1 września 1939 r. do 31 lipca 1990 r. Zatem, jak podkreślają projektodawcy: *zakresy przedmiotowe obecnej i proponowanej regulacji nie pokrywają się. Art. 55 wyżej przytoczonej ustawy penalizuje zaprzeczanie także innym zbrodniom niż eksterminacja, a jednocześnie nie obejmuje kłamliwego zaprzeczenia zbrodniom ludobójstwa popełnionym w innym okresie niż wyżej wskazany, np. ludobójstwa dokonane na Ormianach przez Turków podczas I wojny światowej czy też ludobójczej czystki etnicznej przeprowadzonej w ZSRR w czasie Wielkiego Terroru w latach 1937–1938 na obywatelach ZSRR narodowości polskiej.**

Według projektodawcy przestępstwo negacjonizmu aktu ludobójstwa powinno podlegać karze grzywny, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do lat trzech. Ma to pozwolić na zastosowanie wobec sprawcy tego przestępstwa art. 110 § 2 k.k., który umożliwia stosowanie polskiej ustawy karnej wobec cudzoziemca, popełniającego przestępstwo za granicą, a następnie przebywającego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dodatkowymi warunkami zastosowania polskiego Kodeksu karnego są: konieczność przebywania sprawcy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i brak postanowienia o jego wydaniu oraz spełnienie warunku podwójnej karalności czynu (art. 111 § 1 k.k.).

## Uwagi szczegółowe

Ocenę przedłożonego do opiniowania projektu należy rozpocząć od stwierdzenia, że konstrukcje normatywne tzw. przestępstwa negacjonizmu (określonego w literaturze mianem tzw. kłamstwa oświęcimskiego<sup>2</sup>, ang. *Holocaust De-*

<sup>2</sup> Zob. np. W. Kulesza, „Kłamstwo o Auschwitz” jako czyn zabroniony w polskim i niemieckim prawie karnym [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa*

nial, niem. *Holocaustleugnung* bądź *die Auschwitzlüge* fr. *négationnisme*, hiszp. *negacionism*) występują w ustawach karnych niektórych państw europejskich. Zazwyczaj przewidują one odpowiedzialność karną za negację Holokaustu (np. w Austrii, Belgii<sup>3</sup>, Francji, Hiszpanii, Niemczech, Izraelu, Rumunii oraz Czechach)<sup>4</sup>. Tylko niektóre rozwiązania krajowe tzw. przestępstwa negacjonizmu mają charakter szerszy, tj. odnoszą się nie tylko do penalizacji zachowań polegających na zaprzeczeniu zbrodni Holokaustu, lecz także zaprzeczeniu innych zbrodni przeciwko ludzkości. Takie rozwiązania występują w Portugalii, Szwajcarii, Luksemburgu oraz Liechtensteinie<sup>5</sup>. Jednak nawet w wypadku takich regulacji, ich katalog nie jest otwarty, lecz ograniczony do zbrodni określonych w statucie Międzynarodowego Trybunału Wojennego z 8 sierpnia 1945 r. oraz zbrodni ludobójstwa zdefiniowanej w prawie norymberskim (zob. regulacje Luksemburga, Liechtensteinu oraz Portugalii).

W polskim stanie prawnym tzw. przestępstwo negacjonizmu zostało uregulowane w art. 55 ustawy o IPN. Przepis ten obejmuje publiczne oraz dokonywane wbrew faktom zaprzeczanie:

- a) zbrodniom komunistycznym,
- b) zbrodniom nazistowskim, lub
- c) zbrodniom przeciwko pokojowi, ludzkości i zbrodniom wojennym,

popęlnionym od 1 września 1939 r. do 31 lipca 1990 r. na obywatelach narodowości polskiej oraz obywatelach polskich innych narodowości<sup>6</sup>. Penalizacją jest

---

*z okazji jubileuszu 70. urodzin profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 297–313; *idem*, *Zaprzeczanie prawdy o ludobójstwie dokonany w okresie II wojny światowej w świetle prawa karnego*, „Acta Universitatis Lodzianis, Folia Iuridica”, t. 63, 1995, s. 57–66; P. Janowski, *Kłamstwo Oświęcimskie* [w:] *Encyklopedia „białych plam”*. Suplement, t. XIX, E. Gigilewicz (red.), Radom 2005, s. 172–175.

<sup>3</sup> W czerwcu 2005 r. w Belgii podjęto próbę znowelizowania ustawy z 23 marca 1995 r. o karaniu negacji, usprawiedliwienia, minimalizowania lub pochwalania zbrodni ludobójstwa popełnionego przez niemiecki reżim narodowosocjalistyczny w czasie II wojny światowej, polegającą na rozszerzeniu katalogu czynów karalnych o negowanie zbrodni ludobójstwa Ormian w Turcji w latach 1915–1917 oraz o negowaniu zbrodni ludobójstwa w Rwandzie. Z powodu braku kompromisu co do zdefiniowania tej zbrodni zaniechano prac nad nowelizacją.

<sup>4</sup> M. Urbańczyk, *Liberalna doktryna wolności słowa a swoboda wypowiedzi historycznej*, Poznań 2009, s. 212 i n.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 212–219.

<sup>6</sup> Na marginesie należy dodać, że we wniosku z 19 września 2008 r. Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO) zakwestionował zgodność art. 55 ustawy z 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z art. 54 ust. 1 i art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ponadto RPO wskazał, że wniosek jest powiązany z art. 7 i art. 121 ust. 2 Konstytucji. Postanowieniem z 8 marca 2011 r. Trybunał Konstytucyjny umorzył postępowanie na skutek cofnięcia wniosku, sygn. akt K 29/08, OTK-A ZU 2011, nr 2, poz. 14.

zatem objęta nie tylko negacja Holokaustu, lecz także negacja innych zbrodni, w tym popełnionych przez reżim komunistyczny (art. 2 ust. 1 ustawy o IPN). Odpowiedzialności karnej, na podstawie tego przepisu, podlega wyłącznie osoba, która dopuściłaby się szerszenia kłamstwa o faktach, negując np. Holokaust, istnienie obozów zagłady czy też mordu katyńskiego. Należy więc uznać, że dobrem chronionym przez art. 55 ustawy o IPN jest: *godność narodu, ponieważ prawo historyczne o zbrodniach popełnionych w okresie II wojny światowej jest częścią narodowej świadomości, która stanowi podstawę dla samookreślenia się poszczególnych jednostek w ich poczuciu przynależności do narodu i związanego z nim odczuwania własnej godności*<sup>7</sup>. W. Kulesza dodaje dalej, że przepis karny art. 55 ustawy o IPN chroni nie tylko żyjących członków rodzin ofiar zbrodni nazistowskich i komunistycznych, lecz także obejmuje ochroną pamięć o losach *tych wszystkich, którzy tworzyli naród i stali się ofiarami zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych*<sup>8</sup>, a przy tym byli obywatelami narodowości polskiej bądź obywatelami polskimi innych narodowości. Także A. Zoll, uzasadniając istnienie odpowiedzialności karnej na gruncie art. 55 ustawy o IPN, wskazuje na ochronę pamięci historycznej, a instrumentem służącym istnieniu tej ochrony ma być *zakaz kwestionowania zbrodni totalitarnych systemów zniewolenia*<sup>9</sup>.

Można też twierdzić, że przepis art. 55 ustawy o IPN chroni indywidualną i zbiorową pamięć ofiar zbrodni, której naruszenie stanowi atak na podstawowe wartości respektowane zarówno przez poszczególne jednostki, jak i przez społeczeństwo jako całość bądź też jest przykładem regulacji stojącej na straży „prawdy historycznej o najpoważniejszych zbrodniach”<sup>10</sup>.

W celu wyczerpania znamion przestępstwa negacjonizmu niezbędne jest działanie sprawcy w sposób umyślny, co zakłada konieczność posiadania przez niego świadomości co najmniej w takim zakresie, że dokonuje publicznego ogłoszenia informacji nieprawdziwych. Inaczej mówiąc, sprawca popełnia to przestępstwo, tylko wtedy, gdy ma świadomość, że fakty, którym przeczy, zostały ustalone w sposób niewątpliwy. Na taką interpretację wskazuje zwrot „wbrew faktom”.

Jak zauważa się w polskiej doktrynie, przestępstwo negacjonizmu może być popełnione li tylko w zamiarze bezpośrednim, czyli: *sprawca musi znać fakty i chcieć im zaprzeczyć, nie wystarczy, aby godził się na to, że zaprzeczał wbrew faktom. Sprawca popełnia przestępstwo tylko wtedy, gdy ma świadomość, że fakty, którym przeczy, zostały ustalone w sposób niewątpliwy*<sup>11</sup>. Zatem nie będzie spełnione: *znamię umyślności u osoby, która przedstawia kompletnie inną od dotych-*

<sup>7</sup> Por. W. Kulesza, „Kłamstwo o Auschwitz”, *op. cit.*, s. 307.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 308.

<sup>9</sup> *Idem*, *Nazwać kłamstwo po imieniu*, „Znak” 2000, nr 7, s. 88.

<sup>10</sup> M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne. Przestępstwa przeciwko pamięci narodowej, obronności, bezpieczeństwu osób, imienia, zdrowia*. Komentarz, t. I, Warszawa 2002, s. 67.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 69.

czasowej wersji zdarzeń historycznych, a nawet zupełnie je negującą, jeśli celem sprawcy jest rzeczywiste poszukiwanie prawdy, a nie tylko manipulowanie faktami bądź ich kwestionowanie, co nierzadko służy dużo bardziej nagannym celom<sup>12</sup>.

Przepis art. 55 ustawy o IPN nie obejmuje wypowiedzi sformułowanych na podstawie przeprowadzonych badań naukowych, wobec braku realizacji znamienia „zaprzeczania faktom”. Sama publiczna prezentacja wyników takich badań nie stanowi więc rzeczonego przestępstwa. Jest to istotna kwestia, bowiem trafny jawi się pogląd, że: *opinii o historii nie da się zadekretować – jeżeli takie próby będą podejmowane, będzie to oznaczać, iż zbliżamy się niebezpiecznie do granicy, za którą mamy do czynienia z ujednoliconą propagandą. Nie można bowiem, używając prawa, zmusić kogokolwiek, by pewne wydarzenia historyczne nazywał w określony sposób. Takie działania mogą pozbawić nas cennego dobra, jakim jest różnorodność opinii. Przecież historię rzadko można ocenić w kategoriach jednoznacznych. To, co dla jednych narodów jest katastrofą, dla innych jest zwycięstwem, zwłaszcza na europejskim kontynencie*<sup>13</sup>. Słusznie więc ustawodawca na podstawie art. 55 ustawy o IPN ograniczył zakres kryminalizacji li tylko do wymienionych wyżej trzech kategorii zbrodni, a przy tym, popełnionych od 1 września 1939 r. do 31 lipca 1990 r. na obywatelach narodowości polskiej oraz obywatelach polskich innych narodowości. Wydaje się, że pamięć o takich zbrodniach wymaga ochrony prawnej. O istnieniu tych zbrodni można poczynić ustalenia ponad wszelką wątpliwość.

Trudno uznać, że tak będzie w wypadku innych wydarzeń w historii świata, które – mogą bądź nie – w zależności od stanowiska historyków zostać uznane za „akty ludobójstwa”, jak np. zbrodnie hiszpańskich konkwistadorów, ludobójstwo dokonywane przez amerykańskich kolonistów wobec Indian, torturowanie algierskich partyzantów przez Francuzów, rzeź Albańczyków w Kosowie, amerykańskie zbrodnie wojenne, szczególnie podczas wojny w Wietnamie, wielki głód na Ukrainie czy też masakra Ormian<sup>14</sup>. Wydaje się bowiem, że w zakresie polityki historycznej władza publiczna powinna ograniczać swoje działania do edukacji historycznej oraz odpowiedniego ukształtowania roli mediów, w szczególności przez przygotowanie podstaw programowych nauczania historii, stwarzanie warunków dochodzenia do prawdy oraz upowszechnianie wiedzy na temat wydarzeń historycznych. Jakakolwiek ingerencja ustawodawcy, jeżeli miałaby nastąpić, powinna być ostatecznością, ponieważ ustalenia prawdy historycznej należą do przedstawicieli nauki, nie do prawodawcy<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> A. Janisławski, P. Konopka, *Zagadnienie penalizacji „kłamstwa oświęcimskiego”*, „Palestra” 2009, nr 1–2, s. 50 i n.

<sup>13</sup> M. Urbańczyk, *Liberalna doktryna wolności słowa*, op. cit., s. 283.

<sup>14</sup> R. Tokarczyk, *Recenzja książki Michała Urbańczyka „Liberalna doktryna wolności słowa a swoboda wypowiedzi historycznej”*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 2, s. 210.

<sup>15</sup> Tak stwierdza RPO we wniosku z 19 września 2008 r., kwestionując zgodność art. 55 ustawy z 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ści-

Co więcej, w opozycji do zbyt pochopnej regulacji historii „w drodze ustaw” stoi orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC). Trybunał, w wielu orzeczeniach, pierwszeństwo daje jak najszerszej wolności słowa wraz ze wskazaniem na istotną wartość publicznej debaty na tematy historyczne<sup>16</sup>. Uznaje on, że poszukiwanie prawdy historycznej stanowi integralną część wolności wypowiedzi. Nie dotyczy to jednak negacji Holokaustu, którego istnienie jest niepodważalne. W tej kwestii Trybunał stoi na stanowisku, że ograniczenie wolności słowa przez wprowadzenie tzw. przestępstwa kłamstwa oświęcimskiego, nie stanowi naruszenia art. 10 § 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ponieważ spełnia wymogi dopuszczalności takiego ograniczenia oraz może być uznane za niezbędne w demokratycznym społeczeństwie. Co najistotniejsze, Trybunał zauważył, że wolność słowa nie może być usprawiedliwieniem dla propagowania negacji zbrodni Holokaustu, która jest niepodważalna. Dodaje, że byłoby to sprzeczne z duchem i istotą konwencji, ponieważ stanowiłoby to obrazę fundamentalnych zasad w niej zawartych<sup>17</sup>.

Mając powyższe na względzie, należy uznać, że projektowany przepis art. 126c k.k. – w zakresie wprowadzenia penalizacji zachowania polegającego na publicznym i wbrew faktom zaprzeczaniu popełnieniu aktu ludobójstwa – należy ocenić negatywnie z kilku powodów. Po pierwsze dlatego, że jego treść częściowo obejmuje zakresem podmiotowym i przedmiotowym zakres normowania obowiązującego przepisu art. 55 ustawy o IPN w kwestii negacji zbrodni przeciwko pokojowi, ludzkości i zbrodni wojennych.

Po drugie, projektowane rozwiązanie przestępstwa negacjonizmu, przez odwołanie się do „aktu ludobójstwa”, którego znamiona zostały określone w art. 118 k.k., zakreśla szeroką kryminalizację, obejmującą negację wszelkich aktów ludobójstwa, także i tych, które irrelewantne są z perspektywy historii Polski oraz obywateli narodowości polskiej bądź obywateli polskich innych narodowości. Brakuje jednak w uzasadnieniu projektu powodów, dla których należałoby penalizować negowanie zdarzeń, które nie mają związku z historią Polski bądź naszych obywateli.

Lektura uzasadnienia projektu prowadzi do wniosku, że w tej kwestii projektodawca nie wykazał dodatkowego (szerszego) dobra prawnego, ponad to, które jest już chronione przez art. 55 ustawy o IPN, a przecież u podstaw kryminalizacji określonego zachowania leży potrzeba: a) określenia przez przyzmat norm konstytucyjnych dóbr prawnych, które uzasadniają ingerencję

---

gania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z art. 54 ust. 1 i art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

<sup>16</sup> M. Urbańczyk, *Liberalna doktryna wolności słowa*, *op. cit.*, s. 233.

<sup>17</sup> Por. decyzje ETPC z: 24 czerwca 2003 r. w sprawie *Garaudy v. Francja*, skarga nr 65831/01; 16 lipca 1982 r. w sprawie *X v. Federalna Republika Niemiec*, skarga nr 9235/81. Zob. też M. Urbańczyk, *Liberalna doktryna wolności słowa*, *op. cit.*, s. 193.

prawnokarną w wolność jednostki<sup>18</sup>; b) ustalenia wzorców kontroli zgodności z Konstytucją przepisów prawa karnego, jak i oceny rodzaju wypowiedzi konstytucyjnej i wynikającego z niej stopnia związania ustawodawcy wypowiedzią ustrojodawcy (np. normą programową, normą gwarancyjną lub zakazem konstytucyjnym), w końcu – oceny relacji, w jakiej te wzorce pozostają względem siebie; c) uwzględnienia kolizji wartości konstytucyjnych i preferowanego przez ustrojodawcę sposobu jej rozwiązania dla oceny decyzji kryminalizacyjnej i wykładni znamion konkretnego typu przestępstwa oraz d) oceny zasadności systemu represji karnej<sup>19</sup>.

Mając na względzie powyższe, trzeba podkreślić, że projektowany art. 126c k.k. rodzi wątpliwości z punktu widzenia przesłanki konieczności ograniczeń (stanowiącej część zasady proporcjonalności) w zakresie korzystania z wolności słowa, gwarantowanej przepisem art. 54 Konstytucji. Z przesłanki tej, w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, wynikają dyrektywy niezbędności, przydatności oraz proporcjonalności *sensu stricte*, którymi powinien się kierować prawodawca. Z jednej strony, przesłanka konieczności stawia przed prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w danym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś powinna ona być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście będą służyły realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. Ponadto chodzi tu o środki niezbędne, w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi więc pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie<sup>20</sup>.

Spełnienie powyższych postulatów wymaga bliższej analizy w każdym konkretnym przypadku ograniczania prawa lub wolności, w szczególności przez skonfrontowanie wartości i dóbr chronionych daną regulacją z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu, jak również przez ocenę metody realizacji ograniczenia. Pamiętając przy tym, że z przesłanki konieczności wynika też zasada subsydiarności prawa karnego, nakazująca traktowanie penalizacji jako środka ostatecznego, czyli dopuszczalnego jedynie wtedy, gdy środki mniej surowe nie pozwalają na osiągnięcie określonych skutków.

<sup>18</sup> Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 40.

<sup>19</sup> Zob. wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06, OTK-A ZU 2006, nr 9, poz. 128.

<sup>20</sup> Zob. m.in. orzeczenia TK z: 26 stycznia 1993 r., sygn. akt U 10/92, OTK 1993, cz. I, poz. 2; 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94, OTK 1995, cz. I, poz. 12, oraz wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., sygn. akt P 2/98, OTK ZU 1999, nr 1, poz. 2.

Analiza pod tym kątem nie została przeprowadzona w uzasadnieniu projektu, a przecież przepisy dotyczące przestępstwa negacjonizmu, i to wszystkich „aktów ludobójstwa”, zostały zakwestionowane w orzecznictwie konstytucyjnym. Między innymi w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego Hiszpanii z 7 listopada 2007 r. (sygn. akt STC 234/2007) uchylono przepis art. 607 ust. 2 kodeksu karnego Hiszpanii, który penalizował rozpowszechnianie poglądów, doktryn i idei negujących ludobójstwo. W uzasadnieniu do powyższego wyroku Trybunał stwierdził, że samo zaprzeczanie historycznym faktom jest wyłącznie stanem poprzedzającym uzasadnienie interwencji prawa karnego w wolność wypowiedzi. Zdaniem hiszpańskiego Trybunału: *należy przeprowadzić jasne rozróżnienie pomiędzy czynami godzącymi w porządek konstytucyjny i godność drugiego człowieka od wypowiedzania i propagowania jakichś pomysłów czy idei (...) wolność, pluralizm i nieskrępowana wymiana poglądów, jako substrat systemu demokratycznego zabraniają jakiegokolwiek działalności ze strony władzy publicznej, która zmierza do kontrolowania, selekcji albo determinowania publicznej wypowiedzi*<sup>21</sup>. Co więcej, hiszpański Trybunał dodał, że art. 607 ust. 2 kodeksu karnego: *penalizuje przekazywanie idei i rozpowszechnianie informacji bez dodatkowego wymagania, by takim zachowaniem dochodziło do naruszenia innych wartości konstytucyjnie chronionych przez co narusza konstytucyjną wolność wypowiedzi i wolność prowadzenia badań naukowych*<sup>22</sup>. W konsekwencji hiszpański sąd konstytucyjny uznał, że zakwestionowana norma nie spełnia przesłanki proporcjonalności, ponieważ prowadzi do penalizowania wypowiedzi, które w rzeczywistości nie stanowią bezpośredniego zagrożenia dla wartości w niej chronionych<sup>23</sup>.

Do zbieżnych wniosków doszła Rada Konstytucyjna we Francji w wyroku z 28 lutego 2012 r. (decyzja nr 2012-647) uznając, że przepisy ustawy o karaniu osób negujących ludobójstwo Ormian przez Turcję w latach 1915–1917, jako ludobójstwa uznanego przez państwo francuskie, pozostają w sprzeczności z art. 8 (zawierającym zasadę *nullum crimen nulla poena sine lege* i zasadę proporcjonalności), art. 11 (określającym wolność myśli i poglądów) Deklaracji praw człowieka i obywatela, a także z zasadą równości z uwagi na objęcie przepisami zaskarżonej ustawy li tylko tej kategorii zbrodni<sup>24</sup>.

Po trzecie, odwołanie się w uzasadnieniu projektu do negowania tzw. kłamstwa oświęcimskiego, tzw. kłamstwa katyńskiego czy Holocaustu nie powinno

<sup>21</sup> Cytat za wnioskiem RPO z 19 września 2008 r., w którym kwestionuje zgodność art. 55 ustawy z 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z art. 54 ust. 1 i art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, s. 13–14.

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 14.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/case-law/decision/decision-no-2012-647-dc-of-28-february-2012.114637.html>.



stanowić uzasadnienia przyjęcia art. 126c k.k., ponieważ te zachowania mieszczą się w obszarze znamion istniejącego przepisu art. 55 ustawy o IPN. Nie sposób więc zgodzić się z uzasadnieniem projektu, że wprowadzenie art. 126c k.k. przyczyni się do wzrostu świadomości historycznej oraz pozwoli wyeliminować wypowiedzi zawierające stwierdzenie „polskie obozy śmierci”. Nie stanie się tak, gdyż zarówno na podstawie obowiązującego art. 55 ustawy o IPN, jak i na podstawie projektowanego rozwiązania, używanie tego określenia nie jest i nie będzie penalizowane. Raczej należy przyjąć, że posługiwanie się takim określeniem świadczy o elementarnych brakach w dziedzinie historii. I tylko w takim kontekście można potraktować – przywołane w uzasadnieniu projektu – stwierdzenie prezydenta USA Baracka Obamy z 29 maja 2012 r. dotyczące „polskich obozów śmierci”. Prawo karne zaś nie służy ani nadrabianiu zaległości historycznych, ani też edukacji historycznej, dlatego wątpliwe jest, aby penalizowanie zaprzeczenia faktom eksterminacji ludności pozwoliło *wykluczyć lub znacznie ograniczyć przejawy zakłamywania historii w aspekcie odpowiedzialności za ludobójstwo w obszarze polskiego prawa karnego*.

Po czwarte, określanie niektórych zdarzeń historycznych kategorią „aktu ludobójstwa” w celu penalizowania negacji takich zbrodni, w sytuacji gdy ocena rzeczonych zdarzeń historycznych nie jest jednoznaczna i ciągle wzbudza dyskusje historyków, może stanowić przykład nieuzasadnionej i arbitralnej ingerencji w swobodę wypowiedzi, wyrażoną w art. 54 ust. 1 Konstytucji (w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji). Wydaje się bowiem, że prawo do publikacji naukowych, jako szczególna forma wyrażania swoich poglądów, powinno zarazem korzystać z ochrony swobody wypowiedzi gwarantowanej przepisem art. 54 Konstytucji. Ochrona ta obejmuje również wygłaszanie poglądów kontrowersyjnych i społecznie nieakceptowanych, o ile tylko wypowiedź taka nie stanowi przejawu propagowania zbrodniczych ideologii i nawoływania do nienawiści<sup>25</sup>.

Po piąte wreszcie, projekt posługuje się zwrotem „aktu ludobójstwa”, który nie występuje w znamionach czynów zabronionych stypizowanych w Kodeksie karnym, jak również nie ma definicji legalnej w polskiej ustawie karnej. O zbrodni ludobójstwa można jedynie mówić na podstawie art. 118 k.k., który realizuje zobowiązanie wynikające z art. II Konwencji ONZ z 9 grudnia 1948 r. w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (Dz.U. z 1952 r. nr 2, poz. 9; dalej: konwencja). Zgodnie bowiem z jej art. II: *ludobójstwem jest którykolwiek z następujących czynów, dokonany w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych, jako takich: a) zabójstwo członków grupy, b) spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała*

<sup>25</sup> Zob. wniosek RPO z dnia 19 września 2008 r. kwestionującego zgodność art. 55 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z art. 54 ust. 1 i art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, s. 9.

*lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy, c) rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia, obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego, d) stosowanie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy, e) przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy.* Należy jednak dodać, że dopiero od daty przyjęcia tej umowy międzynarodowej, możliwe jest posługiwanie się pojęciem zbrodni ludobójstwa w języku prawnym i języku prawniczym. Od tej daty zachodzi też możliwość traktowania zbrodni ludobójstwa za odmienny typ przestępstwa w stosunku do zbrodni przeciwko ludzkości<sup>26</sup>. Mając to na względzie, wątpliwe jest – z uwagi na zakaz retroaktywności prawa karnego, obejmowanie określeniem zbrodni ludobójstwa zdarzeń sprzed przyjęcia Konwencji ONZ z 9 grudnia 1948 r. w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa.

<sup>26</sup> Zob. L. Gardocki, *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 1985, s. 110; J. Izydorczyk [w:] M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 116.