大成 DENTONS

Dentons Europe Dąbrowski i Wspólnicy sp. k.
Rondo ONZ 1
00-124 Warszawa
Polska
dentons.com

KOPIA

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
KANCELARIA
wpł. dnia 26. 06. 2018
L.dz. ..... L. zał 6 opr.

Warszawa, dnia 26 czerwca 2018 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
AL. JANA CHRISTIANA SZUCHA 12A
00-918 WARSZAWA

WNIOSKODAWCA:
PREZYDENT RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
adres do doręczeń:
Kancelaria Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej
ul. Wiejska 10, 00-902 Warszawa

UCZESTNICY:

1. **MARSZAŁEK SEJMU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**
   adres do doręczeń:
   Kancelaria Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej
   ul. Wiejska 4/6/8, 00-902 Warszawa
2. **PROKURATOR GENERALNY RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**
   adres do doręczeń:
   Ministerstwo Sprawiedliwości
   Al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa
3. **RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH**
   adres do doręczeń:
   Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
   w Warszawie
   Aleja Solidarności 77, 00-090 Warszawa

PRZEDSTAWIAJĄCY OPINIĘ AMICUS CURIAE:
THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS
zastępowany przez
Wojciecha Kozłowskiego, radcę prawnego
dr Radosława Górala, radcę prawnego
dr Michała Jabłońskiego, adwokata
adres do doręczeń:
Dentons Europe Dąbrowski i Wspólnicy sp. k.
Rondo ONZ 1, 30. piętro, 00-124 Warszawa

Sygn. akt TK: **K 1/18**

Działając w imieniu The International Association of Jewish Lawyers and Jurists (pol.: *Międzynarodowe Stowarzyszenie Adwokatów i Prawników Żydowskich*) (dalej „**IAJLJ**" lub „**Stowarzyszenie**") przedstawiamy Trybunałowi Konstytucyjnemu opinię *Amicus Curiae*, która została przygotowana w angielskiej i polskiej wersji językowej.

Dla uniknięcia wątpliwości, status oryginału ma wyłącznie polska wersja językowa opinii *Amicus Curiae*, zaś angielska wersja językowa ma charakter pomocniczy z uwagi na międzynarodowy charakter Stowarzyszenia i nie stanowi tłumaczenia przysięgłego. Działając w imieniu IAJLJ niniejszym oświadczamy, że stanowisko Stowarzyszenia w niniejszej sprawie w pełni zawiera się w opinii *Amicus Curiae* przedstawionej w polskiej wersji językowej.

Do opinii *Amicus Curiae* zostały dołączone dokumenty wykazujące umocowanie, tj. (1) tłumaczenie przysięgłe statutu IAJLJ z języka hebrajskiego na język polski oraz (2) uchwała IAJLJ w sprawie udzielenie pełnomocnictwa wraz z tłumaczeniem przysięgłym z języka angielskiego na język polski i potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej.

Wojciech Kozłowski	dr Radosław Góral	dr Michał Jabłoński
radca prawny	*radca prawny*	*adwokat*

OPINIA AMICUS CURIAE

Warszawa, dnia 26 czerwca 2018 r.

Trybunał Konstytucyjny
Al. Jana Christiana Szucha 12a
00-918 Warszawa

sygn. akt TK: **K 1/18**

OPINIA *AMICUS CURIAE*

Międzynarodowego Stowarzyszenia Adwokatów i Prawników Żydowskich

W SPRAWIE

z wniosku Prezydenta RP o zbadanie zgodności z Konstytucją RP niektórych przepisów ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1575 ze zm.) – w brzmieniu nadanym jej ustawą z dnia 26 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. z 2018, poz. 369)

The International Association of Jewish Lawyers and Jurists (*pol.: Międzynarodowe Stowarzyszenie Adwokatów i Prawników Żydowskich*) (dalej: "**IAJLJ**" lub „**Stowarzyszenie**") przedstawia Trybunałowi Konstytucyjnemu (dalej także: „**Trybunał**" lub „**TK**") niniejszą opinię *Amicus Curiae* (dalej: „**Opinia**") w związku ze sprawą z wniosku Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: „**Prezydent RP**") z dnia 14 lutego 2018 r. o zbadanie zgodności niektórych przepisów ustawy z dnia 26 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2018 r., poz. 369) (dalej: „**Nowelizacja uIPN**") z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: „**Konstytucja RP**") (całość dalej jako: „**Wniosek Prezydenta RP**") — i wskazuje, że w opinii IAJLJ:

I. **art. 55a** ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1575 ze zm.) (dalej: „**uIPN**" lub „**Ustawa**"):

a. jest niezgodny z **art. 2** Konstytucji RP oraz z **art. 42** Konstytucji RP;

b. jest niezgodny z **art. 54 ust. 1** w zw. z **art. 31 ust. 3** Konstytucji RP;

II. **art. 55a ust. 1 i 2** w zw. z **art. 55b** uIPN, w zakresie, w jakim przepisy te przewidują odpowiedzialność karną na zasadach określonych w art. 55a ust. 1 i 2 uIPN wobec obywatela polskiego oraz cudzoziemca niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia czynu zabronionego jest niezgodny z **art. 2** Konstytucji RP, **art. 31 ust. 3** Konstytucji RP oraz z **art. 42** Konstytucji RP.

* * * * *

Dla wygody Trybunału Konstytucyjnego i uczestników postępowania w sprawie, IAJLJ opatruje uzasadnienie niniejszej Opinii spisem treści, a następnie wywodzi i wnioskuje, jak niżej.

SPIS TREŚCI

I. Wniosek o uwzględnienie Opinii przez Trybunał Konstytucyjny 5

II. Podsumowanie argumentacji i wniosków opinii 7

2.1. Art. 55a ulPN jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP gdyż nadmiernie ogranicza wolność wypowiedzi i wyrażania poglądów 7

2.2. Art. 55a ulPN nie spełnia standardów określoności przepisów prawa i przyzwoitej legislacji (art. 2 Konstytucji RP) oraz określoności sankcji karnej (art. 42 Konstytucji RP) 7

2.3. Przepis art. 55b w zw. art. 55a ulPN jest niezgodny z art. 2 i 42 Konstytucji RP 8

2.4. Art 55a ulPN jest sprzeczny z międzynarodowoprawnym standardem ochrony wolności wypowiedzi zarówno w odniesieniu do standardu europejskiego (ETPCz) jak i standardu uniwersalnego (ONZ) 9

III. Analiza Zarzutów zawartych we Wniosku Prezydenta RP 10

IV. Cel Ustawy – uwagi wprowadzające 15

V. Art. 55a ulPN jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP gdyż nadmiernie ogranicza konstytucyjną wolność wypowiedzi i wyrażania poglądów 16

5.1. Uwagi wprowadzające 16

5.1.1. Swoboda wypowiedzi jako wartość konstytucyjna i jej granice 16

5.1.2. Standard zgodności ograniczenia konstytucyjnej wolności z ustawą zasadniczą w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji RP 18

5.2. Ochrona dobrego imienia Narodu Polskiego i Państwa Polskiego jako wartość konstytucyjna co do zasady usprawiedliwiająca pewne ograniczenie wolności wypowiedzi 19

5.3. Test proporcjonalności 21

5.3.1. Warunek przydatności 22

5.3.2. Warunek niezbędności 24

5.3.3. Warunek proporcjonalności sensu stricto 25

VI. Art. 55a UlPN nie spełnia standardów określoności przepisów prawa i przyzwoitej legislacji (art. 2 Konstytucji RP) oraz określoności sankcji karnej (art. 42 Konstytucji RP) 29

6.1. Analiza językowo-logiczna art. 55a Ustawy 29

6.1.1. Trudności z wykładnią pojęć „Naród Polski" i „Państwo Polskie" jako podmiotów obciążanych „wbrew faktom" odpowiedzialnością za wskazane w Ustawie zdarzenia historyczne 29

6.1.2. Wadliwe stypizowanie czynu zabronionego polegającego na „przypisaniu odpowiedzialności" za zbrodnie nazistowskie i inne przestępstwa „Narodowi Polskiemu" lub „Państwu Polskiemu" 30

6.1.3. Wadliwe stypizowania czynu zabronionego polegającego na „przypisaniu odpowiedzialności" za przestępstwa „popełnione przez III Rzeszę Niemiecką" 32

6.1.4. Konstytucyjny standard określoności przepisów prawa karnego 33

6.1.5. Podsumowanie 35

6.2. Typ nieumyślny przestępstwa. Art. 55a ust. 2 Ustawy 36

6.3. Kontratyp działalności naukowej i artystycznej 40

6.3.1. Kontratyp opisany w art. 55a ust. 3 ulPN nie zmienia oceny całego art. 55a ulPN jako sprzecznego z Konstytucją RP 40

6.3.2. Pominięcie wyłączenia odpowiedzialności z uwagi na działalność dziennikarską 42

VII. Przepis art. 55b w zw. art. 55a ulPN jest niezgodny z art. 2 i 42 Konstytucji RP 44

7.1. Wniosek Prezydenta RP obejmuje także kontrolę art. 55b uIPN z wzorcami wynikającymi z art. 2 i 42 Konstytucji RP 44

7.2. Art. 55b w zw. z art. 55a uIPN nie spełnia standardów określoności i przyzwoitej legislacji (art. 2 Konstytucji RP) oraz określoności sankcji karnej (art. 42 Konstytucji RP) 44

7.3. Art. 55b w zw. z art. 55a uIPN nie spełnia standardu proporcjonalności (art. 2 Konstytucji RP oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) 45

VIII. Ochrona praw pamięci a ograniczenie swobody wypowiedzi – analiza prawnoporównawcza i międzynarodowoprawna 49

8.1. Uwagi wprowadzające 49

8.2. Przesłanki dopuszczalności ograniczeń swobody wypowiedzi w odniesieniu do przepisów regulujących wypowiedzi na tematy historyczne w orzecznictwie międzynarodowych organów kontroli przestrzegania standardów ochrony praw człowieka 50

8.3. Penalizacja negacjonizmu jako szczególny przypadek dopuszczalności ograniczeń swobody wypowiedzi w orzecznictwie międzynarodowych organów kontroli przestrzegania standardów ochrony praw człowieka 58

8.4. Art. 55a uIPN w ujęciu prawnoporównawczym 65

UZASADNIENIE

I. WNIOSEK O UWZGLĘDNIENIE OPINII PRZEZ TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

1. The International Association of Jewish Lawyers and Jurists (IAJLJ) to międzynarodowa organizacja pozarządowa skupiająca prawników z ponad 50 państw świata – praktyków i teoretyków prawa, powołana do życia w 1969 r. Wśród założycieli Stowarzyszenia byli m.in. Sędzia Sądu Najwyższego Izraela Haim Cohn, Sędzia Sądu Najwyższego USA i Ambasador USA przy ONZ Arthur Goldberg oraz laureat Pokojowej Nagrody Nobla, główny autor Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, René Cassin. Funkcję Prezydenta IAJLJ pełni obecnie Meir Linzen. IAJLJ jest organizacją stowarzyszoną przy World Jewish Congress.

2. IAJLJ posiada status konsultacyjny przy Organizacji Narodów Zjednoczonych, umożliwiający mu uczestnictwo w obradach poszczególnych organów ONZ, w tym Rady Praw Człowieka, zajmującej się oceną stanu przestrzegania międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka we wszystkich państwach członkowskich ONZ. IAJLJ zabiera glos w sprawach dotyczących zagadnień prawnych o wymiarze międzynarodowym oraz istotnym znaczeniu dla realizacji praw i wolności jednostki.

3. W swojej działalności IAJLJ skupia się na szeroko rozumianych kwestiach ochrony praw człowieka, ze szczególnym uwzględnieniem przeciwdziałania antysemityzmowi za pomocą instrumentów prawnych, działań na rzecz pokoju i powstrzymania zbrodni ludobójstwa i zbrodni wojennych oraz międzynarodowej współpracy na rzecz zachowania zasad rządów prawa i demokracji. IAJLJ uczestniczy też w ważnych wydarzeniach związanych z historią II wojny światowej, takich jak niedawne obchody 75. rocznicy wybuchu Powstania w Getcie Warszawskim, podczas których do zebranych w Synagodze Nożyków przemawiał Prezydent Stowarzyszenia, Meir Linzen, wspominając historię członków swojej najbliższej rodziny, którym w przetrwaniu II Wojny Światowej pomogli Polacy.

4. Składana do polskiego Trybunału Konstytucyjnego Opinia przyjaciela sądu – *Amicus Curiae* – w sprawie K 1/18 „Przeciwdziałanie fałszowaniu polskiej historii; ochrona dobrego imienia Rzeczypospolitej Polskiej i Narodu Polskiego", jest wyrazem zaangażowania IAJLJ w zagadnienia o znaczeniu zarówno prawnym, jak i symbolicznym. Wymiar prawny Nowelizacji Ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej dotyczy przede wszystkim zakresu dopuszczalnych ingerencji w wolność wypowiedzi oraz prowadzenia badań naukowych, w odniesieniu do obywateli polskich oraz obywateli innych państw. Wymiar symboliczny to z kolei usytuowanie wspomnianej nowelizacji w kontekście zdarzeń historycznych z okresu II Wojny Światowej i niemieckiej nazistowskiej okupacji Polski, pamięci państw i narodów oraz odpowiedzialności za zbrodnie popełnione w tamtym czasie.

5. Polska jako okupowane państwo oraz Naród polski byli ofiarami niemieckich nazistów. Wielu Polaków wykazało się ogromnym heroizmem, ukrywając Żydów z narażeniem życia własnego i swoich rodzin. Byli jednak i tacy Polacy, którzy winni byli śmierci ukrywających się Żydów,

którzy wydawali ich w ręce Niemców, niekiedy z czysto nienawistnych, antysemickich pobudek. Te bolesne kwestie powinny być przedmiotem debaty, otwartej dyskusji i nieskrępowanych badań historycznych, nie zaś penalizacji, która i tak okaże się nieskuteczna i z całą pewnością nie będzie służyć ani najlepszemu interesowi Narodu Polskiego, ani osób pochodzenia żydowskiego.

6. Ponadto, kontrowersje, jakie pojawiły się w związku z Nowelizacją uIPN, zaczęły być wykorzystywane do antagonizowania środowisk polskich i żydowskich, do prowokowania zdarzeń i wypowiedzi o charakterze antysemickim i naruszania dobrych polsko-żydowskich relacji budowanych przez ostatnie dziesięciolecia. Dlatego Wniosek Prezydenta RP i jego ocena przez Trybunał jest ważna nie tylko dla pamięci o wspólnej przeszłości obu narodów, ale również dla ich przyszłych stosunków.

7. Złożenie niniejszej Opinii jest wyrazem zaangażowania międzynarodowej organizacji pozarządowej w sprawę, którą uznaje za istotną, m.in. ze względu na przekonanie, iż zobowiązaniem każdego państwa, realizowanym również za pomocą instrumentów prawnych, jest dbanie o jego dobre imię. Kluczowe jest jednak, aby takie mechanizmy ochrony dobrego imienia wykorzystywane były w sposób zgodny z prawem krajowym i prawem międzynarodowym, przy uwzględnieniu także innych czynników: wrażliwości historycznej poszczególnych narodowości, dialogu międzynarodowego oraz szeroko rozumianego dobra publicznego. Co również istotne, wadliwość Nowelizacji uIPN spowodowała już poważne szkody w kontaktach pomiędzy narodami i państwami, nasilając również przejawy antysemityzmu. Stwierdzenie jej niekonstytucyjności w zakresie wskazywanym w Opinii IAJLJ przyczyniłoby się do załagodzenia zaistniałej sytuacji i powrotu na drogę dobrych relacji pomiędzy Polską i polskim narodem a Izraelem oraz osobami pochodzenia żydowskiego na całym świecie.

8. Niniejsza Opinia nie stanowi głosu dezaprobaty wobec jakiejkolwiek prawnej regulacji odpowiedzialności za naruszenie dobrego imienia Polski i Polaków czy akceptacji dla rozpowszechniania w przestrzeni publicznej określeń „polskie obozy koncentracyjne". IAJLJ stanowczo sprzeciwia się tego rodzaju fałszowaniu historii. Dostrzegamy jednak wyraźną różnicę pomiędzy tradycyjnie stosowanymi i należącymi do kategorii instrumentów prawa cywilnego środkami ochrony dobrego imienia, a karnoprawną regulacją dyskusji i poszukiwań prawdy historycznej o niekiedy najbardziej bolesnych zdarzeniach z przeszłości.

9. IAJLJ pragnie wreszcie podkreślić, że wśród członków Stowarzyszenia jest wiele osób, których przodkowie zostali ocaleni z Holokaustu przez swoich polskich sąsiadów. Tym bardziej więc IAJLJ czuje się w powinności i prawie do zabrania głosu w prawnej dyskusji, której rezultatem będzie wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 1/18.

10. Z wszystkich wymienionych powyżej względów IAJLJ zwraca się o przyjęcie niniejszej Opinii *Amicus Curiae* i uwzględnienie jej w postępowaniu dotyczącym kontroli konstytucyjnej przepisów Nowelizacji uIPN w zakresie wynikającym z Wniosku Prezydenta RP.

II. PODSUMOWANIE ARGUMENTACJI I WNIOSKÓW OPINII

2.1. Art. 55a ulPN jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP gdyż nadmiernie ogranicza wolność wypowiedzi i wyrażania poglądów

11. Wypowiedzi, do których odnosi się art. 55a ulPN (także w związku z art. 55b tej ustawy), wchodzą w zakres przedmiotowy swobody wypowiedzi wynikającej z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. Swoboda ta może potencjalnie podlegać ograniczeniom na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, gdyż omawiane ograniczenia mają na celu ochronę ważnego interesu publicznego: dobrego imienia Państwa Polskiego i Narodu Polskiego jako „praw innych osób", a ponadto moralności publicznej, rozumianej jako obowiązek poszanowania prawdy historycznej. Badane przepisy ulPN nie spełniają jednak przesłanek dopuszczalności ograniczeń swobody wypowiedzi zawartych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

12. Dopuszczalność ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw (a do nich zalicza się, i to fundamentalnie, wolność wypowiedzi) zależne jest bowiem od oceny, czy ograniczenia te są „konieczne w demokratycznym państwie" dla ochrony zidentyfikowanych wyżej postaci interesu publicznego.

13. **Art. 55a ulPN nie stanowi regulacji koniecznej w demokratycznym państwie z uwagi na niespełnienie warunków przydatności i niezbędności**. A nawet gdyby hipotetycznie uznać, że te warunki pozostają spełnione, to i tak art. 55a ulPN nie zdaje konstytucyjnego testu proporcjonalności **z uwagi na nadmierną dolegliwość wprowadzanego ograniczenia konstytucyjnej wolności wypowiedzi, sankcjonowanego karnie. Tymczasem istnieje już cywilnoprawna (znacznie mniej dotkliwa) ścieżka ochrony dobrego imienia Narodu Polskiego i Państwa Polskiego**.

2.2. Art. 55a ulPN nie spełnia standardów określoności przepisów prawa i przyzwoitej legislacji (art. 2 Konstytucji RP) oraz określoności sankcji karnej (art. 42 Konstytucji RP)

14. Nowelizacja ulPN wbrew konstytucyjnym standardom ustanawia sankcję karną posługując się pojęciami nieostrymi. Niejasność i wachlarz możliwych propozycji interpretacyjnych art. 55a ulPN są tak duże, że wiele osób potencjalnie objętych jego zastosowaniem nie będzie w stanie przewidzieć, czy ich wypowiedź stanowi czyn zabroniony. Rodzi się wręcz obawa, że organy ścigania będą stosowały ten przepis do zachowań, które nie są objęte jego zakresem, co naruszy standardy konstytucyjne dotyczące represji karnej i legislacyjny zamysł ustawodawcy.

15. **Istnieje istotne ryzyko, że głównym narzędziem ścigania stanie się jego typ nieumyślny (art. 55a ulPN), jednak** stosowany niekoniecznie w związku z czynami popełnionymi nieumyślnie, lecz wszędzie tam, gdzie sprawcy nie będzie można przypisać jednoznacznej intencji obarczenia Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego odpowiedzialnością za Holokaust.

16. Dodać należy, że w polskim porządku prawnym nie jest spotykane, aby przestępstwo związane z nadużyciem swobody wypowiedzi występowało w typie nieumyślnym. W tym kontekście art. 55a ust. 2 Ustawy jest regulacją absolutnie wyjątkową, nadmierną i już choćby z tego tylko powodu sprzeczną z Konstytucją. Dopuszcza ona bowiem ściganie osób korzystających z konstytucyjnej wolności wypowiedzi w tych przypadkach, w których nie miały one zamiaru (na tym polega nieumyślność) popełnienia czynu zabronionego.

17. Kontratyp opisany w art. 55a ust. 3 ulPN nie zmienia oceny całego art. 55a ulPN jako sprzecznego z Konstytucją RP. **Niewłaściwie skonstruowany kontratyp, operujący wyrażeniami niedookreślonymi, w przypadku norm prawa karnego ograniczających wolność wypowiedzi grozi tzw. efektem mrożącym** (określanym w literaturze przedmiotu jako ang. *chilling effect*). Kontratyp nie spełnia w tym przypadku swojej roli, bowiem przy nieprecyzyjnie skonstruowanym opisie czynu zabronionego w przepisie, jeśli i sam kontratyp operuje zwrotami niedookreślonymi, rośnie poważnie ryzyko wszczynania postępowań karnych również względem osób, które posłużyły się daną wypowiedzią w ramach działalności artystycznej czy naukowej – nie ma w tym zakresie większego znaczenia, że takie postępowanie powinno zostać ostatecznie umorzone. **Sama możliwość postawienia zarzutów czy nabycia statusu podejrzanego mogą być wystarczające dla tłumienia artystycznej czy naukowej debaty, właśnie z uwagi na brak pewności co do zakresu pojęć działalności artystycznej i naukowej**.

18. Kontratyp uregulowany w art. 55a ust. 3 Ustawy jest za wąski z punktu widzenia standardu konstytucyjnego wynikającego z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, pomija bowiem wyłączenie odpowiedzialności karnej za stwierdzenia wypowiedziane w związku z działalnością dziennikarską. **Brak kryteriów, które uwalniałyby dziennikarza od odpowiedzialności w przypadku sformułowania ostatecznie nieprawdziwej wypowiedzi**. Konieczność sformułowania takich kryteriów wynika tymczasem choćby z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Brak sformułowania przez ustawodawcę takich kryteriów prowadzi do wyłączenia możliwości prowadzenia debaty publicystycznej (debata ta będzie bowiem prewencyjnie ograniczana tylko do tych faktów, które zostały niezbicie udowodnione – tymczasem debata w założeniu zawiera w sobie ryzyko błędu co do stawianych tez). W świetle treści art. 55a ulPN dziennikarz nie będzie wolny od odpowiedzialności karnej nawet wówczas, jeśli jego wypowiedź będzie oparta na źródle – wszak jedynym kryterium zwalniającym z odpowiedzialności na podstawie omawianego przepisu jest prawdziwość podawanej informacji. Stąd racjonalną reakcją na Nowelizację ulPN będzie prewencyjne unikanie (przez dziennikarzy) podejmowania przedmiotowego tematu.

2.3. Przepis art. 55b w zw. art. 55a ulPN jest niezgodny z art. 2 i 42 Konstytucji RP

19. Art. 55b ulPN, odczytywany w związku z art. 55a tej ustawy jest niezgodny z art. 2 i art. 42 Konstytucji RP, ponieważ narusza standardy określoności prawa i określoności sankcji karnej, a ponadto, standard przyzwoitej legislacji. Hipoteza normy prawnokarnej wynikającej z art. 55b ulPN ma, w ujęciu przedmiotowym, zakres tożsamy z hipotezą normy wynikającej

z samego art. 55a ulPN. Z powyższego wynika, że do art. 55b ulPN w pełni odnoszą się zastrzeżenia wobec art. 55a ulPN.

20. Art. 55a w zw. z art. 55b ulPN, w zakresie, w jakim przewiduje odpowiedzialność karną na zasadach określonych w art. 55a ulPN wobec obywatela polskiego oraz cudzoziemca niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia czynu zabronionego jest niezgodny z art. 2 Konstytucji RP, gdyż narusza zasadę proporcjonalności – tj. racjonalnego związku pomiędzy celem legislacyjnym prawodawcy a środkiem normatywnym użytym, aby taki cel zrealizować.

21. **Ściganie za granicą stypizowanych w art. 55b ulPN w związku z art. 55a ulPN przestępstw popełnionych poza Polską będzie nieskuteczne (z uwagi na brak karalności czynu w kraju miejsca jego popełnienia)**. Natomiast ściganie takich przestępstw w Polsce – **jest niecelowe**. Prowadziłoby bowiem do rezultatu zupełnie wypaczającego cel Nowelizacji ulPN – przeciwdziałanie naruszeniom dobrego imienia Polski i Polaków. Ochrona tych wartości byłaby w praktyce skuteczna tylko w stosunku do Polaków, tj. grupy najmniej skłonnej „publicznie i wbrew faktom przypisywać" Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność za zbrodnie nazistowskie. Represji karnej podlegaliby zatem prawie wyłącznie członkowie Narodu Polskiego – tj. przedstawiciele tej zbiorowości, którą Nowelizacja ulPN miała na celu chronić.

2.4. Art 55a ulPN jest sprzeczny z międzynarodowoprawnym standardem ochrony wolności wypowiedzi zarówno w odniesieniu do standardu europejskiego (ETPCz) jak i standardu uniwersalnego (ONZ)

22. Wynikające z norm prawnomiędzynarodowych standardy ochrony wolności słowa wzmacniają konstytucyjne gwarancje tej wolności. Ustabilizowane orzecznictwo trybunałów międzynarodowych, w tym zwłaszcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, dodatkowo potwierdza, że art. 55a w zw. z art. 55b ulPN ograniczają swobodę wypowiedzi w stopniu nadmiernym, a wynikająca z nich sankcja karna z pewnością nie jest konieczna w Polsce, jako demokratycznym państwie prawa, dla ochrony dobrego imienia Rzeczypospolitej i Narodu Polskiego.

23. Poddane kontroli Trybunału przepisy ulPN sformułowane zostały w sposób idący wbrew coraz bardziej wyraźnej tendencji międzynarodowego systemu praw człowieka, ograniczającej możliwość zastosowania sankcji prawa karnego wobec treści stanowiących realizację swobody wypowiedzi, z wyłączeniem bardzo ograniczonego ich spektrum, najczęściej odnoszącego się do nawoływania, poprzez daną wypowiedź, do popełnienia przestępstwa, w tym w szczególności przestępstwa na tle nienawiści etnicznej, rasowej, narodowościowej czy religijnej. Ponadto, przepisy te nie znajdują zasadniczo odpowiednika w innych porządkach prawnych.

24. Wbrew twierdzeniom uzasadnienia ustawy, kontrolowane przepisy Nowelizacji ulPN nie mogą być przy tym traktowane jako wymagana w prawie międzynarodowym realizacja postulatu

penalizacji przestępstwa negacjonizmu. **Zakres znowelizowanych przepisów wykracza bowiem znacznie poza akceptowalny w prawie międzynarodowym standard dotyczący penalizacji wypowiedzi zaprzeczających istnieniu zbrodni Holokaustu lub jej trywializowaniu czy umniejszaniu, a w przypadku art. 55a ulPN nie są spełnione przesłanki dopuszczalności ograniczania wolności wypowiedzi, zawarte w traktatach międzynarodowych (Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych)**.

III. ANALIZA ZARZUTÓW ZAWARTYCH WE WNIOSKU PREZYDENTA RP

25. Wniosek Prezydenta RP o zbadanie przez Trybunał Konstytucyjny Nowelizacji ulPN, zakresem zaskarżenia obejmuje:

(1) art. 55a ulPN – i jako wzorce kontroli tego przepisu wskazuje:

– art. 2 oraz art. 42 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;

– art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP; oraz

(2) art. 1 pkt 1 lit a tiret trzecie ulPN, w zakresie, w jakim przepis ten przedmiotem ustawy czyni „ukraińskich nacjonalistów" oraz art. 2a ulPN, w zakresie, w jakim przepis ten odnosi się do zbrodni „ukraińskich nacjonalistów" oraz czynów popełnionych na terenach „Małopolski Wschodniej" – i jako wzorce kontroli tego przepisu wskazuje:

– art. 2 oraz art. 42 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

26. Ponadto, w uzasadnieniu Wniosku Prezydenta RP przywołano art. 55b ulPN argumentując, że przepis ten – i wynikający z niego zakres przedmiotowy odpowiedzialności za przestępstwa zdefiniowane w art. 55a ulPN – należy uwzględnić w procesie kontroli art. 55a ulPN z wzorcem zawartym w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP[1]. Jak się zdaje, zamysłem wnioskodawcy (Prezydenta RP) było również poddanie art. 55a w zw. z art. 55b ulPN kontroli Trybunału Konstytucyjnego w zakresie zgodności tych przepisów z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, o czym świadczy wyrażone we Wniosku Prezydenta RP – i, zdaniem autorów Opinii zasadne – przekonanie, że oceny sankcji karnej wprowadzanej przez kontrolowane przepisy należy dokonywać: *„mając na uwadze konieczność zapewnienia swobody wyrażania poglądów, w szczególności przez uczestników i świadków zbrodni okresu II Wojny Światowej, w tym żyjących poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej"*[2].

27. Przedmiotem niniejszej Opinii jest Wniosek Prezydenta RP w zakresie, w jakim wnioskodawca zwraca się w nim do TK o kontrolę konstytucyjną art. 55a ulPN (ewentualnie w związku z art. 55b ulPN), w granicach wskazanych przez niego wzorców konstytucyjnych. W tak

---

1 Wniosek Prezydenta RP, ss. 2-3, 9.

2 *Ibidem*, s. 13.

zakreślonym zakresie przedmiotowym Opinii, jej autorzy zwracają uwagę na spostrzeżenia zawarte w Stanowisku Prokuratora Generalnego, który podjął próbę „rekonstrukcji przedmiotu i wzorców kontroli" w niniejszej sprawie[3]. Autorzy Opinii przychylają się do poglądu Prokuratora Generalnego, zgodnie z którym Wniosek Prezydenta RP – wbrew wstępnej części *petitum* – zmierza do poddania kontroli Trybunału Konstytucyjnego nie przepisy Nowelizacji ulPN, lecz przepisy samej ulPN, w brzmieniu nadanym tej ustawie Nowelizacją ulPN.

28. Zasadnie również Prokurator Generalny zwraca uwagę, że **pkt 1 *petitum* Wniosku Prezydenta RP *„powinien zostać rozszerzony o częściowy zakres stosowania art. 55b ulPN"***[4]. Przy czym Prokurator Generalny „rekonstruuje" rzeczywisty – jego zdaniem – przedmiot kontroli wynikający z Wniosku Prezydenta RP (zarówno co do norm stanowiących przedmiot kontroli, jak i wzorców kontroli) w odwołaniu do zasady *falsa demonstratio non nocet*, która w jego ocenie jest *„wielokrotnie i jednoznacznie aprobowana przez Trybunał Konstytucyjny"*[5].

29. Autorzy Opinii podzielają stanowisko Prokuratora Generalnego co do tego, że zasada *falsa demonstratio non nocet* nakazuje decydujące znaczenie przyznawać istocie sprawy, a nie jej oznaczeniu. Niewątpliwie była ona wielokrotnie wskazywana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jako uzasadnienie uprawnienia Trybunału do korygowania wadliwie sformułowanego wniosku, pytania prawnego czy skargi konstytucyjnej[6]. Zasadę tę Trybunał stosował jednak przede wszystkim wtedy, gdy z uzasadnienia wniosku (albo innego pisma inicjującego postępowanie) jasno wynikało, że wnioskodawca błędnie oznaczył przepisy stanowiące przedmiot kontroli[7], albo gdy uzupełnienia bądź sprostowania wymaga wzorzec kontroli[8].

30. Swoboda Trybunału jest jednak ograniczona przedmiotem zaskarżenia, który definiują trzy elementy konstrukcyjne:

(1) norma kontrolowana;

(2) norma stanowiąca podstawę kontroli; oraz

---

3 Stanowisko Prokuratora Generalnego, s. 7.

4 Ibidem.

5 Ibidem.

6 Por. np.: Ewa Łętowska, *Własność jako wartość konstytucyjna* [w:] R. Piotrowski i A. Szmyt (red.), *Trybunał Konstytucyjny na straży wartości konstytucyjnych 1986-2016*, WKP 2017, Nb. 5, przypis 3; M. Wiącek, Pytanie prawne sądu do Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2011, s. 307 i n.; M. Wild, *Wymagania formalne pytań prawnych w praktyce orzeczniczej trybunału konstytucyjnego* [w:] A. Siemaszko (red.), *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, LEX 2011, rozdz. 2.1.

7 Zob. np. wyroki TK z dnia 2 grudnia 2014 r., P 29/13, OTK-A 2014/11/116; z dnia 19 marca 2001 r., K 32/00, OTK 2001/3/50; z dnia 26 listopada 2013 r., SK 33/12, OTK-A 2013/8/124.

8 Zob. np. wyroki TK z dnia 8 lipca 2002 r., SK 41/01, OTK-A 2002/4/51; z dnia 29 października 2002 r., sygn. P 19/01, OTK-A/2002/67; 17. z dnia 31 stycznia 2005 r., P 9/04, OTK-A 2005/1/9; z dnia 12 lipca 2005 r., P 11/03, OTK-A 2005/7/80; z dnia 2 września 2008r., K 35/06, OTK-A 2008/7/120; z dnia 24 lutego 2009 r., SK 34/07, OTK-A 2009/2/10; z dnia 9 lipca 2012 r., P 59/11, OTK-A 2012/7/76.

(3) argumenty powołane w celu wykazania niezgodności między tymi normami[9].

31. Powyższy wniosek znajduje oparcie zarówno w art. 66 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1997 r. Nr 102, poz. 643 ze zm.), jak i w art. 50 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 293). Zwłaszcza ten ostatni przepis, w jego ust. 2, można byłoby odczytywać jako wyraz pochodzącej od ustawodawcy intencji normatywnej, aby zakres zaskarżenia w sposób jednoznaczny wskazywał zarówno kwestionowany akt normatywny albo jego części (tzn. przedmiot kontroli), jak i jasno formułował zarzuty niezgodności z Konstytucją RP, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą (tzn. wzorce kontroli). Norma ta jest wiernie powtórzona w obecnie obowiązującym art. 67 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. z 2016 r., poz. 2072).

32. Także w piśmiennictwie wyrażano - ale wyłącznie jako wniosek *de lege ferenda* - pogląd o potrzebie przyznania TK (dokonującego kontroli abstrakcyjnej) kompetencji do samodzielnego uwzględniania niewskazanych przez wnioskodawcę wzorców kontroli[10], co sugeruje, że w aktualnym stanie prawnym Trybunał ma jednak ograniczoną swobodę w poprawianiu lub uzupełnianiu zakresu zaskarżenia zakreślonego przez wnioskodawcę i w „rekonstruowaniu" rzeczywistego przedmiotu i zakresu wniosku.

33. Jak wyjaśnił bowiem Trybunał Konstytucyjny:

> *„decydujące znaczenie dla wyznaczenia ram postępowania ma istota sprawy, ustalana na podstawie treści argumentacji przedstawionej przez skarżącego. Nie rozstrzyga zatem sam sposób formalnego oznaczenia w petitum skargi przepisów, które są kwestionowane, ani postanowień konstytucyjnych, z których skarżący wywodzi wzorce kontroli.* ***Jeśli w petitum następuje niewłaściwe (mylne) oznaczenie przez skarżącego przedmiotu lub wzorca kontroli, polegające na usprawiedliwionym błędzie co do nazwy, ale nie co do treści przedmiotu lub wzorca****, to - zgodnie z zasadą falsa demonstratio non nocet - takie błędne oznaczenie sprawy nie pociąga za sobą automatycznie odmowy jej rozpoznania."* [wyróżn. własne][11].

34. Natomiast przyjmuje się, że Trybunał Konstytucyjny nie może powoływać z urzędu argumentów niewskazanych przez inicjatora kontroli (tj. wnioskodawcę), a tym bardziej norm

---

9 Tak: A. Deryng, Rzecznik Praw Obywatelskich jako wnioskodawca w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym, Lex 2014, rozdz. 4.2.

10 Zob. M. Safjan, Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – próba spojrzenia w przyszłość [w:] K. Budziło (red.), Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego. Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego - założenia i ich praktyczna realizacja, Warszawa 2010, s. 25-40.

11 Wyrok TK z dnia 8 października 2015 r., SK 11/13, OTK-A 2015/9/144.

kontrolowanych, ani norm stanowiących podstawę kontroli[12]. Rozwinięcie tej ostatniej uwagi znajduje wyraz w orzecznictwie samego Trybunału:

> *„Trybunał Konstytucyjny przypomina, że prawidłowe wykonanie przez wnioskodawcę obowiązku przedstawienia, jakie konstytucyjne wartości (i w jaki sposób) zostały naruszone przez przepisy stanowiące przedmiot wniosku, polegać musi nie tylko na* ***sformułowaniu osnowy zarzutów i wskazaniu (numerycznym) postanowień Konstytucji****, z którymi - zdaniem wnioskodawcy - niezgodne są kwestionowane przepisy, ale również na* ***precyzyjnym przedstawieniu treści wartości konstytucyjnych****, wywodzonych z tych postanowień, a naruszonych przez ustawodawcę. Powinna temu towarzyszyć* ***szczegółowa i precyzyjna argumentacja*** *uprawdopodabniająca stawiane zarzuty.* ***Z powyższego obowiązku nie może zwolnić wnioskodawcy, działający niejako z własnej inicjatywy, Trybunał Konstytucyjny, który - zgodnie z art. 66 ustawy o TK - orzekając, jest związany granicami wniosku****, pytania prawnego oraz skargi konstytucyjnej."* [wyróżn. własne][13].

35. Toteż granice dla stosowania zasady *falsa demonstratio non nocet* wyznacza rozróżnienie między skorygowaniem tego, co rzeczywiście kwalifikuje się jako „falsa demonstratio" wnioskodawcy, tj. mylne oznaczenie normy kontrolowanej albo wzorca kontroli, a uzupełnianiem przez Trybunał za wnioskodawcę któregoś z elementów wyznaczających zakres kontroli konstytucyjnej.

36. Wobec powyższego, w ocenie autorów Opinii nie budzi wątpliwości, że **Wniosek Prezydenta RP błędnie wskazuje w *petitum* przepisy Nowelizacji uIPN zamiast bezpośrednio przepisy uIPN i taką nieścisłość należy skorygować zgodnie z propozycją Prokuratora Generalnego** (por. pkt 27 i 28 powyżej). Natomiast zachodzi wątpliwość, czy „rekonstrukcja" norm kontrolowanych dokonana przez Prokuratora Generalnego rzeczywiście polega jedynie na korekcie mylnego oznaczenia tych norm, czy też jednak na uzupełnieniu wniosku poza zakresem zaskarżenia.

37. Zaznaczone wątpliwości są tym bardziej doniosłe, że wedle poglądu Prokuratora Generalnego art. 55a uIPN jest zgodny z Konstytucją RP. Uczestnik ten kwestionuje natomiast normę wynikającą z art. 55b uIPN[14], niewskazanego wyraźnie w *petitum* Wniosku Prezydenta RP (por. pkt 25 - 27 powyżej).

---

12 Por. np. wyrok z dnia 3 grudnia 2003 r., K 5/02, OTK-A 2002/9/98; wyrok w pełnym składzie z dnia 11 maja 2005 r., K 18/04, OTK-A 2005/5/49; wyrok z dnia 30 października 2006 r., P 36/05, OTK-A 2006/9/129; postanowienie z 16 października 2003 r., Ts 116/03, OTK-B 2004/3/181; postanowienie z dnia 26 października 2004 r., U 5/02, OTK-A 2004/9/102; postanowienie z dnia 14 stycznia 2009 r., Ts 21/07, OTK ZU nr 2/B/2009/91; postanowienie z dnia 17 grudnia 2009 r., U 6/08, OTK-A 2009/11/178; postanowienie z dnia 21 grudnia 2010 r., Ts 16/10, OTK-supl. 2014/2/798.

13 Postanowienie TK z dnia 27 sierpnia 2010 r., Tw 4/10, OTK-supl. 2014/2/644.

14 Na marginesie wypada zauważyć, że w ocenie autorów Opinii, zastrzeżenia nasuwa zaproponowane przez Prokuratora Generalnego ujęcie normy kontrolowanej, która – w ocenie tego organu – miałaby być

38. W ocenie IAJLJ możliwe jest jednak stanowisko uwzględniające fakt, że Wniosek Prezydenta RP kwestionuje normę wynikającą z art. 55a ulPN w całości, natomiast art. 55b ulPN nie tworzy samodzielnej normy. Przepis ten odnosi się jedynie do jednego z aspektów funkcjonowania normy wynikającej z art. 55a ulPN, tj. jej terytorialnego zastosowania. Innymi słowy, skoro przedmiotem kontroli konstytucyjnej jest hierarchiczna zgodność norm, a jednocześnie obalenie domniemania konstytucyjności art. 55a ulPN pociąga za sobą brak możliwości zastosowania art. 55b ulPN (norma wynikająca z tego przepisu byłaby pusta), należy uznać, że zakwestionowanie przez Prezydenta RP konstytucyjności normy wynikającej z art. 55a ulPN w całości wymusza także poddanie konstytucyjnej weryfikacji jednego z aspektów tej normy, jedynie formalnie sformułowanego w odrębnej jednostce redakcyjnej. IALJ zdaje sobie jednak sprawę, że w tym zakresie możliwy jest także pogląd przeciwny.

39. Tym samym, chociaż zatem w opinii IAJLJ celowe i dopuszczalne byłoby poddanie przez Trybunał w oparciu o Wniosek Prezydenta RP kontroli konstytucyjnej zarówno art. 55a ulPN, jak i art. 55b ulPN w zw. z art. 55a ulPN, zachodzi obawa, że Trybunał uzna badanie normy wynikającej z odczytania obu tych przepisów łącznie za niedopuszczalne zastępowanie inicjatywy skargowej wnioskodawcy.

40. **Wobec tego IAJLJ postuluje, aby Prezydent RP, w celu usunięcia wątpliwości formalnych i potencjalnych przeszkód dla rozpoznania sprawy w zakresie zamierzonym przez wnioskodawcę, sprecyzował zakres zaskarżenia Wniosku Prezydenta RP, jednoznacznie wskazując, że poddaje kontroli Trybunału**:

(1) **zarówno sam art. 55a ulPN (w zakresie wszystkich jego ustępów), zarzucając mu niezgodność z art. 2 Konstytucji RP, art. 42 Konstytucji RP oraz z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, jak i**

(2) **art. 55a ust. 1 i 2 ulPN w zw. z art. 55b ulPN, w zakresie, w jakim przepisy te przewidują odpowiedzialność karną na zasadach określonych w art. 55a ust. 1 i 2 ulPN wobec obywatela polskiego oraz cudzoziemca niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia czynu zabronionego, zarzucając tak wskazanej normie kontroli niezgodność z art. 2 Konstytucji RP, art. 31 ust. 3**

---

niezgodna z art. 2 Konstytucji. Stanowisko Prokuratora Generalnego izoluje bowiem kontrolowaną normę na podstawie samego tylko art. 55b ulPN „w zakresie, w jakim przewiduje odpowiedzialność za czyny z art. 55a ust. I i 2 tej ustawy niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu ich popełnienia", zob. Stanowisko Prokuratora Generalnego, s. 1-2.

Tymczasem art. 55b ulPN sam w sobie nie zawiera samodzielnej prawnokarnej normy sankcjonującej i nie zawiera w ogóle prawnokarnej normy sankcjonowanej. Zawiera natomiast normę kolizyjną prawa karnego, tj. „wymusza właściwość" prawa polskiego we wskazanym w nim zakresie, rozszerzając zakres odpowiedzialności wynikającej m.in. z art. 55a ulPN na te czyny, które z uwagi na miejsce ich popełnienia nie rodziłyby odpowiedzialności karnej. Zatem art. 55b ulPN należałoby powoływać w związku z art. 55a ulPN, a nie w zakresie, w jakim pierwszy przepis odnosi się do drugiego, skoro sam Prokurator Generalny niezgodność normy z Konstytucją RP wywodzi z materialnoprawnych właściwości przestępstwa stypizowanego w art. 55a ulPN i – będącej skutkiem takich właściwości – praktycznej niemożliwości wyegzekwowania odpowiedzialności karnej wobec sprawców czynów popełnionych za granicą.

Konstytucji RP oraz z art. 42 Konstytucji RP. Odpowiedni wniosek w tym zakresie został wraz z Opinią złożony „równolegle" w kancelarii Prezydenta RP.

IV. CEL USTAWY – UWAGI WPROWADZAJĄCE

41. Dla ustalenia czy omawiane przepisy spełniają standard określoności przepisów prawa karnego oraz czy stanowią konieczną w demokratycznym państwie prawnym ingerencję w konstytucyjną wolność wypowiedzi, nie bez znaczenia jest odtworzenie zamiaru ustawodawcy dotyczącego wprowadzenia regulacji i weryfikacja, czy opis znamion czynu zabronionego sformułowany w przepisie koresponduje z tym zamiarem.

42. Pomocne w ustaleniu zamiaru prawodawcy są materiały z procesu legislacyjnego (por. A. Bielska-Brodziak, *Materiały legislacyjne w dyskursie interpretacyjnym z perspektywy brytyjskiej, amerykańskiej, francuskiej, szwedzkiej i polskiej*, w: O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Dywergencja czy konwergencja kultur i systemów prawnych*, Warszawa 2012), a przede wszystkim uzasadnienie rządowego projektu ustawy. Wynika z niego, że powodem dla uchwalenia Nowelizacji ulPN był fakt pojawiania się „od wielu lat", w obiegu publicznym, także za granicą, sformułowań typu „polskie obozy śmierci", „polskie obozy zagłady", „polskie obozy koncentracyjne"[15]. Używanie tych sformułowań ma zagrażać dobremu imieniu Narodu Polskiego i Państwa Polskiego.

43. Jednocześnie projektodawca wskazuje, że: *„pojawiają się także wydawnictwa czy programy, które świadomie fałszują historię, zwłaszcza najnowszą"*, czy też: *„Nadal powtarzają się w dyskursie publicznym wypowiedzi sugerujące udział, organizację lub odpowiedzialność Narodu Polskiego za popełnienie zbrodni III Rzeszy Niemieckiej, które powodują uzasadnione protesty polskiej opinii publicznej"*[16].

44. Oznacza to, że intencją projektodawców było nie tylko wyrugowanie z dyskursu publicznego nieprawdziwych sformułowań, takich jak „polskie obozy śmierci", ale także walka z innymi, bliżej niezidentyfikowanymi (zob. uwagi poniżej), fałszywymi sformułowaniami odnoszącymi się do „zbrodni III Rzeszy", godzącymi w dobre imię Narodu Polskiego i Państwa Polskiego.

45. W odniesieniu do nieumyślnej formy popełnienia omawianego czynu zabronionego, tj. zachowania penalizowanego przez art. 55a ust. 2 Ustawy, projektodawcy wskazują: *„Obowiązek zachowania wymaganej w danych okolicznościach ostrożności oraz przewidywania konsekwencji posługiwania się nieprawdziwymi stwierdzeniami wyznaczają standardy właściwe dla publikacji w publicznych mediach i publikacji naukowych"*.

46. Jednocześnie projektodawcy zaproponowali objęcie omawianych przepisów zasadą ochronną obostrzoną, tj. możliwością ścigania za popełnienie przestępstw wskazanych w art. 53a ust. 1-2 Ustawy niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu ich popełnienia (art. 53a ust. 3

---

15 Uzasadnienie projektu Ustawy, druk nr 806, str. 1.

16 Ibidem.

Ustawy). Regulacja ta jest motywowana w następujący sposób: „*Zważając, że potencjalnie wiele występków, o których mowa w projektowanym art. 55a uIPN, będzie popełnianych za granicą, dla zapewnienia skuteczności ich ścigania proponowaną regulację należy uznać za niezbędną*".

V. ART. 55A UIPN JEST NIEZGODNY Z ART. 54 UST. 1 W ZW. Z ART. 31 UST. 3 KONSTYTUCJI RP GDYŻ NADMIERNIE OGRANICZA KONSTYTUCYJNĄ WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI I WYRAŻANIA POGLĄDÓW

5.1. Uwagi wprowadzające

5.1.1. Swoboda wypowiedzi jako wartość konstytucyjna i jej granice

47. Wykładnia poddanych kontroli konstytucyjnej Wnioskiem Prezydenta RP art. 55a i art. 55b uIPN nasuwa daleko idące wątpliwości – i okoliczność ta sama w sobie wpływa na ocenę ich zgodności z Konstytucją RP (por. pkt 103 i nast.). Celem wskazanych przepisów, dodanych Nowelizacją uIPN, jest penalizacja niektórych wypowiedzi odnoszących się do Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego w kontekście m.in. przestępstw nazistowskich okresu II Wojny Światowej. *Prima facie*, badane przepisy stanowią zatem ingerencję ustawodawcy ograniczającą zakres swobody wypowiedzi (wolności słowa), stanowiącej wartość chronioną konstytucyjnie (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP), jak i normami prawa międzynarodowego, w tym *explicite* w art. 10 EKPCz.

48. Wpływ badanych przepisów uIPN na wolność słowa analizuje Rzecznik Praw Obywatelskich, wskazując, że Ustawa ingeruje zwłaszcza w wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, zwłaszcza w wymiarze publicznym, w tym politycznym[17].

49. Gwarantowana przez art. 54 ust. 1 Konstytucji RP swoboda wypowiedzi nie ma charakteru absolutnego i, co do zasady, może podlegać ograniczeniom ustawowym – w granicach i na zasadach wyznaczanych ogólną regułą wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Taki pogląd wyrazili wszyscy uczestnicy postępowania w niniejszej sprawie[18], i należy go uznać za utrwalony w orzecznictwie Trybunału[19]. Stanowisko to IAJLJ w pełni podziela.

50. W tym zakresie wątpliwości budzi wypowiedź – być może jedynie nieprecyzyjnie wyrażona – w stanowisku Prokuratora Generalnego, wedle którego:

> „[w] *kontekście niniejszej sprawy warto zwrócić szczególną uwagę na to, że art. 54 ust. 1 Konstytucji, chroniąc wszelkie formy ekspresji, ..., obejmuje swoim zasięgiem*

---

17 Por. Pismo procesowe RPO z dnia 5 kwietnia 2018 r., s. 5-7.

18 Por. Wniosek Prezydenta RP, s. 13-15; Stanowisko Sejmu RP z dnia 16 marca 2018 r., s. 16; Stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 20 marca 2018 r., s. 35-37; Pismo procesowe RPO, s. 7.

19 Por. np. wyroki TK: z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008/4/57; z dnia 6 lipca 2011 r., P 12/09, OTK-A 2011/6/51; z dnia 14 grudnia 2011 r. SK 42/09, OTK A 2011/10/118; z dnia 12 lutego 2015 r. SK 70/13, OTK-A 2015/2/14; z dnia 21 września 2015 r., K 28/13, OTK-A 2015/8/120.

tylko te, które są zgodne z prawem (zob. wyrok z 12 maja 2008 r., sygn. SK 43/05, op. cit.). Jednocześnie jednak takie ujęcie wolności słowa nie zawęża jej do głoszenia poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne (zob. wyrok TK z 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06, op. cit.)"[20].

51. Prokurator Generalny zdaje się dokonywać nieuprawnionego przemieszania dwóch chronionych aspektów wolności słowa, co do których swoboda ingerencji ustawodawcy jest różna. Z jednej strony Konstytucja chroni formę wypowiedzi, która może być regulowana ustawą w większym stopniu[21]. Z drugiej strony, chroniona jest sama treść wypowiedzi (tj. wolność do wyrażania poglądów), a jej ograniczanie może mieć skutek podobny do cenzury, wyraźnie zakazanej na mocy art. 54 ust. 2 Konstytucji RP. Stanowienie przez ustawodawcę takich ograniczeń, które regulują treść wypowiedzi, wymaga w związku z tym od ustawodawcy szczególnej powściągliwości[22].

52. Uwagi dotyczące ewentualnych ograniczeń ustawowych formy wypowiedzi w niniejszym postępowaniu nie są doniosłe, skoro art. 55a i 55b ulPN niewątpliwie zmierzają do penalizacji wypowiedzi objętych hipotezą tych przepisów z uwagi na ich treść.

53. Ponadto, spostrzeżenie, iż Konstytucja RP chroni jedynie wypowiedzi zgodne z prawem jest o tyle nieprzydatne w sprawie, że Wniosek Prezydenta RP zmierza właśnie do uzyskania oceny Trybunału Konstytucyjnego, czy kontrolowane przepisy ograniczające swobodę wypowiedzi odpowiadają wzorcom kontroli wynikającym z Konstytucji RP. Zatem to, czy wypowiedzi inkryminowane przez art. 55a i 55b ulPN są zgodne z prawem, czy nie, wynikać będzie dopiero z oceny przez Trybunał przepisów sankcjonujących takie wypowiedzi.

54. Za nierelewantne w sprawie uznać również należy wywody Prokuratora Generalnego zawierające – nietrafną – sugestię, jakoby art. 54 ust. 1 Konstytucji RP mógł być interpretowany jako w ogóle nie obejmujący wypowiedzi objętych hipotezą art. 55a ulPN, ze względu na ich zakwalifikowanie jako mowa nienawiści, wyraz negacjonizmu czy rewizjonizmu historycznego[23]. Taki pogląd nie znajduje oparcia ani w cytowanym przez Prokuratora Generalnego – ani żadnym innym – wyroku Trybunału, ani w (powołanym tu pomocniczo)

---

20 Por. Stanowisko Prokuratora Generalnego., s. 35-36.

21 Por. np. wyrok TK z dnia 6 lipca 2011 r., P 12/09, OTK-A 2011/6/51 i zawartą tam dyskusję na tle art. 10 EKPC i orzecznictwa ETPCz. Por. także stanowisko Prokuratora Generalnego w cytowanej sprawie o sygn. P 3/06, rozróżniające prawo swobodnej krytyki Prezydenta RP co do treści wypowiedzi od ograniczonej swobody formy wyrażania krytyki.

22 Por. np. wyroki TK: z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, *op. cit.*; z 5 maja 2004 r., P 2/03, OTK-ZU 5/A/2004/39 oraz z 23 marca 2006 r., K 4/06, OTK-ZU 3/A/2006/32. Zob. też. P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 54, Nb. 5.

23 Por. Stanowisko Prokuratora Generalnego., s. 38, 39. Cytowany tam wyrok TK z dnia 11 października 2006 r., P 3/06, OTK-A 2006/9/121, wbrew tezom Prokuratora Generalnego, rozważa granice swobody wypowiedzi w kontekście art. 10 ust. 2 EKPC i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i wskazuje, że ograniczenia swobody wypowiedzi w stosunku do przejawów tzw. mowy nienawiści, jako że *„ex definitione nie mieszczą się one w aksjologii demokratycznej przestrzeni prawnej"* mogą wynikać bezpośrednio z systemu prawa.

orzecznictwie ETPCz (por. pkt 186 i nast. poniżej, omawiające zwłaszcza wnioski z rozstrzygnięć w sprawach *Lehidex i Isorni p. Francji* oraz *Perinçek p. Szwajcarii*).

55. Niezależnie od tego, czyny penalizowane przez będące przedmiotem kontroli konstytucyjnej przepisy uIPN nie ograniczają się do (a wg najbardziej uzasadnionej wykładni - w ogóle nie obejmują) mowy nienawiści, a celem tych przepisów nie jest penalizowanie wypowiedzi wyrażających nienawiść rasową lub narodowościową, propagujących ideologię totalitaryzmu, czy wzywających do przemocy w celu zdobycia władzy[24], lecz obłożenie sankcją karną „publicznego i wbrew faktom przypisywania" Narodowi Polskiemu czy też Państwu Polskiemu pewnych zachowań (odpowiedzialności za zachowania) o charakterze historycznym.

56. Podsumowując: wypowiedzi, do których odnosi się art. 55a uIPN wchodzą w zakres przedmiotowy swobody wypowiedzi wynikającej z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP (jak też art. 10 ust. 1 ETPCz). Swoboda ta może jednak podlegać ograniczeniom na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (a na gruncie prawa międzynarodowego – art. 10 ust. 2 ETPCz). Rozważenia wymaga zatem, czy badane przepisy uIPN spełniają kryteria zgodności z wzorcem kontroli konstytucyjnej zawartym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

5.1.2. Standard zgodności ograniczenia konstytucyjnej wolności z ustawą zasadniczą w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji RP

57. Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP stanowi:

> *„Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw".*

58. Powyższy przepis wyznacza standard zgodności wprowadzanego ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw z ustawą zasadniczą. Aby taki standard został dotrzymany, wprowadzane ograniczenie musi:

(1) mieć **oparcie w ustawie** (tj. przynajmniej kontur ograniczenia musi zostać sprecyzowany w akcie normatywnym rangi ustawy);

(2) być **konieczne w demokratycznym państwie dla ochrony którejś z wartości wymienionych *expressis verbis* w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP** albo dla ochrony konstytucyjnych **wolności i praw innych osób**;

(3) ponadto ograniczenie **nie może naruszać istoty danej wolności lub prawa** (oznacza to, że wskutek wprowadzonego ograniczenia dana konstytucyjna wolność lub prawo nie może ulec całkowitemu „wydrążeniu").

---

[24] Zob. np. wyrok TK z dnia 11 października 2006 r., P 3/06, OTK-A 2012/5/61 *op. cit.*

59. Art. 55a Ustawy w zasadzie spełnia warunek pierwszy (z zastrzeżeniem uwag dotyczących naruszenia standardu określoności przepisów prawa karnego przez art. 55a Ustawy).

60. Co do warunku trzeciego, to o ile wolność prowadzenia debaty o zbrodniach II Wojny Światowej wydaje się być przez ten przepis istotnie ograniczona, to jednak co do zasady, *in abstracto*, „jądro" konstytucyjnej wolności wyrażania poglądów (wolności słowa) przewidzianej w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, wydaje się pozostać nienaruszone.

61. Tym samym kluczowe dla weryfikacji konstytucyjności przepisu art. 55a Ustawy jest sprawdzenie, czy wprowadzana nim ingerencja w wolność wyrażania poglądów spełnia warunek „konieczności w demokratycznym państwie". Wymaga to rozważenia odpowiedzi na dwa pytania:

(1) czy ochrona którejś ze wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wartości konstytucyjnych co do zasady usprawiedliwia pewne uszczuplenie wolności słowa wprowadzane przez art. 55a Ustawy;

a w przypadku odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie:

(2) czy ochrona zidentyfikowanej wartości konstytucyjnej kosztem wolności słowa jest proporcjonalna (uszczuplenie wolności słowa pozostaje w proporcji do ochrony danej wartości konstytucyjnej).

5.2. Ochrona dobrego imienia Narodu Polskiego i Państwa Polskiego jako wartość konstytucyjna co do zasady usprawiedliwiająca pewne ograniczenie wolności wypowiedzi

62. Wniosek Prezydenta RP nie kwestionuje celowości ograniczenia wolności wyrażania poglądów wskazanych w hipotezie art. 55a ulPN ze względu na ochronę dobrego imienia Narodu Polskiego i Państwa Polskiego. W ocenie wnioskodawcy:

> *„wiązanie odpowiedzialności instytucjonalnej za zbrodnie Holokaustu z Narodem Polskim, który za zbrodnie te nie odpowiada, oraz Państwem Polskim, którego terytorium było okupowane przez obce państwo, uzasadnia wprowadzenie regulacji prawnych przewidzianych przedmiotową ustawą, w tym przepisu karnego sankcjonującego przypisywanie takiej odpowiedzialności Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu. Poszukiwanie prawdy historycznej, będące integralną częścią swobody wypowiedzi, nie może bowiem prowadzić do negowania bezspornych faktów"*[25].

63. IAJLJ podziela pogląd Prezydenta RP, iż dobre imię Narodu Polskiego oraz Państwa Polskiego stanowi istotną wartość, zasługującą na ochronę, także w wymiarze historycznym. Taka ocena nie ma charakteru jedynie postulatywnego, lecz znajduje oparcie w samej Konstytucji RP, która już w preambule odwołuje się do „walki o niepodległość okupioną

---

25 Zob. np. wyrok TK z dnia 11 października 2006 r., P 3/06, OTK-A 2012/5/61, *op. cit.*

ogromnymi ofiarami", „dziedzictwa Narodu", historycznej „tradycji Pierwszej i Drugiej Rzeczypospolitej", oraz „ponad tysiącletniego dorobku" polskiej państwowości.

64. Podmiotowość Narodu Polskiego i konstytucyjny status Państwa Polskiego jako rzeczy powszechnej, państwa wszystkich obywateli, zbudowanego na ich wspólnocie i stanowiącego ich organizację powszechną wyraża już art. 1 Konstytucji RP[26]. O randze konstytucyjnej wizerunku i formalnych przejawów tożsamości narodowej Państwa Polskiego świadczy również art. 28 Konstytucji RP, który statuuje prawną ochronę zdefiniowanych w nim najważniejszych symboli narodowych – godła, barw i hymnu Rzeczypospolitej Polskiej[27].

65. Trafnie zatem wskazał Prezydent RP, że:

> *„w aksjologii Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej na pełne uznanie zasługuje ochrona dobrego imienia Narodu Polskiego i Państwa Polskiego"*[28].

66. Podobnie przedmiot ochrony przepisów ulPN poddanych kontroli Trybunału Konstytucyjnego określili Sejm[29], a także Prokurator Generalny, wskazując – w odwołaniu do uzasadnienia projektu Nowelizacji ulPN – na *„dobre imię i wizerunek Rzeczpospolitej Polskiej i Narodu Polskiego"*[30]. Prokurator Generalny zwrócił również uwagę na inne dobra chronione tj.: *„moralność publiczną, a także cześć i godność ofiar zbrodni, o których w* [art. 55a] *mowa"*[31].

67. Z kolei Rzecznik Praw Obywatelskich argumentował, że:

> *„Ochrona dobrego imienia Rzeczpospolitej Polskiej i Narodu Polskiego, ..., niewątpliwie mieści się we wskazanym wyżej rozumieniu przesłanek bezpieczeństwa i porządku publicznego. Ma ona bowiem wpływ na identyfikację obywateli z państwem i może rzutować na współżycie jednostek w ramach organizacji państwowej, w tym np. na kontakty z mniejszościami narodowymi"*[32].

68. Jednocześnie zaś Rzecznik wyraził pogląd, iż ETPCz nie uznałby przepisu art. 55a ulPN za służący ochronie bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, ani nie uznałby ochrony dobrego imienia Polski i Polaków jako ochrony praw „innej osoby" w sensie art. 10 EKPC,

---

26 Por. np. W. Sokolewicz, M. Zubik [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I*, wyd. II (2016), komentarz do art. 1, Nb. 6.

27 Por. np. P. Sarnecki [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja*..., op. cit., komentarz do art. 28, Nb. 2. Autor wskazuje, że regulacja symboli narodowych służy potwierdzeniu jej tożsamości, zwłaszcza, że nawiązują one do symboliki państwowej okresu II Rzeczypospolitej. Zdaniem komentatora, omawiany przepis jest konstytucyjnym *„wdzięczności naszym przodkom za ich pracę, za walkę o niepodległość okupioną ogromnymi ofiarami, za kulturę"*.

28 Por. Wniosek Prezydenta RP, s. 3.

29 Por. Stanowisko Sejmu., s. 17.

30 Por. Stanowisko Prokuratora Generalnego., s. 8-9, 39-40.

31 Ibidem.

32 Pismo procesowe RPO, s. 9.

chociaż art. 55a uIPN może być uznany za związany z ochroną praw i wolności innych osób w sensie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP[33].

69. Celem kontrolowanych przepisów art. 55a i 55b uIPN jest co najmniej ochrona moralności, rozumiana jako „kształtowanie w określony sposób stosunków międzyludzkich przez nakaz co najmniej dążenia do realizacji wartości przyjmowanych przez ogół społeczeństwa, takich jak prawda (...) sprawiedliwość"[34]. Wobec uznawanej konstytucyjnie podmiotowości tak Państwa Polskiego, jak i Narodu Polskiego (jako zbiorowości wszystkich Polaków), badaną regulację uznać też należy za nakierowaną na ochronę słusznych „praw i wolności innych osób".

70. Natomiast, w ocenie IAJLJ, brak jest przekonujących argumentów uprawniających pogląd, że realnym celem ochrony prawnokarnej wynikającej z art. 55a uIPN, jest ochrona bezpieczeństwa lub porządku publicznego[35].

71. W konkluzji: badając zgodność art. 55a uIPN (także w związku z art. 55b Ustawy) z wzorcem konstytucyjnym zawartym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, należy uznać, że uszczuplenie wolności słowa wynikające z tych przepisów ma na celu ochronę ważnego interesu publicznego: dobrego imienia Państwa Polskiego i Narodu Polskiego jako „praw innych osób", a ponadto moralności publicznej, rozumianej jako obowiązek poszanowania prawdy historycznej.

72. Wobec tego, ocena zgodności ograniczenia swobody wypowiedzi wynikająca z analizowanych przepisów ustawy ze standardem art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zależy od oceny, czy ograniczenia te są „konieczne w demokratycznym państwie" dla ochrony zidentyfikowanych wyżej postaci interesu publicznego.

5.3. Test proporcjonalności

73. Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa TK, warunek proporcjonalności wprowadzanego ograniczenia konstytucyjnej wolności lub prawa uznaje się za spełniony, jeśli:

(1) wprowadzenie ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnej wolności lub prawa **jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków (tj. ochrony określonej wartości konstytucyjnej) (warunek przydatności)**,

---

33 *Ibidem*, s. 10-11.

34 Zob. np. wyroki TK z dnia z dnia 12 lipca 2016 r., K 28/15, OTK-A 2016/56; i z dnia 18 października 2016 r., P 123/15, OTK-A 2016/80. Zob. też: Z. Cieślak, Etyka urzędnika, [w:] *Etyka. Deontologia. Prawo*, red. P. Steczkowski, Rzeszów 2008, s. 35.

35 Na tę postać chronionego interesu konstytucyjnego powołują się tylko Prokurator Generalny (s. 39) i Rzecznik Praw Obywatelskich (s. 9). Prokurator Generalny w żaden sposób nie uzasadnił jednak związku między badanymi przepisami a ochroną bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego. Natomiast związek taki wskazał RPO, ma on jednak charakter pośredni i spekulatywny („*może rzutować na współżycie jednostek w ramach organizacji państwowej*"). W ocenie autorów, pogląd RPO idzie jednak zbyt daleko – oznaczałby bowiem, że praktycznie każde ograniczenie praw lub wolności konstytucyjnych można by zakwalifikować jako służące ochronie bezpieczeństwa państwa.

(2) wprowadzenie ograniczenia **jest niezbędne** dla ochrony danej wartości konstytucyjnej, z którą to ograniczenie jest związane **(warunek konieczności/niezbędności ograniczenia)** oraz

(3) **efekty wprowadzenia ograniczenia** w zakresie korzystania z konstytucyjnej wolności lub prawa nie są nadmierne i pozostają **w proporcji do ciężarów** nakładanych przez te ograniczenia **(warunek proporcjonalności *sensu stricto*)**[36].

74. Pogłębiona analiza art. 55a Ustawy prowadzi do wniosku, że tak rozumiany test proporcjonalności nie jest spełniony.

5.3.1. Warunek przydatności

75. Jest okolicznością powszechnie znaną i jako taką niewymagającą dowodu (potwierdzoną dodatkowo treścią uzasadnienia projektu Nowelizacji uIPN), że nowelizacja Ustawy stanowi przede wszystkim reakcję na pojawiające się wypowiedzi zawierające sformułowania typu „polskie obozy zagłady", „polskie obozy koncentracyjne". Zdecydowana większość tego rodzaju wypowiedzi (jeśli aktualnie nie wszystkie[37]), to wypowiedzi obywateli innych państw, dokonywane przeważnie zagranicą (najczęściej w prasie). Redakcja art. 55a uIPN (ale także uzasadnienie projektu nowelizacji Ustawy) wskazuje jednak, że intencją ustawodawcy jest także ściganie innych (niż „polskie obozy") zafałszowań historii polegających na obarczaniu Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego odpowiedzialnością za zbrodnie i przestępstwa II Wojny Światowej, choć projektodawcy Nowelizacji nie podają żadnych przykładów tego rodzaju „zafałszowań" (zob. uwagi dotyczące warunku niezbędności). W tym kontekście kwestia przydatności omawianej regulacji musi być rozważona nie tylko w odniesieniu do sformułowań typu „polskie obozy śmierci", ale także rzekomych innych zafałszowań historii objętych zakresem normowania art. 55a Ustawy.

76. Jak będzie wynikało z analizy treści art. 55a Ustawy, przedstawionej w dalszej części Opinii, realne zastosowanie tego przepisu jest możliwe dopiero w przypadku dokonania jego rozszerzającej wykładni, a być może nawet wykładni *contra legem*. Redakcja art. 55a Ustawy jest tak niefortunna, że jego znamiona w obecnym kształcie w zasadzie nie mają desygnatów. Już ten fakt przesądza o tym, że wprowadzona regulacja jest w demokratycznym państwie prawnym (z uwagi na limitację represji karnej) nieprzydatna dla zwalczania nie tylko określeń typu „polskie obozy śmierci", ale także jakichkolwiek innych zafałszowań historii.

---

36 M.in. orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 roku, K 11/94, OTK 1995/1/12; wyrok TK z dnia 28 czerwca 2000 roku, K 34/99, OTK 2000/5/142.

37 Spośród obywateli polskich w przeszłości - ponad 70 lat temu, w innych okolicznościach historycznych i kulturowych, sformułowania „polskie obozy" użyła w 1946 roku m.in. Zofia Nałkowska w książce „Medaliony" (str. 41): *„Nie dziesiątki tysięcy i nie setki tysięcy, ale miliony istnień człowieczych uległy przeróbce na surowiec i towar w **polskich obozach śmierci**. Oprócz szeroko znanych miejscowości, jak Majdanek, Oświęcim, Brzezinka, Treblinka, raz po raz odkrywamy nowe, mniej głośne* (...)", a także Jan Karski w 1944 roku w artykule *„Polish Death Camps"* (Collier's Weekly, 14 października 1944 r., str. 18-19). Oczywiście nie sposób tym zasłużonym dla Polski i dla świadectwa Holokaustu osobom zarzucić zamiar obarczenia Polski czy Narodu Polskiego odpowiedzialnością za zbrodnie II Wojny Światowej.

77. Ponadto, w świetle argumentów podanych w uzasadnieniu projektu Nowelizacji uIPN, jak i powszechnie znanych przypadków używania sformułowania „polskie obozy" (jeszcze raz należy podkreślić, że projektodawcy nie wykazali, a nawet nie wskazali przykładów innych rzekomych zafałszowań historii mających być przedmiotem zastosowania omawianego przepisu), nie ulega wątpliwości, że wypowiedzi tego rodzaju mają miejsce w mediach zagranicznych[38], w tym w prasie. W chwili obecnej brak jest danych (nie podaje ich też projektodawca nowelizacji) dotyczących tego rodzaju zafałszowań zaistniałych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Oznacza to, że art. 55a Ustawy w rzeczywistości odnosi się do czynów, które – jak można z całą odpowiedzialnością przewidywać – nie będą miały miejsca na terytorium RP, lecz poza nim, a ich sprawcami będą w zdecydowanej większości (jeśli nie wyłącznie) obywatele państw obcych. W efekcie już obecnie można założyć, że praktyczne zastosowanie art. 55a Ustawy byłoby możliwe najprawdopodobniej tylko i wyłącznie w związku z art. 55b Ustawy, a więc w oparciu o regułę ochronną obostrzoną, przełamującą zasadę terytorialności polskiej sankcji karnej.

78. Przepis art. 55b uIPN nie spełnia standardów konstytucyjnych, w związku z tym jego stosowanie naruszałoby Konstytucję RP (por. pkt 160 - 182 poniżej). Przepis art. 55a Ustawy stosowany samodzielnie, bez powiązania go z niekonstytucyjnym art. 55b Ustawy i bez rozszerzenia w ten sposób zakresu sankcjonowanych karnie zachowań o czyny popełnione zagranicą nie będzie natomiast w jakikolwiek sposób przydatny dla zwalczania określeń typu „polskie obozy" czy innych zafałszowań z tej prostej przyczyny, że mają one właśnie miejsce poza granicami Polski (por. pkt 181 poniżej).

79. Niemniej jednak nawet zastosowanie przepisu art. 55b uIPN nie gwarantuje przydatności art. 55a Ustawy. Efektywność ścigania na podstawie omawianej regulacji wymagałaby bowiem pojawienia się sprawcy w Polsce (co umożliwiłoby zastosowanie wobec niego środków procesowych polskiej procedury karnej), a to jednak należy uznać za mało prawdopodobne a jeśli w ogóle, to mające charakter przypadkowy, względnie w przypadku wydania sprawcy Polsce (na podstawie ekstradycji lub np. Europejskiego Nakazu Aresztowania). Jest to jednak oczywiście nierealne, z dwóch zasadniczych powodów.

80. ***Po pierwsze***, żaden inny kraj na świecie nie przewiduje odpowiedzialności karnej za dokładnie takie czyny jak wskazane w art. 55a Ustawy, a zasada podwójnej karalności czynu jest fundamentalną regułą procedur ekstradycyjnych (nie dotyczy to ENA w odniesieniu do niektórych typów przestępstw, jednak art. 55a Ustawy niewątpliwie się do nich nie zalicza).

81. ***Po drugie***, istnieje poważne ryzyko, że art. 55a Ustawy w obecnym kształcie zostałby uznany za niemożliwy do pogodzenia z międzynarodowoprawną ochroną wolności słowa, co byłoby dodatkowym argumentem przeciwko wydaniu kogokolwiek na tej podstawie polskim władzom (zob. szerzej pkt 176 i nast. poniżej).

---

38 Głośnym przykładem jest spór pomiędzy K. Tenderą a niemiecką telewizją ZDF (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 kwietnia 2016 r., I C 151/14, LEX nr 2124075).

82. Zatem art. 55a ulPN nie wykazuje żadnej przydatności w potencjalnym zwalczaniu zjawiska rozpowszechniania sformułowań typu „polskie obozy zagłady" (ani tym bardziej innych, bliżej nieokreślonych, zafałszowań). Omawiany przepis ma zatem charakter jedynie czystej deklaracji dezaprobaty Państwa Polskiego dla tego rodzaju wypowiedzi, jest to jednak za mało, aby tego rodzaju ujemną ocenę podnosić do rangi sankcji karnej.

83. Można ponadto zaryzykować stwierdzenie, że próby ścigania wypowiedzi na temat „polskich obozów" przez polskich prokuratorów, w oparciu o polskie normy karne spotkają się z brakiem zrozumienia w kraju sprawcy. Co więcej, zachodzi obawa graniczącą z pewnością, że tego rodzaju inicjatywy mogą zdyskredytować całą kampanię ochrony dobrego imienia Polski i Polaków, która może być przedstawiana przez krytyków jako brak otwartości na krytykę lub dyskusję historyczną, czy też jako próba forsowania „jedynie słusznych" poglądów pod groźbą sankcji karnych.

84. Z opisanych względów, w odniesieniu do art. 55a Ustawy warunek przydatności ograniczenia wolności wypowiedzi jest w oczywisty sposób niedotrzymany.

5.3.2. Warunek niezbędności

85. Wszelka regulacja stosunków społecznych i zachowań ludzi, w tym przede wszystkim taka, która łączy się z represją, musi stanowić reakcję na realne zagrożenia lub takie zagrożenia, które da się przewidzieć. Zarówno z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, jak i fundamentalnego dla polskiego porządku konstytucyjnego art. 2 Konstytucji RP można wyprowadzić wymóg, aby każda regulacja prawna była celowa w tym sensie, że zmierzałaby do rozwiązania realnych, a nie pozornych problemów. Takie wymogi co do prawodawczej refleksji stawia zresztą nie tylko Konstytucja RP, ale także m.in. § 1 Załącznika „Zasady techniki prawodawczej" do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej", jak również po prostu zdrowy rozsądek.

86. Przepis art. 55a Ustawy ma bardzo szeroki zakres normowania, zdecydowanie wykraczający poza problematykę sformułowań typu „polskie obozy śmierci". Ustawodawca w żaden sposób nie wykazał jednak potrzeby tak szerokiego ujęcia sankcjonowanego zachowania, w szczególności nie wskazał żadnych przykładów innych „zafałszowań" niż powszechnie znane przypadki użycia sformułowań „polskie obozy". W procesie prawodawczym nie wykazano zatem, aby tak szeroka regulacja była w rzeczywistości niezbędna. W tym kontekście art. 55a Ustawy (w jego szerokim ujęciu) nie stanowi reakcji na żadne realne ani też realnie przewidywalne zagrożenie, które wymagałoby wprowadzenia represji karnej.

87. Istnieją zresztą również poważne wątpliwości, czy art. 55a ulPN spełnia warunek niezbędności także w odniesieniu do sformułowań typu „polskie obozy śmierci". Projektodawca nie wykazał w projekcie Nowelizacji Ustawy przekonująco, aby dotychczas podejmowane środki (zabiegi dyplomatyczne, działalność edukacyjna, rosnąca liczba instrukcji prasowych w czasopismach zagranicznych uwrażliwiających dziennikarzy na kwestię precyzji sformułowań w tym zakresie) były niewystarczające, a zwłaszcza, aby wprowadzenie

omawianej regulacji miało zapewnić lepsze od nich efekty. Jest to tym bardziej znamienne, że Państwo Polskie pośrednio (za pomocą spółek Skarbu Państwa) łoży ogromne środki na Polską Fundację Narodową, której statutowym celem jest m.in. zabieganie o ochronę dobrego imienia Narodu i Państwa Polskiego. Projektodawcy nie wykazali, aby wykorzystanie tego instrumentu nie mogło przynieść lepszych efektów niż wprowadzenie omawianej regulacji.

88. Należy podkreślić, że nieefektywność Polskiej Fundacji Narodowej w aspekcie ochrony dobrego imienia Polski, mimo przeznaczenia ogromnych funduszy na ten cel, nie musi oznaczać, że wprowadzenie regulacji prawnokarnej w omawianym zakresie jest niezbędne. Równie dobrze może to oznaczać przykładowo, że instrument ten jest zarządzany nieefektywnie i że nie są wykorzystywane w pełni wszystkie jego możliwości (jak choćby działania w *social media*, czy „miękkie" wpływanie na opinię publiczną zagranicą). Projektodawca Nowelizacji uIPN w ogóle nie przeprowadził tego rodzaju ewaluacji, ani analizy, w związku z czym twierdzenie, że pozaregulacyjne, „miękkie" działania wyczerpały swój potencjał, jeśli chodzi o rozwiązanie problemu sformułowań typu „polskie obozy śmierci", jest co najmniej przedwczesne.

89. Wprowadzanie sankcji prawnokarnej i angażowanie autorytetu Państwa Polskiego oraz autorytetu prawa karnego w tak istotnym zakresie bez analizy i ewaluacji *ex post* dotychczasowych działań stanowi działanie pochopne i z punktu widzenia prawodawczego niepożądane.

90. W świetle powyższego, przepis art. 55a Ustawy nie spełnia również warunku niezbędności ograniczenia konstytucyjnej wolności słowa.

5.3.3. Warunek proporcjonalności sensu stricto

91. Istotą tego warunku jest to, aby wprowadzana regulacja nie była nadmierna w stosunku do potrzeby jej wprowadzenia. Innymi słowy, ustawodawca, ograniczając konstytucyjną wolność lub prawo powinien szczególnie ostrożnie dobierać środki legislacyjne i dbać o to, aby ciężary nakładane na jednostki, jak i potencjalne sankcje, nie wykraczały ponad poziom niezbędny dla osiągnięcia usprawiedliwionego konstytucyjnie celu regulacji:

> *„Zasada proporcjonalności wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji nakazuje, aby spośród skutecznych środków ograniczających korzystanie z wolności i praw wybierać środki najmniej uciążliwe dla jednostki. Przepis wprowadzający ograniczenie jest niezgodny z Konstytucją, jeżeli te same efekty można osiągnąć za pomocą środków, które w mniejszym zakresie ograniczają korzystanie z wolności lub prawa podmiotowego..."*[39].
>
> *„(...) Zasada ta kładzie szczególny nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w literaturze przedmiotu oznacza to, że spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby*

---

39 Wyrok TK z dnia 30 października 2006 r., sygn. P 10/06, OTK-A 2006/9/128.

wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowanie, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu"[40].

92. Jak już zostało wykazane powyżej, art. 55a Ustawy nie stanowi regulacji koniecznej w demokratycznym państwie z uwagi na niespełnienie warunków przydatności i niezbędności. Niezależnie jednak od tego, nawet gdyby hipotetycznie uznać, że te warunki pozostają spełnione, to i tak art. 55a Ustawy nie zdaje konstytucyjnego testu proporcjonalności właśnie z uwagi na nadmierność wprowadzanego ograniczenia konstytucyjnej wolności wypowiedzi.

93. Ustawodawca, jeśli już decyduje się na reakcję legislacyjną na zidentyfikowany problem, ma szeroki wybór różnych modeli regulacji. Regulacja prawnokarna, jako najbardziej dotkliwa dla obywateli, nie powinna być przez ustawodawcę rozważana jako pierwsza i zasadnicza, zwłaszcza w tak wrażliwym konstytucyjnie obszarze jak wolność słowa (fundament każdego demokratycznego państwa prawnego).

> *„Szeroko ujęta możliwość uruchamiania sankcji karnej w odniesieniu do wypowiedzi emitowanych przez środki przekazu musi wywoływać efekt hamujący i „mrożący" dla swobody debaty publicznej. Z tego punktu widzenia nie jest więc obojętne, czy akcent przy wyznaczaniu granic wolności wypowiedzi zostanie położony w ramach systemu prawa na instrumenty prawnokarne czy środki ochrony cywilnoprawnej*"[41].

94. Aktualnie polski porządek prawny przewiduje już możliwość dochodzenia ochrony dobrego imienia Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego na drodze cywilnoprawnej (znacznie mniej represyjnej niż regulacja prawnokarna). *Expressis verbis* taka możliwość została przewidziana w Ustawie w art. 53o-53p. Również jednak w poprzednim stanie prawnym (sprzed wprowadzenia art. 53o-53p Ustawy) nie ulegało wątpliwości, że takie środki były dostępne.

95. Polskie prawo, obudowane wieloletnim orzecznictwem sądów interpretujących przepisy Kodeksu cywilnego, przewiduje odpowiedzialność cywilną za wypowiedzi i akty, które godzą w dobre imię, godność lub naruszają inne dobra osobiste osoby poszkodowanej, takie jak zdrowie, wolność, swoboda sumienia (art. 23 Kodeksu cywilnego).

96. Katalog chronionych dóbr osobistych jest otwarty — obejmuje on nie tylko dobra wprost wymienione w przepisie, ale także i inne aspekty składające się na osobistą sferę doznań, przeżyć i tożsamości człowieka, którym polskie społeczeństwo przypisuje na tyle istotną wartość, by ich poszanowanie gwarantować prawnie[42]. Jak wskazał Sąd Najwyższy:

---

40 Wyrok TK z dnia 14 czerwca 2004 r., sygn. SK 21/03, OTK-A 2004/6/56.

41 Zdanie odrębne sędziego M. Safjana do wyroku TK z dnia 30 października 2006 r., sygn. P 10/06, OTK-A 2006/9/128.

42 Por. np.: A. Szpunar, Ochrona dóbr osobistych, Warszawa 1979, s. 106; M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. I*, 2002, komentarz do art. 23; S. Rudnicki, *Ochrona dóbr*

„obiektywnym kryterium i punktem odniesienia weryfikującym subiektywne przekonanie, przyjmujące określoną wartość za dobra osobiste, powinna być wyrażana przez społeczeństwo (lub jego zdecydowaną większość) opinia o tym, czy konkretna wartość zasługuje na uznanie jej za prawem chronione dobro osobiste"[43].

97. Katalog dóbr osobistych ma także charakter dynamiczny tj. zmienia się wraz ze zmianą warunków społeczno-gospodarczych[44]. Rozwinięciem powyższej zasady — będącej, jak się zdaje, specyficznym dorobkiem polskiego prawa i orzecznictwa — jest uznanie za uprawnienie podmiotowe „prawa do pamięci" o określonej osobie czy grupie osób, czy też do kultywowania pamięci o nich z poszanowaniem czci i dobrego imienia takich osób, w sposób niezakłócony wypowiedziami godzącymi w te wartości — zależne od istnienia ich szczególnej więzi z osobą poszukującą ochrony. Orzecznictwo stopniowo rozszerzało zakres „praw pamięci" podlegających ochronie cywilnoprawnej. W jednym z wyroków Sąd Najwyższy przyjął w szczególności, że prawa te obejmują także dumę narodową, czy też tradycję rodzinną[45]. Przyjmuje się, że ochronie podlega też fakt przynależności do określonej formacji wojskowej w okresie wojny, z którą jej członkowie silnie się identyfikują (w sprawie chodziło konkretnie o istnienie i działalność określonej formacji Armii Krajowej)[46].

98. Na tle zarysowanej powyżej koncepcji ochrony dóbr osobistych i ewolucji orzecznictwa polskich sądów należy rozważać pytanie, czy za dobro osobiste można uznać więź z grupą o charakterze narodowym lub też pamięć o losach tejże grupy. Dobra te można określić mianem tożsamości (względnie godności) narodowej czy też dziedzictwa narodowego. Choć w kwestii tej jeszcze nigdy nie wypowiedział się polski Sąd Najwyższy, w świetle wypowiedzi doktryny i orzecznictwa ostatnich lat na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć twierdząco: polskie prawo cywilne chroni poczucie tożsamości narodowej i pamięć narodową[47].

---

osobistych na podstawie art. 23 i 24 k.c. w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1985–1991, PS 1992/1//34.

43 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 2004 r., sygn. akt: I CK 484/03, Legalis: 65944.

44 Zob. uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 16 lipca 1993 r., I PZP 28/93, OSNC 1994/1/2: „Pojęcie to [tj. dóbr osobistych — autorzy] należy odnosić do określonego poziomu rozwoju technologicznego i cywilizacyjnego, przyjętych w społeczeństwie zasad moralnych i prawnych, istniejącego rodzaju stosunków społecznych, gospodarczych, nawet politycznych".

45 Zob. wyrok SN z dnia 28 lutego 2003 r., V CK 308/02, OSNC 2004/5/82 („tradycja rodzinna rozumiana jako dziedzictwo, spuścizna, utożsamianie się z dokonaniami i wartościami reprezentowanymi przez przodków jest dobrem osobistym, podlegającym ochronie na podstawie art. 23 i 24 k.c.").

46 Zob. wyrok SN z dnia z dnia 14 listopada 2000 r., III CKN 473/00, LEX nr 51881. Kryterium osobistej więzi Sąd Najwyższy posłużył się także w sprawie, w której powód żądał ochrony własnych uczuć religijnych w związku z obraźliwymi twierdzeniami pod adresem Papieża Jana Pawła II. Sąd stanął na stanowisku, iż „[z]*nieważenie Papieża może naruszać dobra osobiste – w postaci uczuć religijnych i przyjaźni – osoby duchownej, którą z Papieżem wiążą stosunek bliskości i szczególne więzi emocjonalne*". Wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2004 r., I CK 484/03, OSNC 2005/4/69, z aprobującą glosą B. Rakoczego, PS 2006/10/160.

47 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 31 marca 2016 r., sygn. akt: I ACa 971/15, Legalis: 1461122; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 29 września 2015 r., I ACa 403/15, LEX nr 1820409; wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 kwietnia 2016 r., I C 151/14, LEX nr 2124075; wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 23 lutego 2015 r., I C 726/13, LEX nr 1836004.

99. Fakt istnienia takiej cywilnoprawnej ochrony wprost zresztą potwierdził ustawodawca w ramach niedawno uchwalonej ustawy z dnia 22 marca 2018 r. o zmianie ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, która wprowadziła m.in. zmiany w art. 95 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, dodając do tego artykułu ust. 1b, zgodnie z którym nie pobiera się opłat od pozwu o ochronę dóbr osobistych w sprawie dotyczącej patriotycznych tradycji zmagań Narodu Polskiego z okupantami, nazizmem i komunizmem (przy czym pozew może być wniesiony również przez organizację pozarządową, której statutowym celem jest ochrona patriotycznych tradycji zmagań Narodu Polskiego z okupantami, nazizmem i komunizmem).

100. W związku z istnieniem cywilnoprawnej (a więc znacznie mniej represyjnej) ścieżki ochrony dobrego imienia Narodu Polskiego i Państwa Polskiego, wprowadzenie do porządku prawnego reżimu prawnokarnego takiej ochrony budzi poważne wątpliwości konstytucyjne. Są one tym większe, że do tej pory – poza nielicznymi przypadkami (*vide* np. sprawa K. Tendera p-ko ZDF) – możliwości cywilnoprawnej reakcji nie wykorzystywano na szerszą skalę. Zanim zweryfikowany zostanie zatem potencjał dostępnych środków cywilnoprawnych w omawianym aspekcie, brak jest konstytucyjnego uzasadnienia dla karnoprawnej ingerencji w wolność słowa. Dodatkowo, nawet jeśli zastosowanie istniejących środków cywilnoprawnych niekiedy może być utrudnione (przykładem mogą być opłaty od pozwów – problem ten udało się rozwiązać powołaną wyżej ustawą, co pokazuje, że ustawodawca ma możliwość niwelowania ewentualnych słabości cywilnoprawnej drogi ochrony dobrego imienia Narodu Polskiego i Państwa Polskiego za pomocą łagodniejszych rozwiązań niż art. 55a Ustawy), to rolą ustawodawcy jest w pierwszej kolejności identyfikacja przyczyn ewentualnych niedociągnięć legislacyjnych i zaproponowanie korekty istniejących rozwiązań, a dopiero w przypadku fiaska takich zabiegów rozważenie dalej idących środków, takich jak sankcje prawnokarne.

101. Z tych wszystkich względów ocenianej regulacji art. 55a Ustawy nie można uznać za dotrzymującą standardu proporcjonalności *sensu stricto*.

102. Podsumowując: art. 55a uIPN, jako ustawowe ograniczenie konstytucyjnie gwarantowanej wolności słowa, w tym zwłaszcza swobody wypowiedzi, wynikającej z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, stanowi nieproporcjonalne ograniczenie tej wolności, niezgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Por. także F. Rakiewicz, Poczucie tożsamości narodowej jako dobro osobiste w świetle polskiego prawa cywilnego, cz. 1–3, SPP 2011/2, 3–4 i 2012/1. Autor trafnie definiuje poczucie tożsamości narodowej „jako stan wolny od ingerencji w zespół zachowań, przekonań i poglądów człowieka związanych z uczestnictwem we wspólnocie narodowej zorganizowanej we własnym państwie, z którą identyfikuje się osoba ludzka". Podobnie P. Księżak [w:] P. Księżak i M. Pyziak-Szafnicka (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, wyd. II, LEX 2014, komentarz do art. 23, Nb.: 117.

VI. ART. 55A UIPN NIE SPEŁNIA STANDARDÓW OKREŚLONOŚCI PRZEPISÓW PRAWA I PRZYZWOITEJ LEGISLACJI (ART. 2 KONSTYTUCJI RP) ORAZ OKREŚLONOŚCI SANKCJI KARNEJ (ART. 42 KONSTYTUCJI RP)

103. Przedmiotem analizy objęte są przede wszystkim dwa typy przestępstwa wskazane w art. 55a Ustawy (typ umyślny i nieumyślny).

6.1. Analiza językowo-logiczna art. 55a Ustawy

6.1.1. Trudności z wykładnią pojęć „Naród Polski" i „Państwo Polskie" jako podmiotów obciążanych „wbrew faktom" odpowiedzialnością za wskazane w Ustawie zdarzenia historyczne

104. Pierwsza część omawianego przepisu zawiera sformułowanie: „*Kto publicznie i wbrew faktom przypisuje Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu* (...)". Ustalenie zakresu stosowania art. 55a Ustawy należy więc rozpocząć od odkodowania znaczenia pojęć Narodu Polskiego i Państwa Polskiego, użytych przez ustawodawcę. Jak wyjaśnia projektodawca w uzasadnieniu projektu Ustawy (str. 10) „Naród Polski" to, zgodnie z preambułą Konstytucji RP „wszyscy obywatele Rzeczypospolitej". Projektodawcy nie wyjaśniają natomiast w uzasadnieniu projektu Ustawy pojęcia „Państwa Polskiego" (użytego wszak w Ustawie), nawiązując jedynie do Rzeczypospolitej Polskiej. Należy jednak uznać, że obydwa sformułowania odnoszą się do bytu stanowiącego Państwo Polskie i nie wymagają one dalszego doprecyzowania.

105. Odwołanie do pojęcia „Narodu Polskiego" budzi jednak już na wstępie wątpliwości, czy wskazany zakres („wszyscy obywatele Rzeczypospolitej") odnosi się do:

(1) abstrakcyjnego bytu kolektywnego, jakim jest Naród Polski, czy też:

(2) każdej osoby spośród wszystkich osób wchodzących w skład pojęcia Narodu Polskiego (w tym nie jest jasne, czy wystarczające jest aby osoby te wykazywały przynależność etniczną do Narodu Polskiego, czy też muszą być, zgodnie z powyższym, obywatelami RP).

106. Innymi słowy, nie jest jasne, czy art. 55a ulPN stanie się podstawą do ścigania osób, które fakty wskazane w dalszej części przepisu przypisują określonej lub nieokreślonej osobie posiadającej polskie obywatelstwo (lub, w innej wersji interpretacyjnej, osobie narodowości polskiej), czy też grupie osób posiadających polskie obywatelstwo, czy wręcz przeciwnie – podstawa do ścigania zaistnieje wyłącznie wtedy, gdy fakty te zostaną przypisane Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu jako bytom abstrakcyjnym.

107. Jak wyjaśnia w swoim stanowisku Sejm RP:

> *„zwrot <<przypisuje Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu>> odpowiedzialność lub współodpowiedzialność oznacza, że czynność sprawcza opisywanego przestępstwa zawiera się w obciążaniu odpowiedzialnością za zbrodnie wymienione w art. 55a ustawy o IPN Państwa Polskiego lub całego Narodu Polskiego, bądź też na*

wskazywaniu ich jako sprawców lub organizatorów wymienionych zbrodni. (...) Odpowiedzialność karna będzie zatem dotyczyła obciążania <<Narodu Polskiego>> lub <<Państwa Polskiego>>, a nie konkretnych Polaków, którzy dopuścili się zbrodni określonych w art. 55a ustawy o IPN. Przepis art. 55a ustawy o IPN pozostawia poza zakresem normowania przypisywanie odpowiedzialności lub współodpowiedzialności za popełnione przez III Rzeszę Niemiecką zbrodnie nazistowskie pojedynczym Polakom, czy nawet Polakom działającym w grupie lub nawet zorganizowanej grupie. Nie stanowią oni bowiem Narodu Polskiego." (str. 19 i 22 Stanowiska Sejmu).

108. Podobne stanowisko zaprezentował w ww. zakresie Prokurator Generalny, wskazując, że:

„Jednocześnie doprecyzowanie, że <<Naród Polski>> to <<wszyscy obywatele>> pozwala na kategoryczne przesądzenie, że pojęcie to nie obejmuje poszczególnych jednostek, które cechują lub cechowały się posiadaniem obywatelstwa polskiego, ani też grup ludzi charakteryzujących się tym przymiotem" (str. 9 Stanowiska Prokuratora Generalnego), *„Niezależnie od rozumienia pojęcia <<Naród Polski>>, poza zakresem penalizacji przewidzianej w art. 55a uIPN pozostają więc wszelkiego rodzaju wypowiedzi, dotyczące karygodnych, drastycznych działań poszczególnych obywateli polskich (czy osób narodowości polskiej), a nawet grup tego rodzaju osób. Nie może więc być mowy o możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej z art. 55a uIPN osób, które wypowiadają się o karygodnych zachowaniach tak określonych podmiotów, nawet jeśli wypowiedzi te nie są zgodne z faktami.*" (str. 10 Stanowiska Prokuratora Generalnego).

109. Z proponowanym wyżej rozumieniem pojęcia „Narodu Polskiego" i „Państwa Polskiego" na potrzeby odkodowania normy art. 55a Ustawy należy się zgodzić, nie przekreśla to jednak niejednoznaczności przepisu, a wręcz go potęguje, co pokaże jego dalsza analiza zawarta poniżej.

6.1.2. Wadliwe stypizowanie czynu zabronionego polegającego na „przypisaniu odpowiedzialności" za zbrodnie nazistowskie i inne przestępstwa „Narodowi Polskiemu" lub „Państwu Polskiemu"

110. W świetle wyżej wskazanego rozumienia „Narodu Polskiego" i „Państwa Polskiego" powstaje istotna wątpliwość, czy bytom tym można w ogóle przypisać odpowiedzialność lub współodpowiedzialność za zbrodnie lub przestępstwa (jakiekolwiek).

111. Jeśli ustawodawca poprzez „przypisanie odpowiedzialności" rozumie „przypisanie odpowiedzialności prawnej (karnej)" za popełnienie wskazanych w przepisie przestępstw, to nie ulega wątpliwości, że ani Naród Polski, ani Państwo Polskie nie są zdolne do ponoszenia tego rodzaju odpowiedzialności. W polskim systemie prawnym co do zasady odpowiedzialność karną ponoszą sprawcy przestępstw będący osobami fizycznymi (a nie (poza wyjątkami dot. quasi karnej odpowiedzialności podmiotów zbiorowych) byty abstrakcyjne, a nawet jednostki organizacyjne czy osoby prawne). Co więcej, również

w innych systemach prawnych nie jest spotykane, aby odpowiedzialność prawnokarna mogła być przypisana państwu lub całym grupom etnicznym. Całkowicie teoretycznie można sobie wyobrazić, że sprawca czynu zabronionego stypizowanego w art. 55a ulPN poprzez swoją wypowiedź przypisze takim abstrakcyjnym bytom (Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu) odpowiedzialność karną (tj. wskaże te byty jako sprawców) za wymienione w przepisie przestępstwa. Będzie to jednak stwierdzenie logicznie wewnętrznie sprzeczne i jako takie *explicite* nieprawdziwe. Zakładając więc hipotetycznie, że tak właśnie rozumie treść art. 55a Ustawy ustawodawca (i zakładając, że tak byłby on rozumiany w praktyce jego stosowania), jasnym byłoby, że znajdujące się w art. 55a ulPN *in principio* sformułowanie „(...) *wbrew faktom* (...)" stanowiłoby *superfluum* i byłoby tym samym zbędne.

112. Opierając się więc na założeniu racjonalnego ustawodawcy należy uznać, że nie było jego wolą objęcie zakresem zastosowania art. 55a Ustawy całkowicie hipotetycznego i mało prawdopodobnego zachowania, a przynajmniej, że w intencji ustawodawcy przepis miał obejmować nie tylko tego rodzaju zachowanie. W tym miejscu pojawia się jednak pytanie, o jakie inne zachowania może chodzić ustawodawcy, ponieważ z całą pewnością wola objęcia zakresem sankcjonowania innych zachowań (niż opisane powyżej) nie wynika *expressis verbis* z tekstu przepisu. Grozi to istotnym ryzykiem, że analizowany przepis karny będzie poddawany (w celu umożliwienia jego stosowania w ogóle) wykładni rozszerzającej przez organy ścigania i sądy orzekające w sprawach karnych. Taką potencjalnie rozszerzającą wykładnię omawianego przepisu karnego można sobie wyobrazić przykładowo jako:

(1) przyjęcie, że art. 55a ulPN obejmuje też zachowania polegające na przypisywaniu Państwu Polskiemu (a ściślej organom tego Państwa) odpowiedzialności za działania, których dopiero konsekwencją było popełnienie wskazanych w przepisie przestępstw przez poszczególne osoby (przykładowo, wskazanie, że określony organ Państwa Polskiego wydał funkcjonariuszom Państwa Polskiego lub jakimkolwiek innym osobom - sprawcom (nie jest jasne, czy rozważać tu należy wyłącznie sprawców posiadających polskie obywatelstwo czy też również sprawców nie posiadających tej cechy) polecenie popełnienia któregoś z rozważanych czynów); nie ulega natomiast wątpliwości, że ten kierunek wykładni zawodzi w odniesieniu do przypisywania odpowiedzialności Narodowi Polskiemu, ponieważ nie posiada on organów i logicznie nie jest zdolny do podjęcia jakiejkolwiek decyzji czy wydania rozkazu[48];

(2) przyjęcie, że art. 55a ulPN obejmuje zachowania polegające na przypisaniu Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu wyłącznie moralnej odpowiedzialności za popełnione przestępstwa. Abstrahując od faktu, że taka wykładnia nie wynika z tekstu przepisu, jest też oczywiste, iż odwoływanie się do pojęć tak ocennych i nieuchwytnych jak „moralna odpowiedzialność" nie spełnia kryterium określoności

---

48 Pomijamy w tym miejscu niezwiązane z okolicznościami niniejszej sprawy sformalizowane działania Narodu Polskiego przejawiające się w decyzji podjętej w ramach referendum ogólnokrajowego.

regulacji prawnokarnej. Dodatkowo, zachowania polegającego na przypisaniu „odpowiedzialności moralnej" nie sposób zweryfikować za pomocą kryterium prawda/fałsz, co całkowicie przekreślałoby sens przepisu.

113. Wadliwość redakcji art. 55a Ustawy w omawianym w tej części Opinii zakresie polega na tym, że aby doprowadzić do możności zastosowania tego przepisu, należałoby odejść od jego treści, co samo w sobie prowadzi już do wniosku o niedopuszczalności takiej jego redakcji. To realne ryzyko, będące konsekwencją daleko idącej nieprecyzyjności art. 55 ulPN, nie zdaje testu zgodności z art. 2 i 42 Konstytucji RP. Ponadto, nawet przyjęcie odbiegających od tekstu przepisu wersji jego wykładni, nie daje pewności, że uda się precyzyjnie ustalić zakres sankcjonowania.

6.1.3. *Wadliwe stypizowania czynu zabronionego polegającego na „przypisaniu odpowiedzialności" za przestępstwa „popełnione przez III Rzeszę Niemiecką"*

114. Analizowany przepis przewiduje sankcję karną za przypisywanie wskazanym powyżej bytom abstrakcyjnym (Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu) odpowiedzialności lub współodpowiedzialności za przestępstwa popełnione (jak należy rozumieć w rzeczywistości) przez III Rzeszę Niemiecką. Co istotne, również sama III Rzesza Niemiecka (historyczna nazwa państwa niemieckiego w latach 1933-1945) jest jedynie bytem abstrakcyjnym, niezdolnym do ponoszenia odpowiedzialności karnej za jakiekolwiek przestępstwa popełnione w jej imieniu przez osoby fizyczne, ponoszące odpowiedzialność karną za swoje czyny. Innymi słowy, III Rzesza Niemiecka *per se* nie była i nie mogła być sprawcą w rozumieniu przepisów prawa karnego któregokolwiek ze wskazanych w przepisie przestępstw. Wynika to zresztą nawet z powołanego w art. 55a ust. 1 Ustawy Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej. Dotyczy ono bowiem sądzenia i karania osób fizycznych – sprawców przestępstw wojennych (*vide* m.in. Art. VI Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego), popełnionych w interesie państw Osi Europejskiej; osoby te ponoszą osobistą odpowiedzialność za te przestępstwa.

115. Zatem redakcja art. 55a Ustawy jest także w powyższym aspekcie nieprecyzyjna. Przyjęcie wykładni wynikającej z tekstu przepisu powodowałoby, że nie dałoby się go zastosować. W czystym znaczeniu prawnym (a nie publicystycznym czy historycznym) przestępstwa popełniła nie III Rzesza Niemiecka lecz poszczególni funkcjonariusze III Rzeszy Niemieckiej). Paradoksalnie więc, kierując się treścią przepisu, należałoby uznać, że każda osoba, która przypisze Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność za jakiekolwiek przestępstwo wojenne popełnione podczas II Wojny Światowej, niezależnie od prawdziwości albo fałszu takiego stwierdzenia, byłaby wolna od odpowiedzialności, ponieważ literalna treść art. 55a Ustawy nie pozwala na pociągnięcie takiej osoby do odpowiedzialności karnej (żadne z przestępstw wojennych popełnionych podczas II Wojny Światowej nie zostało „popełnione przez III Rzeszę Niemiecką"). Sformułowanie „popełnione przez III Rzeszę Niemiecką zbrodnie" nie ma desygnatów, a zatem również cały art. 55a ulPN nie ma i nie będzie miał desygnatów.

116. Aby doprowadzić do możności zastosowania art. 55a Ustawy należałoby więc, znowu, odejść od treści tego przepisu i przyjąć zupełnie inne jego rozumienie, niż wprost z niego wynikające. Nie jest jednak jasne (ponieważ omawiany przepis nie daje w tym zakresie żadnych wskazówek) w którym kierunku taka wykładnia miałaby pójść. Tymczasem możliwości są różne, mogło wszak chodzić przykładowo o:

(1) zbrodnie i przestępstwa wojenne popełnione przez którychkolwiek funkcjonariuszy publicznych państwa niemieckiego (III Rzeszy Niemieckiej);

(2) zbrodnie i przestępstwa wojenne popełnione przez którychkolwiek obywateli państwa niemieckiego (III Rzeszy Niemieckiej);

(3) zbrodnie i przestępstwa wojenne popełnione, na rozkaz władz III Rzeszy Niemieckiej, przez jej obywateli (np. zbrodnie żołnierzy Wehrmachtu i funkcjonariuszy SS);

(4) zbrodnie i przestępstwa popełnione na rozkaz władz wszystkich państw Osi Europejskiej (a więc Rzeszy Niemieckiej, a także jej europejskich sojuszników), przez obywateli tych państw;

(5) zbrodnie i przestępstwa popełnione przez jakiekolwiek osoby fizyczne współpracujące z władzami okupacyjnymi III Rzeszy Niemieckiej (kolaborantów III Rzeszy Niemieckiej), np. osoby narodowości ukraińskiej, francuskiej, gruzińskiej, łotewskiej, estońskiej, rosyjskiej, holenderskiej, belgijskiej, litewskiej, służące w niektórych formacjach wojskowych lub policyjnych III Rzeszy Niemieckiej (Waffen-SS, obsługa niemieckich obozów zagłady, etc.);

(6) zbrodnie popełnione przez jakiekolwiek osoby z inspiracji lub za przyzwoleniem władz okupacyjnych III Rzeszy Niemieckiej, np. przez tzw. szmalowników.

6.1.4. Konstytucyjny standard określoności przepisów prawa karnego

117. Podstawowym wzorcem kontroli konstytucyjnej w odniesieniu do zasady określoności przepisów prawa karnego (jakim jest art. 55a Ustawy) jest art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, uzupełniony standardem określoności prawa wynikającym z art. 2 Konstytucji RP. Zasady te są odzwierciedleniem kluczowej dla oceny regulacji prawnokarnej reguły *nullum crimen sine lege*, a ściślej jednej z jej aspektów: *nullum crimen sine lege certa* (określenie znamion przestępstwa w sposób maksymalnie dokładny)[49].

118. W odniesieniu do zasady wynikającej z art. 2 Konstytucji, w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego formułuje się następujący test określoności prawa, na który składają się trzy kryteria:

---

49 Wyrok TK z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08. Por. też A. Rychlewska, Zasada nullum crimen sine lege na tle współczesnej idei państwa prawa, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych preprint 7/2017, str. 2.

(1) precyzyjność regulacji prawnej, tj. konkretność regulacji praw i obowiązków, tak by ich treść pozwalała na ich wyegzekwowanie,

(2) jasność przepisu, tj. zrozumiałość dla adresatów[50], oraz

(3) legislacyjna poprawność, tj. spełnienie wymogów co do technicznej strony legislacyjnej[51].

119. Trybunał wielokrotnie podkreślał również, że:

(1) norma karna powinna wskazywać w sposób jednoznaczny zarówno osobę, do której skierowany jest zakaz, znamiona czynu zabronionego, jak i rodzaj sankcji grożącej za popełnienie takiego czynu;

(2) zasada określoności wskazana w art. 42 Konstytucji nakazuje ustawodawcy takie wskazanie czynu zabronionego (jego znamion), aby zarówno dla adresata normy prawnokarnej, jak i organów stosujących prawo i dokonujących odkodowania treści regulacji w drodze wykładni normy prawa karnego nie budziło wątpliwości to, czy określone zachowanie *in concreto* wypełnia te znamiona;

(3) skoro ustawa wprowadza sankcję w wypadku zachowań zabronionych, nie może pozostawiać jednostki w nieświadomości czy nawet niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony pod groźbą takiej sankcji[52].

120. Zasada *nullum crimen sine lege certa* nie wyklucza użycia w przepisie zwrotów niedookreślonych lub ocennych, niemniej jednak taka praktyka jest dopuszczalna jedynie pod warunkiem *„jeśli ich* [tj. zwrotów niedookreślonych, ocennych] *desygnaty można ustalić"*[53]. Przy tym jednak, ustalenie znaczenia i desygnatów takich pojęć niedookreślonych musi znajdować oparcie w dotychczasowym dorobku doktryny prawa i orzecznictwa[54] oraz mieć

---

50 Jasność przepisu oznacza obowiązek tworzenia unormowań klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, por. G. Koksanowicz, *Zasada określoności przepisów w procesie stanowienia prawa*, Studia Iuridica Lublinensia 2014, nr 22, str. 474. Tak też TK w wyroku z dnia 18 marca 2010 r., sygn. K 8/08: *„Jasność przepisu gwarantować ma jego komunikatywność względem adresatów, przy czym chodzi o zrozumiałość przepisu na gruncie języka powszechnego. Niejasność przepisu w praktyce oznacza niepewność sytuacji prawnej adresata normy i pozostawienie jej ukształtowania organom stosującym prawo"*.

51 Wyrok TK z dnia 28 października 2009 r., sygn. KP 3/09.

52 Wyrok TK z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08; wyrok TK z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02: „Konstytucja w art. 42 ust. 1 stanowi o "czynie zabronionym". Chodzi zatem o konkretne (skonkretyzowane) zachowanie, jakie można przypisać pewnej jednostce. Jakkolwiek zachowanie to może polegać na różnych aktach (działaniu, zaniechaniu), nie budzi wątpliwości, iż na gruncie wspomnianego przepisu konieczne jest precyzyjne jego wskazanie (dookreślenie). W konsekwencji jakiekolwiek wskazanie ogólnikowe, umożliwiające daleko idącą swobodę interpretacji co do zakresu znamion czynu zabronionego czy pewnego typu kategorii zachowań, nie może być traktowane jako spełniające wymóg określoności na gruncie art. 42 ust. 1 Konstytucji. *(...)* Jak słusznie zaznaczył w jednym z orzeczeń niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny, "samo ryzyko karalności powinno być rozpoznawalne dla adresatów normy" (BVerfG, 2 BvR 1881/99 z 26 kwietnia 2000 r.)."

53 Wyrok TK z dnia 12 września 2005 r., sygn. SK 13/05; por. też wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05; wyrok TK z dnia 28 stycznia 2003 r., sygn. K 2/02.

54 *Ibidem*, SK 13/05.

podstawę aksjologiczną w świadomości prawnej jednostek[55], tj. nie może następować autonomicznie, *ad casu*, w procesie stosowania już wprowadzonego do porządku prawnego przepisu przez organy państwa[56].

121. Jak dodaje Trybunał:

> *„Spełnienia najwyższych wymogów określoności przepisów wymagać należy od przepisów prawa karnego, które ingerują w sferę wolności słowa. Jej znaczenie w demokratycznym społeczeństwie było wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie Trybunału, w tym w wyrokach dotyczących konstytucyjności przepisów prawa karnego"*[57].

122. Ponadto, z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP wynika jeszcze wymóg ustawowego określenia znamion czynu zabronionego pod groźbą kary. Standardu tego nie będzie wypełniała regulacja, w odniesieniu do której znamion tych nie będzie można odtworzyć precyzyjnie w ramach wykładni przepisu karnego, tj. nie będzie można określić na podstawie ustawy ich „konturu" znaczeniowego[58].

123. Reasumując, Trybunał Konstytucyjny, w odniesieniu do określoności przepisów prawa karnego, wskazuje przede wszystkim na to, że znamiona czynu zabronionego powinny zostać określone w sposób pozwalający na ustalenie ich zakresu znaczeniowego i desygnatów. O ile nie wyklucza to całkowicie posłużenia się zwrotami niedookreślonymi, to jednak ustawodawca powinien posługiwać się zwrotami, których treść normatywną można odkodować w oparciu o reguły językowe oraz dotychczasowy dorobek nauki prawa i judykatury.

6.1.5. Podsumowanie

124. Wachlarz możliwych propozycji interpretacyjnych art. 55a Ustawy jest tak duży, że żadna z osób potencjalnie objętych jego zastosowaniem nie będzie w stanie *a priori* przewidzieć, czy jej wypowiedź mieści się w zakresie zastosowania tego przepisu czy nie. Dodatkowo, użyte w przepisie pojęcia w dużej mierze – w ramach językowo-logicznej analizy – nie pozwalają na zidentyfikowanie ich desygnatów, co nie wypełnia wynikających z orzecznictwa TK wymogów

---

55 J. Zaleśny, Określoność przepisów prawa na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2011/1, str. 162: *„W związku ze stosowaniem pojęć nieostrych istotne znaczenie ma to, czy mają one ugruntowaną w świadomości prawnej jednostek podstawę aksjologiczną, z której wynika konkretny normatywny imperatyw"*.

56 Por. wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05; tak też wyrok TK z dnia 22 lutego 2014 r., sygn. SK 65/12.

57 Wyrok TK z dnia 19 lipca 2011 r., sygn. K 11/10.

58 Por. wyrok TK z dnia 28 czerwca 2005 r., sygn. SK 56/04 i powołane tam orzecznictwo. Zob. też: „W demokratycznym państwie prawnym funkcją prawa karnego jest nie tylko ochrona państwa i jego instytucji, ochrona społeczeństwa i poszczególnych jednostek przed przestępcami, ale także ochrona jednostki przed samowolą organów państwa. Prawo karne stwarza dla władzy barierę, za którą jednostka ma się czuć bezpiecznie. Bez przekroczenia pola zabronionego pod groźbą kary, nie może być pociągnięta do odpowiedzialności karnej. Prawo karne musi wyznaczać wyraźne granice między tym, co jest dozwolone, a tym, co jest zabronione. Bariera, którą wytwarza nie może być ruchoma, swobodnie przenoszona, czy w inny sposób podległa instrumentalnemu wykorzystywaniu przez organy władzy publicznej. W sposób precyzyjny i ścisły musi władzę ograniczać" (J. Zaleśny, *Zasady prawidłowej legislacji*, Studia Politologiczne Vol. 13, str. 19).

dotyczących użycia zwrotów niedookreślonych w przepisach prawa, a zwłaszcza w przepisach prawa karnego. Niejasność co do znaczenia użytych w art. 55a ulPN pojęć rodzi wręcz obawę, że organy ścigania będą stosowały ten przepis w odniesieniu do zachowań, które nie są wprost objęte jego zakresem – ryzyko to ma podstawy, ponieważ (jak wykazały powyższe rozważania) w innym przypadku najprawdopodobniej omawianego przepisu w ogóle nie będzie się dało zastosować.

125. Tymczasem, jak wynika z przedstawionego w pkt 117 i nast. dorobku Trybunału w zakresie określoności przepisów prawa karnego, taka sytuacja prowadzi do negatywnej konstytucyjnej oceny omawianego przepisu. Ponadto, jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w innych rozpatrywanych przez siebie sprawach: „*wykluczyć natomiast należy niedoprecyzowanie jakiegokolwiek elementu tej normy, które pozwalałoby na dowolność w jej stosowaniu przez właściwe organy władzy publicznej czy na "zawłaszczanie" przez te organy pewnych sfer życia i penalizowanie zachowań, które nie zostały expressis verbis określone jako zabronione w przepisie prawa karnego. Stwarzać to może bowiem nie tylko wskazany już stan niepewności po stronie jednostki co do zakresu zachowań dozwolonych i niedozwolonych, lecz również w sposób sprzeczny z konstytucyjną zasadą państwa prawa prowadzić może do dowolności orzekania i w skrajnych przypadkach może stanowić niebezpieczne narzędzie nacisku aparatu państwowego na obywateli. Wszystko to składa się na tzw. samowolę państwa, która w demokratycznym państwie prawa nie jest dopuszczalna*"[59], a „*zasada określoności przepisów prawa jako jedna z zasad prawidłowej legislacji w istocie rzeczy zabezpieczać ma adresata normy prawnej przed zastępowaniem ustawodawcy w kształtowaniu materialnych treści prawa przez organ stosujący prawo*"[60].

126. Tak istotne wątpliwości interpretacyjne muszą w konsekwencji prowadzić do wniosku, że omawiany przepis nie spełnia wymogu określoności regulacji prawnokarnej, gdyż w jego przypadku „ryzyko karalności" nie jest dostatecznie rozpoznawalne dla adresatów normy prawnej.

6.2. Typ nieumyślny przestępstwa. Art. 55a ust. 2 Ustawy

127. Zgodnie z art. 9 § 2 Kodeksu karnego:

> „*Czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć*".

128. Ustawodawca, projektując art. 55a ust. 2 ulPN, założył zatem możliwość wystąpienia takich sytuacji, w których osoba publicznie przypisująca wbrew faktom Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność za zbrodnie III Rzeszy:

---

59 Wyrok TK, SK 22/02, Dz.U.2003.206.2012.

60 G. Koksanowicz, *op.cit.*, str. 476. Por. też wyrok TK z dnia 30 października 2001 r., sygn. K 33/00, OTK 2001/7/217.

(1) nie ma zamiaru popełnienia tak stypizowanego czynu;

(2) popełnia go jednak wskutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach;

(3) a popełnienie czynu przewidywała lub mogła przewidzieć.

129. Trudno sobie wyobrazić, aby osoba – dostatecznie poinformowana o odmiennym kształcie rzeczywistości historycznej – formułując wypowiedź dotyczącą przypisania Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialności za zbrodnie III Rzeszy działała bez zamiaru powiedzenia tego, co powiedziała – czyli przypisania Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialności. Wymagałoby to stwierdzenia, że osoba używająca (przykładowo) sformułowania „polskie obozy zagłady" nie miała nigdy zamiaru przypisania Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialności za powstanie i działanie stworzonych i zarządzanych przez nazistowskie Niemcy w okupowanej Polsce obozów zagłady takich jak Auschwitz-Birkenau czy Treblinka (i wcale nie myśli, że to Polacy je zbudowali i zamordowali w nich miliony ludzi), lecz użyła tego sformułowania np. w celu geograficznego wskazania lokalizacji tych miejsc zagłady, co jednak stanowiło naruszenie obiektywnych reguł ostrożności, które wymagają od nadawcy wypowiedzi rozważenia, czy jej konstrukcja i kontekst nie mogą doprowadzić pewnej grupy odbiorców do przekonania, że nadawca przypisuje Narodowi lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność za te obozy. Problem jednak w tym, że takie obiektywne reguły ostrożności nie istnieją. Można bowiem wymagać od adresatów normy prawnej, aby nie formułowali nieprawdy, ale nie sposób wymagać od nich, by ich wypowiedzi były na tyle precyzyjne, że wykluczona byłaby interpretacja ich wypowiedzi przez odbiorców w kierunku znaczenia niezgodnego z faktami historycznymi.

130. Co więcej, sam art. 55a ust. 1 Ustawy nie kreuje obiektywnych reguł ostrożności (czyli reguł obowiązujących przeciętną osobę w omawianych okolicznościach), które wymagałyby od nadawcy wypowiedzi rozważenia, czy jej konstrukcja i kontekst nie mogą doprowadzić pewnej grupy odbiorców do przekonania, że nadawca przypisuje Narodowi lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność za wskazane w przepisie czyny. Wobec braku w ustawie obiektywnych reguł ostrożności, objęcie sprawcy odpowiedzialnością wymagałoby stwierdzenia, że reguły ostrożności, których naruszenie jest warunkiem nieumyślności, mogą w świetle art. 55a ust. 1 Ustawy mieć charakter subiektywny (a zatem że mogą być to reguły, którymi kierowałby się, np. z uwagi na posiadaną wiedzę lub pochodzenie - odbiorca wypowiedzi, dlatego też odczytał w określony sposób wypowiedź nadawcy), a nie obiektywny. W takiej sytuacji jednak na gruncie art. 55a Ustawy, nie będzie można przypisać sprawcy nieumyślności, ani umyślności, skoro przypisanie odpowiedzialności lub jej braku ma zależeć od odbioru wypowiedzi przez jej odbiorców.

131. Natomiast w każdym innym przypadku, np. stwierdzeniu, że to Polska rozpętała II Wojnę Światową – zamiar sprawcy będzie oczywisty, więc nieumyślność co do znamienia „przypisania" będzie wykluczona.

132. Poszukując zatem zachowań, które mieściłyby się w ramach art. 55a ust. 2 uIPN, należy odnieść się do analizy tego, czy sprawca posiadał wiedzę, że formułowana przez niego wypowiedź koliduje z faktami (pozostaje „wbrew faktom").

133. Oczywiście nie chodzi w tym przypadku o takie zachowania, w ramach których sprawca błędnie zakłada, że Naród Polski lub Państwo Polskie odpowiada za zbrodnie lub przestępstwa wskazane w art. 55a ust. 1 Ustawy, o ile błąd ten jest usprawiedliwiony. W takiej sytuacji nie dochodzi bowiem w ogóle do popełnienia przestępstwa z uwagi na wyłączenie, o którym mowa w art. 28 § 1 Kodeksu karnego.

134. Omawiana w art. 55a ust. 2 Ustawy sytuacja może więc dotyczyć np. okoliczności, w których sprawca błędnie uznaje, że odpowiedzialność za zbrodnię lub przestępstwo, które w świetle faktów „zostało popełnione przez III Rzeszę", należy przypisać Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu, a błąd ten nie jest usprawiedliwiony.

135. Rozpatrując to na przykładzie sformułowań typu „polskie obozy zagłady" i przyjmując założenie, że intencją sprawcy formułującego taką wypowiedź było przypisanie Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu (co wcale nie jest oczywiste, a nieudowodnienie tego rodzaju zamiaru będzie wykluczało przyjęcie, że doszło do „przypisania") odpowiedzialności za powstanie i istnienie obozów zagłady takich jak Auschwitz-Birkenau czy Treblinka, wymagałoby stwierdzenia, że:

(1) stan wiedzy sprawcy wskazywał na to, że, to Naród Polski lub Państwo Polskie odpowiada za stworzenie obozów zagłady;

(2) błąd ten nie był usprawiedliwiony.

136. Kluczowe dla zidentyfikowania czynów mieszczących się w zakresie art. 55a ust. 1 uIPN, a mających charakter nieumyślny, jest zatem znalezienie sytuacji, w których błędny stan wiedzy sprawcy nie był usprawiedliwiony.

137. W świetle wykładni art. 28 § 1 Kodeksu karnego, z błędem usprawiedliwionym mamy do czynienia wtedy, gdy sprawca nie miał powinności i możliwości uzyskania informacji pozwalających mu na uniknięcie błędu i, następnie, nie miał obiektywnej możliwości uniknięcia błędu w konkretnych okolicznościach, w jakich się znajdował[61].

138. Podstawowy wpływ na ocenę zachowania stypizowanego w art. 55a Ustawy w omawianym zakresie będzie miał zatem dostęp sprawcy do edukacji historycznej i odpowiednich źródeł informacji czy też jego wykształcenie. Fakt, że wiedza dotycząca Holokaustu i jego historii jest dostępna, nie oznacza jeszcze, że każdy – niezależnie od swojego wykształcenia i kraju zamieszkania – ma do niej jednakowy dostęp i jednakową możliwość objęcia swoją świadomością okoliczności historycznych związanych z Holokaustem (zwłaszcza w kontekście

---

61 Por. M. Królikowski, R. Zawłocki, uwagi do art. 28, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1-116*, Warszawa 2017; A. Zoll, uwagi do art. 28 [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52*.

art. 55b ulPN i możliwości ścigania za tego rodzaju wypowiedzi dokonane również poza terytorium Polski). Prowadzi to do konieczności kazuistycznych ustaleń w tym zakresie, które bardzo często nie będą możliwe. W rezultacie możliwość przypisania komukolwiek odpowiedzialności za typ nieumyślny omawianego przestępstwa będzie bardzo ograniczona, jeśli w ogóle możliwa.

139. Istnieje w konsekwencji istotne ryzyko, że art. 55a ust. 2 Ustawy stanie się w rzeczywistości narzędziem wykorzystywanym wszędzie tam, gdzie organy ścigania nie będą miały dostatecznych podstaw do postawienia zarzutów umyślnego popełnienia omawianego czynu (a nie taka jest funkcja typu nieumyślnego przestępstwa). Innymi słowy, w przypadku sformułowań takich jak „polskie obozy zagłady" należy wyrazić obawę, że typ nieumyślny omawianego przestępstwa – wobec prawdopodobnego braku możliwości wykazania przestępnego zamiaru sprawców – stanie się głównym narzędziem ścigania, jednak niekoniecznie w związku z czynami spełniającymi przesłanki nieumyślnej formy przestępstwa (tj. będzie stosowany wszędzie tam, gdzie wypowiedziom sprawców nie będzie się dało przypisać jednoznacznej intencji obarczenia Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego odpowiedzialnością za Holokaust).

140. Warto w tym miejscu przypomnieć, że w sprawie *Vajnai p. Węgrom* (nr 33629/06) ETPCz zajął stanowisko, zgodnie z którym wszelkie ograniczenia wolności słowa są dopuszczalne, o ile istnieje jasna, nagląca i szczególna potrzeba społeczna. W tym kontekście należy negatywnie ocenić ogólny zakaz używania symboli, które mogą mieć wielorakie znaczenie i tylko w stosunku do niektórych z tychże znaczeń ograniczenie wolności słowa byłoby uzasadnione[62]. Ten tok rozumowania został podzielony również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, w sprawie rozpatrywanej pod sygn. K 11/10. W związku z tym, ściganie – w oparciu o tak ogólną i nieprecyzyjną normę prawnokarną, jak wyrażona w art. 55a Ustawy - autorów wypowiedzi mających potencjalnie wieloznaczny charakter (takich jak właśnie „polskie obozy zagłady") budzi istotne wątpliwości konstytucyjne właśnie z uwagi na niewypełnienie standardu określoności przepisu karnego (vide wyrok TK w sprawie o sygn. K 11/10).

141. Dodać należy, że w polskim porządku prawnym nie jest spotykane (i w tym kontekście art. 55a ust. 2 Ustawy jest regulacją absolutnie wyjątkową), aby przestępstwo związane z nadużyciem swobody wypowiedzi (a więc w istocie chodzi o wszystkie przestępstwa, których istnienie ogranicza wolność słowa – niezależnie od oceny zasadności takiego rozwiązania) występowało w typie nieumyślnym. Jak się wydaje ingerencja prawnokarna w wolność wypowiedzi – w zakresie w jakim dotyczy wypowiedzi, które znamiona przestępstwa wypełniają nieumyślnie – powinna zostać choćby i z tego powodu uznana za nadmiernie ograniczającą tę wolność, a zatem jest ona sprzeczna z Konstytucją. Dopuszcza ona bowiem ściganie osób korzystających z konstytucyjnej wolności wypowiedzi w tych przypadkach,

---

62 Por. motyw 51 wyroku w sprawie *Vajnai p. Węgrom*.

w których nie miały one zamiaru (na tym polega nieumyślność) popełnienia czynu zabronionego.

142. W związku z powyższym art. 55a ust. 2 w związku z ust. 1 Ustawy, jako również niespełniający konstytucyjnego standardu określoności przepisów prawa karnego, należy uznać za niezgodny z Konstytucją RP.

6.3. Kontratyp działalności naukowej i artystycznej

6.3.1. *Kontratyp opisany w art. 55a ust. 3 uIPN nie zmienia oceny całego art. 55a uIPN jako sprzecznego z Konstytucją RP*

143. Zgodnie z art. 55a ust. 3 Ustawy: *„Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w ust. 1 i 2, jeżeli dopuścił się tego czynu w ramach działalności artystycznej lub naukowej"*.

144. We Wniosku Prezydent RP prezentuje stanowisko, zgodnie z którym tak sformułowany zakres wyłączenia odpowiedzialności karnej jest nieprecyzyjny, co będzie utrudniało jego stosowanie. W odniesieniu do tego argumentu Prokurator Generalny oraz Marszałek Sejmu podnoszą, że – w przeciwieństwie do samego opisu czynu zabronionego – w odniesieniu do kontratypu ustawodawca ma znacznie większą swobodę w stosowaniu zwrotów niedookreślonych. Takimi zwrotami w omawianym przypadku są pojęcia działalności artystycznej i naukowej. Mimo iż nie są one precyzyjne, to jednak jest możliwe (wg Prokuratora Generalnego oraz Marszałka Sejmu) odtworzenie, w każdorazowym procesie stosowania przepisu, ich znaczenia.

145. Stanowisko Prokuratora Generalnego i Marszałka Sejmu nie prowadzi do wniosku, iż omawiany przepis jest zgodny z Konstytucją RP. Konsekwencje kontratypu z art. 55a ust. 3 Ustawy należy bowiem rozpatrywać w łączności z art. 55a ust. 1 i 2 Ustawy. Wyłączenie przestępności czynu nie oznacza bowiem, że wypowiedzi mieszczące się w granicach działalności artystycznej lub naukowej nie będą podatne na tzw. efekt mrożący.

146. Według założeń ustawodawcy, omawiany kontratyp ma być wzorowany na rozwiązaniu zawartym w art. 256 § 3 Kodeksu karnego. Założenie to nie jest jednak trafne, z co najmniej dwóch powodów.

147. ***Po pierwsze***, autorzy projektu Nowelizacji uIPN pominęli, że skuteczność kontratypu wyrażonego w art. 256 § 3 Kodeksu karnego dla zapewnienia realizacji standardów konstytucyjnych krytycznie ocenił Trybunał Konstytucyjny w sprawie rozpatrywanej pod sygn. K 11/10:

> *„Trybunał podziela ponadto zdanie Marszałka Sejmu, że braku wystarczającej określoności badanego fragmentu art. 256 § 2 k.k. nie naprawia unormowany w art. 256 § 3 k.k. kontratyp. (...) Już zbyt pochopne wszczęcie postępowania karnego w sprawie "symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej", nawet kończące się dla podejrzanego (oskarżonego) pozytywnie, mogłoby mieć, poza niepotrzebną ingerencją w prawa jednostki,* ***efekt mrożący dla debaty publicznej***

oraz - co niewykluczone - mogłoby wzmacniać skrajne ugrupowania polityczne poszukujące w represji ze strony państwa energii do poszukiwania kolejnych zwolenników" (wyróżnienia własne).

148. Realizm dokonywanej przez Trybunał Konstytucyjny oceny przejawia się w tym, że, nie skupia się ona tylko na brzmieniu poszczególnych jednostek redakcyjnych przepisu i porównaniu ich ze sobą, ale odwołuje się również do ich prawdopodobnego zastosowania w praktyce. Na taki kierunek oceny konstytucyjnej w sprawach dotyczących ograniczeń wolności wypowiedzi zwracał też uwagę M. Safjan w zdaniu odrębnym do wyroku w sprawie o sygn. P 10/06:

> „*Koncepcja uregulowań prawnych, zwłaszcza w sferach tak wrażliwych dla demokratycznego społeczeństwa, jak wolność wypowiedzi, nie może abstrahować od istniejącej praktyki organów wymiaru sprawiedliwości, nawyków i tendencji występujących w sferze mediów publicznych, czy wreszcie potencjalnych zagrożeń dla wolności prasy i innych środków społecznego przekazu. Zmienność, niepewność i nieprzewidywalność ocen (co zostało wykazane przez TK w sprawie P 3/06), którymi mogą się kierować np. organy wymiaru sprawiedliwości przy ocenie kryteriów, od których zależy ostatecznie odpowiedzialność karna za wypowiedzi zniesławiające lub znieważające, musi być także czynnikiem branym pod uwagę. Prawo nigdy nie działa w pustce, ale zawsze w konkretnej rzeczywistości, powinno też unikać rozwiązań, które są szczególnie silnie podatne na zmienność ocen, uzależnionych od istniejącej sytuacji politycznej, a także tych lub innych preferencji określonych środowisk politycznych sprawujących władzę*".

149. Niewłaściwie skonstruowany kontratyp, operujący wyrażeniami niedookreślonymi (choć co do zasady w konstrukcji kontratypu dopuszczalnymi), w przypadku norm prawa karnego ograniczających wolność wypowiedzi grozi właśnie tzw. efektem mrożącym (w piśmiennictwie określanym jako tzw. ang. *chilling effect*). Kontratyp ten nie spełnia zatem swojej roli, bowiem przy nieprecyzyjnie skonstruowanym opisie czynu zabronionego w przepisie, jeśli i sam kontratyp operuje zwrotami niedookreślonymi, rośnie poważnie ryzyko wszczynania postępowań karnych również względem osób, które posłużyły się daną wypowiedzią w ramach działalności artystycznej czy naukowej – nie ma w tym zakresie większego znaczenia, że takie postępowanie powinno zostać ostatecznie umorzone. Sama możliwość postawienia zarzutów czy nabycia statusu podejrzanego może być wystarczająca dla tłumienia artystycznej czy naukowej debaty, właśnie z uwagi na brak pewności co do zakresu pojęć działalności artystycznej i naukowej.

150. ***Po drugie***, zachodzi istotna różnica pomiędzy czynnościami sprawczymi wskazanymi w art. 55a Ustawy i art. 256 § 2 Kodeksu karnego (do którego odnosi się kontratyp wskazany w § 3 tego artykułu). Widać ją na przykładzie kontratypu działalności artystycznej. O ile na gruncie art. 256 § 2 Kodeksu karnego można sobie teoretycznie wyobrazić posiadanie lub prezentowanie druku lub nagrania zawierającego treści propagujące ustrój faszystowski, w ramach działalności artystycznej (przykładowo, w ramach filmu fabularnego odtwarzany jest

fragment przemówienia Adolfa Hitlera), o tyle trudniej wskazać precyzyjnie działania mieszczące się w granicach „przypisywania Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialności za przestępstwa III Rzeszy" w ramach działalności artystycznej.

151. Jeśli bowiem założyć, przykładowo, że aktor podczas spektaklu teatralnego wypowiada kwestię wskazującą na polski rodowód obozów zagłady, to – z uwagi na to, że wypowiedź ta mieściłaby się w ramach artystycznej fikcji – tak naprawdę nie mielibyśmy do czynienia z „przypisywaniem", bowiem osoba ta nie miałaby rzeczywistego zamiaru „przypisywania" (co więcej nie można byłoby jej również postawić zarzutu nieumyślnego popełnienia omawianego przestępstwa, bowiem cały czas poruszano by się w ramach artystycznej fikcji, która nie wymaga zachowania szczególnej ostrożności).

152. Natomiast co do hipotetycznego przypadku, w którym np. aktor podczas spektaklu celowo wykorzystuje formę widowiska artystycznego w celu dokonania czynu wskazanego w art. 55a uIPN, trudno sobie wyobrazić, aby ustawodawcy chodziło o uniknięcie odpowiedzialności osób, które działają w ten sposób.

153. W świetle powyższego, kontratyp działalności artystycznej wydaje się zbędny, jako *superfluum* nie ogranicza w żaden sposób zakresu zastosowania art. 55a ust. 1 i 2 Ustawy, a tym samym nie łagodzi negatywnych skutków tych przepisów dla wolności wypowiedzi, jak również dla standardu określoności przepisów prawa.

154. Podsumowując, wprowadzenie kontratypu wskazanego w art. 55a ust. 3 Ustawy nie zmienia ogólnej oceny całości art. 55a Ustawy jako niespełniającego konstytucyjnego standardu określoności przepisów prawa karnego.

6.3.2. Pominięcie wyłączenia odpowiedzialności z uwagi na działalność dziennikarską

155. Kontratyp uregulowany w art. 55a ust. 3 uIPN jest także za wąski z punktu widzenia standardu konstytucyjnego wynikającego z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, pomija bowiem wyłączenie odpowiedzialności karnej w związku z działalnością dziennikarską. Tym samym art. 55a Ustawy analizowany w całości, stanowi dodatkową, obok art. 212 w związku z art. 213 Kodeksu karnego, formę ograniczenia wolności wypowiedzi w ramach działalności dziennikarskiej.

156. Innymi słowy, w związku z treścią art. 55a uIPN, dziennikarz będzie uprawniony do sformułowania wypowiedzi odnoszącej się do ewentualnej odpowiedzialności „Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego" za niektóre przestępstwa popełnione w trakcie II Wojny Światowej tylko wtedy, jeśli będą istniały niezbite a zatem przez nikogo niekwestionowane dowody na to, że taka wypowiedź jest prawdziwa. Wyklucza to w zasadzie jakąkolwiek debatę publicystyczną w obszarze przedmiotowego zagadnienia, gdyż debata w założeniu zawiera w sobie ryzyko błędu co do stawianych tez. Wielokrotnie jest przecież tak, że stawiana teza będzie wymagała późniejszej weryfikacji, a debata dziennikarska może być impulsem m.in. dla badań naukowych w danym zakresie.

157. Przepis art. 55a Ustawy stawia w tym zakresie bardziej restrykcyjne ograniczenia wolności wypowiedzi niż art. 23 w związku z art. 24 Kodeksu cywilnego, bowiem nie przewiduje wyłączenia odpowiedzialności jeśli ostatecznie nieprawdziwa wypowiedź jest formułowana w społecznie uzasadnionym interesie. W związku z tym „dobre imię" Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego podlega przy tak ukształtowanym stanie prawnym intensywniejszej ochronie niż dobre imię poszczególnych osób, co samo w sobie rodzi pytanie o jej proporcjonalność (w tym zakresie zob. uwagi powyżej). Omawiana regulacja nie zawiera w ogóle żadnych kryteriów, które uwalniałyby dziennikarza od odpowiedzialności w przypadku sformułowania ostatecznie nieprawdziwej wypowiedzi. Konieczność sformułowania takich kryteriów wynika tymczasem choćby z orzecznictwa ETPCz:

> *„Od osoby wyraźnie zaangażowanej w debatę publiczną na temat ważnej kwestii nie można wymagać, aby wypowiadając się na jej temat musiała udowadniać swoje twierdzenia. Wystarczy, aby odnośnie wiarygodności twierdzeń spełniała wymóg należytej staranności"*[63].

> *„W sytuacjach, gdy z jednej strony przedstawia się twierdzenia o faktach bez wskazywania wystarczających dowodów na ich obronę, z drugiej zaś - dziennikarz omawia sprawy rzeczywiście będące przedmiotem zainteresowania społecznego, sprawdzenie, czy dziennikarz zachował się profesjonalnie i działał w dobrej wierze jest kwestią najważniejszą. Sądy krajowe nie mogą skupiać się niemal wyłącznie na kwestii ustalenia prawdziwości twierdzeń dziennikarza bez dokonywania analizy, czy działał on ze starannością przy zbieraniu i publikowaniu zebranych informacji. (...) Brak dokonywania przez sądy szczegółowej oceny staranności działania dziennikarza, a w szczególności podjętych przez niego kroków w celu upewnienia się co do prawdziwości informacji, nie spełnia standardu ustanowionego w art. 10 Konwencji"*[64].

158. Brak sformułowania przez ustawodawcę takich kryteriów prowadzi do wyłączenia możliwości prowadzenia debaty publicystycznej (debata ta będzie bowiem prewencyjnie ograniczana tylko do tych faktów, które zostały niezbicie udowodnione i nie są już przez nikogo kwestionowane, co w praktyce się nie zdarza). W świetle treści art. 55a Ustawy dziennikarz nie będzie wolny od odpowiedzialności karnej nawet wówczas, jeśli jego wypowiedź będzie oparta na źródle – wszak jedynym kryterium zwalniającym z odpowiedzialności na podstawie omawianego przepisu jest prawdziwość podawanej informacji. Opierając swoją wypowiedź na źródle dziennikarz będzie ponosił ryzyko dotyczące rzetelności informacji w tym źródle zawartej, stąd prewencyjnie, aby tego ryzyka uniknąć, racjonalnym będzie (dla dziennikarzy) w ogóle unikanie tematu ewentualnej odpowiedzialności Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego za zbrodnie i przestępstwa popełnione podczas II Wojny Światowej, gdyż w tym obszarze nie można z całą pewnością stwierdzić, że dane opracowanie historyczne nie

---

63 Wyrok ETPCz z dnia 5 lipca 2016 r., nr 26115/10, LEX nr 2384186.

64 Wyrok ETPCz z dnia 13 stycznia 2015 r., nr 34447/05, LEX nr 1583335.

zostanie w przyszłości sfalsyfikowane w związku z odkryciem nowych faktów lub przeprowadzeniem dodatkowych badań.

159. Tak ujmowany art. 55a ulPN stanowi niewątpliwie nadmierne ograniczenie wolności wypowiedzi zagwarantowanej przez art. 54 ust. 1 Konstytucji RP – co obok nieokreśloności zawartej w nim represji karnej – przesądza o jego niekonstytucyjności.

VII. PRZEPIS ART. 55B W ZW. ART. 55A UIPN JEST NIEZGODNY Z ART. 2 I 42 KONSTYTUCJI RP

7.1. Wniosek Prezydenta RP obejmuje także kontrolę art. 55b ulPN z wzorcami wynikającymi z art. 2 i 42 Konstytucji RP

160. Jak trafnie wskazano we Wniosku Prezydenta RP:

> *„Na mocy art. 55b ustawy o IPN obowiązuje zasada ochronna nieograniczona (zasada przedmiotowa obostrzona), zgodnie z którą regulację karną polską stosuje się do sprawców przestępstwa określonego w art. 55a ustawy o IPN, niezależnie od przynależności państwowej sprawcy i przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia przestępstwa. Okoliczność tę uwzględniać należy dokonując oceny art. 55a ustawy o IPN w świetle wskazanych wyżej wymogów wynikających z art. 42 ust. 1 Konstytucji. ... W konsekwencji, każdy, kto za granicą Rzeczypospolitej Polskiej wypełni znamiona typu czynu zabronionego określonego w art. 55a ustawy o IPN, choćby nieumyślnie, może być ścigany przez Rzeczpospolitą Polską. Na ocenę przestępności czynu nie będzie miała wpływu legalność danego zachowania w miejscu jego popełnienia"*[65].

161. Chociaż Wniosek Prezydenta RP nie wskazuje wprost na art. 55b ulPN (obok art. 55a ulPN) jako przedmiot kontroli konstytucyjnej, to zgodzić się należy z Prokuratorem Generalnym, że w myśl zasady *falsa demonstratio non nocet* także i ten przepis należy uznać za objęty przedmiotem zaskarżenia, gdyż zamiar taki jednoznacznie wynika z uzasadnienia Wniosku Prezydenta RP[66].

7.2. Art. 55b w zw. z art. 55a ulPN nie spełnia standardów określoności i przyzwoitej legislacji (art. 2 Konstytucji RP) oraz określoności sankcji karnej (art. 42 Konstytucji RP)

162. W opinii IAJLJ, art. 55b ulPN, odczytywany w związku z art. 55a tej ustawy jest niezgodny z art. 2 i art. 42 Konstytucji RP, ponieważ narusza standardy określoności prawa i określoności sankcji karnej, a ponadto, standard przyzwoitej legislacji.

---

65 Wniosek Prezydenta RP, s. 9.

66 Por. Stanowisko Prokuratora Generalnego, s. 7, 42-43 i powołane tam trafnie orzecznictwo TK.

163. Powyższy wniosek wypływa już z samej tylko konstrukcji art. 55b uIPN. Przepis ten nie zawiera samodzielnej normy prawnokarnej, lecz nadaje przepisowi art. 55a charakter „wymuszający swoją właściwość", tzn. rozszerza jego stosowanie także na czyny popełnione poza granicami Polski, na terytorium państwa, którego prawo nie przewiduje odpowiedzialności karnej za czyny sankcjonowane w art. 55a uIPN. Zatem hipoteza prawidłowo dekodowanej normy prawnokarnej wynikającej z art. 55b uIPN ma, w ujęciu przedmiotowym, zakres tożsamy z hipotezą normy wynikającej z samego art. 55a uIPN.

164. Z powyższego wynika, że do art. 55b uIPN w pełni odnoszą się zastrzeżenia wobec art. 55a uIPN zawarte we Wniosku Prezydenta RP i uzasadniające zarzut niezgodności tego przepisu z art. 2 i art. 42 Konstytucji RP z uwagi na naruszenie standardu określoności prawa (w tym zwłaszcza sankcji karnej) oraz standardu przyzwoitej legislacji. Stąd uwagi i wnioski zawarte w cz. III niniejszej Opinii są aktualne także wobec art. 55b uIPN.

7.3. Art. 55b w zw. z art. 55a uIPN nie spełnia standardu proporcjonalności (art. 2 Konstytucji RP oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)

165. IAJLJ przychyla się do poglądu wyrażonego przez Prokuratora Generalnego, że art. 55b w zw. z art. 55a uIPN, w zakresie, w jakim przewiduje odpowiedzialność karną na zasadach określonych w art. 55a uIPN wobec obywatela polskiego oraz cudzoziemca niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia czynu zabronionego jest niezgodny z art. 2 Konstytucji RP, gdyż narusza zasadę proporcjonalności – tj. racjonalnego związku pomiędzy celem legislacyjnym prawodawcy a środkiem normatywnym użytym, aby taki cel zrealizować[67]. Biorąc jednak pod uwagę, że art. 55b w zw. z art. 55a uIPN stanowi również przejaw ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw (w tym przypadku wolności wypowiedzi osób objętych zastosowaniem tej normy), omawiana regulacja jest także niezgodna z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

166. Prokurator Generalny wskazuje przy tym, że niezbędność kryminalizacji zachowań, o których mowa w art. 55a uIPN uzasadniona jest „powszechnie dostrzegalną nieskutecznością dotychczasowych rozwiązań" oraz potrzebą wyrażenia „potępienia społecznego dla sprawcy naruszenia prawa, którego nie równoważy dolegliwość o innym charakterze, np. cywilnoprawnym"[68].

167. Pogląd ten wydaje się jednak zupełnie niespójny z wywodem zawartym w tym samym stanowisku Prokuratora Generalnego, w którym trafnie wskazuje, że:

> *„penalizacja zachowania opisanego w art. 55a ust. 1 i 2 uIPN, nie jest jedynym środkiem reakcji prawnej na postępowanie osoby, które swoją treścią podpada pod znamiona przedmiotowego typu przestępstwa. Tą samą ustawą nowelizującą ustawodawca dodał do uIPN rozdział 6c, zatytułowany "Ochrona dobrego imienia*

---

67 Por. Stanowisko Prokuratora Generalnego, s. 48-54.

68 *Ibidem*, s. 39-40.

Rzeczpospolitej Polskiej i Narodu Polskiego". Przepisy te rozszerzyły zastosowanie unormowań dotyczących ochrony dóbr osobistych ... ***Ochrona cywilnoprawna tych dóbr, w kontekście zachowań odpowiadających czynom z art. 55a ust. I i 2 uIPN, jest także z powodzeniem realizowana w oparciu o dotychczasowe narzędzia cywilnoprawne, tak w porządku krajowym, jak i za granicą ... W tym kontekście może zatem budzić wątpliwości niezbędność sięgnięcia przez ustawodawcę po instrumentarium reżimu odpowiedzialności karnej,*** *w odniesieniu do czynów popełnionych za granicą (zasadność penalizacji w obrębie terytorium Rzeczpospolitej Polskiej nie jest kwestionowana przez Prezydenta).* ***Równoległe wprowadzenie cywilnoprawnych i karnoprawnych narzędzi ochrony sprawia bowiem, że ustawodawca nie ma możliwości wykazania nieskuteczności instrumentarium cywilnoprawnego.*** *Instytucje prawa cywilnego – w kształcie nadanym im przez ustawę nowelizująca – nie mogły jeszcze zadziałać, a co za tym idzie, nie sposób zweryfikować ich skuteczności pod względem możliwości osiągnięcia efektów zakładanych przez ustawodawcę."* [wyróżn. własne][69].

168. Wedle zatem poglądu Prokuratora Generalnego – który, *lege non distinguente*, odnosi się jednakowo do art. 55b i 55a uIPN, cel ustawodawcy stanowiący motywację dla uchwalenia Nowelizacji uIPN można z powodzeniem zrealizować środkami cywilnoprawnymi – zwłaszcza, że Nowelizacja uIPN ułatwiła korzystanie z tych środków. Ani zaś Sejm, ani żaden inny uczestnik postępowania w sprawie nie wykazał, aby środki te były nieskuteczne czy niewystarczające dla proporcjonalnej ochrony dobrego imienia Państwa Polskiego i Narodu Polskiego.

169. Z drugiej strony, przewidziana w art. 55a i, stosowanym w związku z tym przepisem, art. 55b uIPN nie tylko wprowadza konkurencję dla sankcji cywilnoprawnych i prawnokarnych za ten sam czyn, ale – przede wszystkim – stanowi regulację nieskuteczną, z uwagi na to, że przestępstwo stypizowane w art. 55a uIPN nie spełnia wymogu podwójnej karalności czynu.

170. Autorzy niniejszej Opinii dokonali analizy prawnoporównawczej systemów prawa karnego jedenastu państw, w których w ostatnich latach najczęściej dochodziło do naruszenia dobrego imienia Polski i Polaków, w szczególności ze względu na występowanie w przestrzeni publicznej tych krajów sformułowań takich jak „polskie obozy śmierci" czy „polskie obozy zagłady". Analizowane kraje to: Czechy, Hiszpania, Izrael, Kanada, Niemcy, Rosja, Słowacja, Stany Zjednoczone, Ukraina, Wielka Brytania i Włochy. Przeprowadzona analiza prowadzi do jednoznacznego wniosku, że art. 55a w zw. z art. 55b uIPN nie dałoby się skutecznie zastosować wobec sankcjonowanego tymi przepisami czynu popełnionego w którymkolwiek z tych państw.

171. Wyniki analizy podsumowuje poniższe zestawienie tabelaryczne.

---

69 *Ibidem*, s. 48-49.

		GER	ISR	ITA	ESP	RUS	CZE	SVK	GBR	CAN	UKR	USA	Σ
1	Przekroczenie wolności słowa — odp. karna co do zasady	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	–	10
2	Mowa nienawiści: znieważanie za przynależność do grupy (rasa, naród, wyznanie, itd.)	+	+	+	+	+	+	+	+	+	–	–	9
3	Znieważanie własnego/obcego państwa lub symboli/instytucji państwowych	+	+	+	+	–	–	–	–	–	–	–	4
4	Znieważanie narodu polskiego wypowiedziami, typu „polskie obozy śmierci"	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	0

Tabela 1 Odpowiedzialność karna za przekroczenie wolności słowa w wybranych krajach

172. Chociaż w niektórych z badanych systemów prawnych istnieją przepisy przewidujące odpowiedzialność karną za nadużycie wolności słowa, odpowiedzialność taka jest zwykle ujęta bardzo wąsko w prawie pisanym a jeszcze węziej — w praktyce sądowej. Zwykle dotyczy ona wyłącznie relacji między osobami prywatnymi – mowa tu zatem o odpowiedzialności zbliżonej charakterem do występującego w polskim porządku prawnym odpowiedzialności karnej za zniesławienie. Natomiast skuteczne pociągnięcie do odpowiedzialności na podstawie art. 55a w zw. z art. 55b ulPN sprawcy czynu popełnionego za granicą będzie w praktyce niemożliwe. Jest tak dlatego, że albo dane państwo w ogóle nie uznaje odpowiedzialności karnej za przekroczenie wolności słowa (Stany Zjednoczone), albo też uzależnia już samo ściganie — podobnie do przestępstwa zniesławienia (art. 212 k.k.) — od wniosku konkretnej osoby prywatnej, której godność została naruszona (Włochy, Rosja).

173. Przy czym w niektórych z tych państw ewentualnej karze podlegają wyłącznie wypowiedzi kwalifikowane jako „mowa nienawiści" czy „propaganda nienawiści" (ang.: *hate speech, hate propaganda*), co dotyczy zachowań zmierzających do poniżenia konkretnej osoby z uwagi na jej przynależność do określonej grupy rasowej, wyznaniowej, etc. (Kanada, Wielka Brytania).

174. Niektóre kraje (np. Niemcy, Izrael, Hiszpania) przewidują szczególną odpowiedzialność za znieważenie znaków państwowych lub znieważenie głowy państwa bądź państwa w ogóle, analogicznie do postanowień zawartych w art. 133, 135 § 5, 136 § 3-4 i 137 Kodeksu karnego. Także jednak i w takich wypadkach przesłanki odpowiedzialności są surowe i rygorystycznie interpretowane.

175. Podkreślenia wymaga, że art. 55a ulPN penalizuje wypowiedzi mające w istocie postać zniesławiania Narodu Polskiego lub Państwa Polskiego, a więc odnosi się do wypowiedzi kwalifikowalnych z punktu widzenia prawdy i fałszu. Tym samym nie sposób porównać tej regulacji do wymienionych powyżej przypadków penalizacji znieważania symboli

państwowych, konstytucyjnych organów lub samego państwa (które ocenie w kategoriach prawdziwościowych nie podlegają).

176. Jednak nawet abstrahując od tych istotnych różnic, w tych systemach prawnych, w których teoretycznie istnieje możliwość ścigania np. zniewagi obcego państwa (Polski), szanse na wszczęcie postępowania karnego, nie wspominając nawet o uzyskaniu wyroku skazującego, byłyby znikome.

177. ***Po pierwsze***, odpowiedzialność karna w analizowanych systemach bywa warunkowana przesłankami, które w praktyce trudno udowodnić — np. tym, by sprawca działał w określonym zamiarze, np. w celu poniżenia, wzbudzenia nienawiści (Kanada, Włochy i Wielka Brytania) lub aby oceniana wypowiedź stwarzała obiektywne zagrożenie wystąpienia określonego, szkodliwego skutku, np. niepokojów społecznych, aktów przemocy, etc. (np. Czechy, Niemcy).

178. ***Po drugie***, nawet w tych wyjątkowych sprawach, w których sprawca został jednak skazany za znieważające słowa lub czyny godzące w interes państwa lub określonej społeczności, wymierzone kary często okazują się mało dolegliwe. Tytułem przykładu, w 2013 r. w całych Niemczech rozstrzygniętych zostało zaledwie 10 spraw karnych dotyczących znieważania znaków lub symboli państwowych, z których 8 zakończyło się wyrokiem skazującym (co potwierdza, że prokuratura wszczynała dochodzenie tylko w sprawach opartych na bardzo mocnych podstawach). We wszystkich procesach sądy orzekały wyłącznie karę grzywny. W tym samym okresie rozstrzygnięto łącznie tylko 9 postępowań karnych dotyczących znieważenia osoby publicznej, konstytucyjnych organów państwa lub przedstawicieli władz bądź symboli innych państw. Wyrok skazujący nie zapadł jednak w żadnej ze spraw[70].

179. Do dodatkowej refleksji skłania wyrok karny w sprawie *Schwarz-Rot-Senf* (sygn. akt 1 BvR 1565/05). Wyrokiem tym niemiecki sąd skazał neonazistę oskarżonego o znieważenie państwa i flagi narodowej, wymierzając mu karę grzywny w wysokości 90 stawek dziennych po 20 EUR, czyli 1.800 EUR. Przy czym nawet i takie rozstrzygnięcie tamtejszy Sąd Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*) następnie zakwestionował, uznając je za niedopuszczalne ograniczenie prawa obywatela do krytyki władz.

180. Z powyższych względów należy uznać, że środek wybrany przez ustawodawcę do realizacji postulowanego przez ustawodawcę celu Nowelizacji uIPN, tj. ochrony dobrego imienia Narodu Polskiego i Państwa Polskiego, polegający na wprowadzeniu odpowiedzialności karnej w zakresie wynikającym z art. 55a w zw. z art. 55b uIPN jest bezskuteczny (a może okazać się wręcz przeciwskuteczny tj. naruszający dobre imię).

181. Ściganie za granicą stypizowanych w art. 55b uIPN w związku z art. 55a uIPN przestępstw popełnionych poza Polską będzie nieskuteczne (z uwagi na brak karalności czynu w kraju

---

70 Zob. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege. Strafverfolgung (2013), https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/Strafverfolgung2100300137004.pdf?__blob=publicationFile.

miejsca jego popełnienia). Natomiast ściganie takich przestępstw w Polsce – jest niecelowe. Prowadziłoby bowiem do rezultatu zupełnie wypaczającego cel Nowelizacji uIPN – ochronę dobrego imienia Polski i Polaków. Ochrona ta byłaby bowiem w praktyce skuteczna tylko w stosunku do Polaków tj. grupy najmniej skłonnej „publicznie i wbrew faktom przypisywać" Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu odpowiedzialność za zbrodnie nazistowskie. Świadczą o tym najlepiej dane statystyczne: od daty wejścia w życie Nowelizacji uIPN, prokuratorzy IPN nie wszczęli ani jednego postępowania karnego, pomimo, że do Instytutu Pamięci Narodowej wpłynęło ponad 70 zawiadomień o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 55a (ewentualnie w zw. z art. 55b) uIPN[71].

182. W związku z tym, należy się zgodzić z poglądem Prokuratora Generalnego, który w odpowiedzi na Wniosek Prezydenta RP stwierdził, że:

> *„decydując się na penalizację zachowań stypizowanych w m.in. 55a ust. l i 2 uiPN, w odniesieniu do przestępstw popełnionych za granicą, niezależnie od prawa obowiązującego w miejscu popełnienia tych czynów,* ***ustawodawca nienależycie wyważył proporcje pomiędzy koniecznością ochrony dobra prawnego a adekwatnością, skutecznością i dolegliwością normy prawnej. Doprowadziło to do powstania unormowania faktycznie dysfunkcjonalnego, mogącego skutkować zaistnieniem rezultatów przeciwnych do zakładanych,*** *a w konsekwencji doprowadzić do podważenia autorytetu Państwa Polskiego, które nie będzie w stanie wyegzekwować ustanowionego przez siebie prawa."* [wyróżn. własne][72].

VIII. OCHRONA PRAW PAMIĘCI A OGRANICZENIE SWOBODY WYPOWIEDZI - ANALIZA PRAWNOPORÓWNAWCZA I MIĘDZYNARODOWOPRAWNA

8.1. Uwagi wprowadzające

183. Wprowadzany Nowelizacją uIPN przepis art. 55a ustanawia nowy typ przestępstwa polegającego na przypisywaniu Narodowi Polskiemu lub Państwu Polskiemu publicznie i wbrew faktom odpowiedzialności lub współodpowiedzialności za popełnione przez III Rzeszę Niemiecką zbrodnie nazistowskie określone w art. 6 Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego[73] lub za inne przestępstwa stanowiące zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne, ewentualnie polegającego na rażącym pomniejszaniu odpowiedzialności rzeczywistych sprawców tych zbrodni. Tym samym ustawodawca wprowadził do polskiego porządku prawnego przepis stanowiący, zgodnie z klasyfikacją

---

71 Por. Agata Łukaszewicz, *IPN: prokuratorzy nie chcą wszczynać śledztw*, Rzeczpospolita z dnia 18 maja 2018 r., artykuł dostępny pod adresem: http://www.rp.pl/Prawo-karne/305179891-IPN-prokuratorzy-nie-chca-wszczynac-sledztw-ws-szkalowania-narodu-polskiego.html.

72 Por. Stanowisko Prokuratora Generalnego, s. 54.

73 Załączonej do Porozumienia międzynarodowego w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej podpisanego w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r.

stosowaną w międzynarodowym prawie praw człowieka i w literaturze przedmiotu, przykład tzw. praw pamięci (ang. *memory laws*, franc. *loi mémorielle*).

184. Instrumenty i rozwiązania prawne definiowane jako prawa pamięci to, zasadniczo, regulacje prawne dotyczące różnych wydarzeń i faktów historycznych oraz sposobu ich interpretacji[74]. Regulacje takie przyjmują najczęściej dwie postaci: prawnego ustanowienia pewnej oficjalnej ortodoksji dotyczącej faktów historycznych, niepowiązanego jednak z żadnymi sankcjami lub prawnego zakazu interpretowania zdarzeń historycznych w określony sposób, pod groźbą zastosowania sankcji. Najbardziej rozpowszechnioną formą tych ostatnich są prawne zakazy negacjonizmu, w tym przede wszystkim zaprzeczania zbrodni Zagłady, jednak jako prawa pamięci klasyfikuje się również zakazy naruszania dobrego imienia Państwa i/lub Narodu, jeśli dochodzi do nich w kontekście wypowiedzi na tematy historyczne, ściśle związane z historią danego państwa i narodu.

185. Państwa w różny sposób i w różnym zakresie chronią prawnie prawdę historyczną na temat własnej przeszłości za pomocą praw pamięci. W Polsce przepisem bezpośrednio odnoszącym się do tych zagadnień był, przed nowelizacją badanych w niniejszej Opinii regulacji, art. 55 ulPN, który stanowił, iż ten, kto publicznie i wbrew faktom zaprzecza zbrodniom popełnionym na osobach narodowości polskiej lub obywatelach polskich innych narodowości w okresie od dnia 1 września 1939 r. do dnia 31 grudnia 1989 r., czyli zbrodniom nazistowskim, zbrodniom komunistycznym, innym przestępstwom stanowiącym zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości lub zbrodnie wojenne, podlega grzywnie lub karze pozbawienia wolności do lat 3 a wyrok w takiej sprawie podawany jest do publicznej wiadomości. Liczne regulacje prawne odnoszące się do wypowiedzi historycznych obowiązują np. we Francji, odnotowywane są jednak również właściwie w większości państw Europy[75]. Ustanawianie praw pamięci nie jest zatem niespotykaną dotychczas praktyką polskiego ustawodawcy, nie jest również wyjątkiem w perspektywie prawnoporównawczej. Kwestią kluczową pozostaje jednak zgodność poszczególnych praw pamięci z normami prawa krajowego oraz międzynarodowego (o czym szerzej poniżej).

8.2. Przesłanki dopuszczalności ograniczeń swobody wypowiedzi w odniesieniu do przepisów regulujących wypowiedzi na tematy historyczne w orzecznictwie międzynarodowych organów kontroli przestrzegania standardów ochrony praw człowieka

186. Najszersza interpretacja dopuszczalnych środków prawnych ograniczania wolności wypowiedzi w kontekście wypowiedzi na tematy historyczne[76], dokonywana była dotychczas

---

74 Szerzej na temat definicyjnych aspektów pojęcia praw pamięci zob. w E. Heinze, *Beyond 'Memory Laws': Towards a General Theory of Law and Historical Discourse* [w:] *Law and Memory. Towards Legal Governance of History*, red. U. Belavusau, A. Gliszczyńska-Grabias, Cambridge University Press 2017.

75 Ibidem.

76 Określenie „wypowiedź" należy rozumieć szeroko, a zatem włączając w zakres tego pojęcia również takie formy realizacji swobody wypowiedzi jak posługiwanie się określoną symboliką.

w ramach funkcjonowania Rady Europy - organizacji międzynarodowej ustanowionej przede wszystkim jako odpowiedź na wydarzenia II Wojny Światowej, i odgrywającej niezwykle ważną rolę jako *„źródło współczesnych politycznych oraz prawnych standardów naszego kontynentu"*[77]. Rada Europy ukształtowała europejskie standardy ochrony praw i wolności człowieka, w tym standardy dotyczące wolności wypowiedzi, wyłaniające się przede wszystkim z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka opartego na przepisach traktatu budującego trzon systemu ochrony praw człowieka Rady Europy, czyli Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Orzecznictwo to wyznacza również zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności wypowiedzi w kontekście praw pamięci, w tym w odniesieniu do wypowiedzi na tematy historyczne.

187. ETPCz konsekwentnie od dziesięcioleci podkreśla w swoich decyzjach i wyrokach fundamentalny charakter wolności wypowiedzi dla funkcjonowania jednostek, społeczeństwa obywatelskiego oraz demokratycznego państwa prawa[78]. Zgodnie ze standardem strasburskim swoboda wypowiedzi nie może przy tym obowiązywać jedynie wobec takich treści, które są powszechnie akceptowane – musi obejmować również treści obraźliwe, kontrowersyjne czy wręcz szokujące[79]. Ponadto, ETPCz w widoczny sposób wyraża swój krytyczny stosunek do przepisów penalizujących jakiekolwiek wypowiedzi (poza wypowiedziami nawołującymi do nienawiści i będącymi przykładami mowy nienawiści), ze szczególnym uwzględnieniem tych, które związane są z debatami na istotne tematy społeczne, będące przedmiotem publicznej dyskusji oraz wypowiedzi dziennikarskie. W takich przypadkach ETPCz zazwyczaj stwierdza naruszenie EKPCz, choć nie uznał dotychczas, że stosowanie sankcji prawa karnego wobec wypowiedzi jest *per se* niezgodnie w art. 10 EKPCz, gwarantującym swobodę wypowiedzi[80]. ETPCz zwraca przy tym szczególną uwagę na kwestię możliwości wywołania przez sam fakt istnienia karnoprawnej odpowiedzialności za słowo tzw. efektu mrożącego, czy innymi słowy, odstraszającego[81]. ETPCz dostrzega tym samym zagrożenie wystąpienia sytuacji, w której nie będzie następować nawet samo przystąpienie do publicznej debaty, skoro obarczone jest ono ryzykiem narażenia się na odpowiedzialność karną[82]. Tytułem przykładu w wyroku w sprawie *Kaperzyński p. Polsce* uznał, że: "*Efekt mrożący, jaki obawa przed sankcjami prawa karnego wywiera na korzystanie*

---

77 I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, s. 21.

78 Wyrok z dnia 7 grudnia 1976 r., skarga nr 5493/72, LEX nr 80798.

79 Po raz pierwszy stanowisko to zostało przedstawione podczas rozpatrywania sprawy *Lingens p. Austrii* – zob. wyrok z dnia 16 stycznia 1987 r., skarga nr 9815/82, LEX nr 1734944.

80 Zob. wyroki ETPCz: wyrok z dnia 2 listopada 2006 r. w sprawie *Standard Verlags GmbH i Krawagna-Pfeifer p. Austrii*, skarga nr 19710/02; wyrok z dnia 29 listopada 2005 r. w sprawie *Rodrigues p. Portugalii,* skarga nr 75088/01, LEX nr 275205; wyrok z dnia 18 kwietnia 2006 r. w sprawie *Roseiro Bento p. Portugalii*, skarga nr 29288/02, LEX nr 255053.

81 Wyrok Wielkiej Izby z dnia 17 grudnia 2004 r. w sprawie *Cumpănă i Mazăre p. Rumunii*, skarga nr 33348/96, LEX nr 403575.

82 Dirk Voorhoof, *The Right to Freedom of Expression and Information under the European Human Rights System: Towards a more Transparent Democratic Society*, EUI Working Paper RSCAS 2014/12, s.4.

przez dziennikarzy z wolności wypowiedzi, jest oczywisty. (...), a jego negatywne skutki odczuwane są przez całe społeczeństwa"[83].

188. Jednocześnie, nawet wówczas, gdy w danym państwie nie występuje możliwość zastosowania sankcji prawa karnego wobec realizacji prawa do wolności wypowiedzi np. w kontekście zniesławienia, wolność ta nadal może być zagrożona zastosowaniem nieproporcjonalnych środków jej ograniczania. Może to nastąpić między innymi w sytuacji, w której na skutek przegranego procesu cywilnego wobec dziennikarza orzeczony zostanie obowiązek zapłaty bardzo wysokiego odszkodowania pieniężnego. W takich przypadkach właśnie sama wysokość kwoty odszkodowania (zadośćuczynienia) może zostać uznana za naruszenie zasady proporcjonalności[84].

189. Podobne stanowisko do wyrażanego w tej kwestii przez ETPCz zajmuje również Komitet Praw Człowieka ONZ (KPCz), który zaleca jak najdalsze odejście od stosowania sankcji prawa karnego w przypadkach zniesławienia, również wskazując na negatywne skutki wywołanego takimi sankcjami efektu mrożącego dla debaty publicznej[85].

190. Od linii orzeczniczej i stanowiska ETPCz (oraz KPCz) zasygnalizowanego powyżej istnieją pewne zasadnicze wyjątki, ściśle związane z przedmiotem niniejszej Opinii. Co warte podkreślenia, Trybunał nigdy nie wyraził wątpliwości co do tego, że tzw. kłamcy oświęcimscy nie powinni korzystać z ochrony art. 10 EKPCz. Dotychczas każda ze skarg kłamców oświęcimskich na ograniczanie ich swobody wypowiedzi była oddalana jako bezzasadna, a ETPCz bardzo często powoływał się wręcz na art. 17 EKPCz, ustanawiający zakaz nadużycia praw przyznanych w tym traktacie w celu zniweczenia samej istoty ochrony w nim przyznanej. Swoje stanowisko w tej kwestii ETPCz najpełniej wyraził przy rozpatrywaniu skargi *Garaudy p. Francji*, która zostanie szerzej przytoczona w dalszej części niniejszej analizy.

191. Co jednak najbardziej istotne dla określenia zgodności znowelizowanych przepisów uIPN z międzynarodowymi standardami ochrony praw człowieka, to fakt, iż ETPCz w swoim orzecznictwie odnosi się w odmienny sposób (niż ma to miejsce w przypadku negowania Zagłady) do innych rodzajów ograniczania przez państwa wolności słowa w kontekście wypowiedzi historycznych. Do najbardziej reprezentatywnych orzeczeń poruszających omawiane zagadnienie należy wyrok w sprawie *Lehideux i Isorni p. Francji*[86] dotyczący publicznej pochwały Marszałka Petaina oraz zapadły w 2015 r. wyrok Wielkiej Izby w sprawie

---

83 Wyrok z dnia 3 kwietnia 2012 r., skarga nr 43206/07, LEX nr 1823994.

84 Zob. wyrok z dnia 3 grudnia 2013 r. w sprawie *Ungváry i Irodalom KfT p. Węgrom*, skarga nr 64520/10, LEX nr 1396191; wyrok z dnia 13 lipca 1995 r. w sprawie *Tolstoy Miroslavsky p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 18139/91, LEX 80421.

85 Zob. m.in. decyzję KPCz z dnia 27 lipca 20014 r. w sprawie *Kankanamge p. Sri Lance*, skarga nr 909/2000, oraz uwagi końcowe do sprawozdań okresowych Włoch (CCPR/C/ITA/CO/5) i Macedonii (CCPR/C/MKD/CO/2).

86 Wyrok z dnia 23 września 1998 r., skarga nr 55/1997/839/1045, Legalis nr 135289.

Perinçek p. Szwajcarii, odnoszący się do penalizacji negowania ludobójstwa Ormian[87]. W obydwu przypadkach ETPCz przyznał rację skarżącym, uznając, iż władze państwowe, ograniczając ich wolność wypowiedzi na tematy historyczne, postąpiły w sposób naruszający EKPCz. W wyrokach wydanych w tych sprawach ETPCz stanął na stanowisku, iż wypowiedzi na temat faktów i zdarzeń historycznych lub wypowiedzi oceniające historyczne postaci, powinny korzystać z szerokiej ochrony, jeśli nie można jednoznacznie wykazać, iż ich celem lub skutkiem było, jak w przypadku kłamstwa oświęcimskiego, motywowane nienawiścią zaprzeczanie ustalonej ponad wszelką wątpliwość prawdzie historycznej.

192. W pierwszej z wymienionych spraw Trybunał orzekł, że dyskusja o najtrudniejszych nawet wydarzeniach z przeszłości - z wyjątkiem negowania lub poddawania rewizji ustalonych ponad wszelką wątpliwość faktów historycznych, takich jak Holokaust - korzysta z ochrony przyznanej w art. 10 EKPCz. Sprawa *Lehideux i Isorni p. Francji* dotyczyła tekstu autorstwa skarżących - ogłoszenia prasowego, które zostało opublikowane w gazecie codziennej „Le Monde" i wyliczało zasługi Marszałka Pétaina[88]. Ogłoszenie rozpoczynało się od powtarzanej następnie w tekście frazy: *„Francuzi, macie krótką pamięć, jeśli zapomnieliście, że..."*, po czym przywołano informacje ukazujące postać Marszałka w jednoznacznie pozytywnym, czy wręcz pochwalnym świetle. W ogłoszeniu tym nie podano informacji m.in. na temat współpracy Petaina z reżimem nazistowskim. Tekst miał na celu zachęcić czytelników do wsparcia stowarzyszeń zajmujących się obroną pamięci Marszałka Petaina, które próbowały doprowadzić do rehabilitacji i wznowienia postępowania sądowego z 1945 r. oraz uchylenia wyroku, na mocy którego skazano go na karę śmierci i pozbawienie praw publicznych. Ogłoszenie oprotestowały organizacje skupiające byłych członków francuskiego Ruchu Oporu, czego konsekwencją było skazanie jego autorów za publiczną obronę zbrodni wojennych i kolaboracji z nazistami.

193. W postępowaniu przed Trybunałem rząd francuski domagał się uznania skargi za niedopuszczalną, argumentując, że publikacja w prasie ogłoszenia o takiej treści naruszyła samą istotę i ducha Konwencji, stanowiła również celową próbę zafałszowania historii. Skarżący wskazywali z kolei, że ogłoszenie w żadnym stopniu nie było pochwałą zbrodni nazistowskich, a jedynie miało przyczynić się do pogłębiania przemyśleń nad trudnym okresem w historii Francji oraz do wznowienia procesu Marszałka i jego rehabilitacji.

194. Rozpatrując meritum sprawy ETPCz musiał zatem odpowiedzieć na pytanie, czy ingerencja władz francuskich była konieczna w społeczeństwie demokratycznym. Przystępując do rozważenia tej kwestii ETPCz zauważył, że skarżący nie występowali we własnym imieniu, ale w imieniu stowarzyszeń, których nazwy pojawiły się w ogłoszeniu. Stowarzyszenia te były legalnie zarejestrowane we Francji i działały zgodnie z obowiązującym prawem a powszechnie znanym celem ich działalności była rehabilitacja Marszałka Petaina. Nie mógł

---

87 Wyrok Wielkiej Izby z dnia 15 października 2015 r., skarga nr 27510/08, LEX nr 1402705.

88 Omówienie wyroku w sprawie *Lehideux i Isorni p. Francji* przywołane za A. Gliszczyńska-Grabias, *Przeciwdziałanie antysemityzmowi. Instrumenty prawa międzynarodowego*, Warszawa 2014, s. 524-529.

zatem dziwić fakt, że w ogłoszeniu postać ta została ukazana w sposób pozytywny. Jednocześnie ETPCz podkreślił, że sąd francuski, wydając orzeczenie w sprawie skarżących, położył główny nacisk na to, że w ogłoszeniu nie skrytykowano ani nie zdystansowano się w jakikolwiek sposób do najciemniejszej karty życiorysu Marszałka związanej z prześladowaniem Żydów, a w szczególności do podpisania w październiku 1940 r. tzw. ustaw żydowskich, które umożliwiły deportację tysięcy Żydów francuskich do niemieckich obozów zagłady. Choć skarżących nie można uznać za negacjonistów, umyślne pominięcie tego faktu należało ocenić jako niedopuszczalne ze względu na ofiary dokonanych wówczas zbrodni.

195. ETPCz dostrzegł jednak, iż choć jakiekolwiek pochwalanie pronazistowskiej polityki pozostaje poza zakresem ochrony art. 10 EKPCz, w rozpatrywanej sprawie skarżący wyrazili swój negatywny stosunek do nazistów, pisząc w ogłoszeniu o „nazistowskich zbrodniach i prześladowaniach" oraz „niemieckiej wszechwładzy i barbarzyństwie", choć prawdą jest, iż nie zaznaczyli wyraźnie, że Marszałek Petain był częścią tych działań. W szczególności pominięto odpowiedzialność Petaina za prześladowania i deportacje francuskich Żydów do obozów koncentracyjnych. Przemilczenia te nie dotyczyły zaś spraw o nikłym znaczeniu, przeciwnie – odnosiły się do wydarzeń bezpośrednio związanych z Holokaustem. Ogrom tej zbrodni zwiększa tym samym znaczenie jakichkolwiek prób jej przemilczenia czy umniejszania. ETPCz uznał jednak, że choć zachowanie skarżących można oceniać jako moralnie naganne, powinno podlegać ocenie całościowej, łącznie z wszystkimi innymi okolicznościami sprawy.

196. Jak zauważył ETPCz, generalną zasadą powinno być umożliwienie prowadzenia w każdym państwie członkowskim Rady Europy otwartej debaty publicznej na najbardziej nawet kontrowersyjne tematy dotyczące jego własnej historii. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą spełniać przesłanki konieczności i proporcjonalności. Ponadto, wydarzenia, do których odnosiło się ogłoszenie, dotyczyły okresu sprzed ponad 40 lat, co skłania do odmiennej, mniej restrykcyjnej interpretacji niż ta, która byłaby zasadna 10 lub 20 lat od czasu, w którym wydarzenia te miały miejsce. Wreszcie, treść spornego ogłoszenia w sposób bezpośredni korespondowała z jawnymi, legalnymi celami działalności stowarzyszeń, w imieniu których ogłoszenie to wystosowano.

197. Z wymienionych powodów ETPCz orzekł, że uznanie skarżących za winnych publicznego popierania zbrodni kolaboracji pozbawione było cech proporcjonalności oraz konieczności i nieuzasadnione w społeczeństwie demokratycznym. W orzeczeniu Wielkiej Izby stwierdzono naruszenie prawa skarżących przyznanego w art. 10 EKPCz.

198. Drugim z najbardziej znaczących orzeczeń, w kontekście dopuszczalności i zakresu ustanawiania przez państwa Rady Europy praw pamięci, jest szeroko komentowany wyrok Wielkiej Izby ETPCz w sprawie *Perinçek p. Szwajcarii*. Skarga dotyczyła tureckiego działacza politycznego, Doğu Perinçek'a, po której rozpatrzeniu ETPCz uznał, że jego skazanie przez władze szwajcarskie za negowanie ludobójstwa Ormian z 1915 r. stanowiło naruszenie art. 10

EKPCz. Dogu Perinçek został skazany na podstawie przepisu szwajcarskiego kodeksu karnego, zabraniającego m.in. publicznego zaprzeczania lub usprawiedliwiania zbrodni przeciwko ludzkości lub ludobójstwa, do których zaliczono m.in. zbrodnię dokonaną na Ormianach. Do oskarżenia i skazania Perinçek'a doszło na skutek jego wystąpień podczas kilku publicznych spotkań i konferencji na terytorium Szwajcarii, w trakcie których negował on ludobójczy charakter zbrodni dokonanej na Ormianach przez Imperium Osmańskie, nazywając ją „międzynarodowym kłamstwem".

199. W swoim wyroku uznającym złamanie przez Szwajcarię EKPCz i naruszenie wolności wypowiedzi skarżącego, ETPCz oparł się przede wszystkim na następujących argumentach:

(1) wypowiedzi skarżącego dotyczyły kwestii istotnych społecznie i nie stanowiły nawoływania do nienawiści lub nietolerancji na tle etnicznym bądź narodowościowym;

(2) wypowiedzi skarżącego nie mogły być interpretowane jako naruszające godność Ormian w sposób, który uzasadniałby zastosowanie sankcji prawa karnego;

(3) nie istnieje w prawie międzynarodowym obowiązek penalizowania stwierdzeń takich jak te autorstwa skarżącego;

(4) wydaje się, iż szwajcarskie sądy ograniczyły wolność wypowiedzi skarżącego jedynie z powodu wyrażania przez niego opinii różniących się od tych powszechnie akceptowalnych w Szwajcarii.

200. Ze względu na znaczenie wyroku Wielkiej Izby Trybunału w sprawie *Perinçek* oraz fakt, że właśnie na ten wyrok powoływali się w uzasadnieniu do nowelizacji uIPN jej autorzy, jego omówienie dla potrzeb analizy dokonywanej w niniejszej Opinii zostanie szczegółowo przedstawione w jej dalszej części.

201. Tymczasem warto również zwrócić uwagę na jeszcze inny aspekt stosunku ETPCz do zagadnienia praw pamięci i regulacji prawnych mających zapobiegać obecności w przestrzeni publicznej „wadliwych kodów pamięci" i wypowiedzi na tematy historyczne. Dotyczy on instrumentów prawnych mających zapobiegać zafałszowaniu lub utracie pamięci o zbrodniach systemu stalinowskiego i komunistycznego i wprowadzanych przez tzw. państwa byłego bloku wschodniego. Również w tym przypadku optyka ETPCz różni się znacząco od tej przyjmowanej wobec kłamstwa oświęcimskiego motywowanego antysemickimi uprzedzeniami i nienawiścią na tym tle, a penalizacja zachowań, czy wypowiedzi odnoszących się do przeszłości stalinowskiej i komunistycznej zasadniczo uznawana jest za naruszenie strasburskiego standardu ochrony swobody wypowiedzi. Jako przykład stanowiska ETPCz w tej kwestii należy wskazać na wyrok w sprawie *Vajnaj p. Węgrom*[89]. Skarżącym w tej sprawie był wiceprzewodniczący węgierskiej Partii Pracy, który podnosił w skardze m.in. naruszenie prawa do swobody wypowiedzi. W 2004 r. został uznany winnym naruszenia przepisów zakazujących publicznego prezentowania symboli reżimów totalitarnych, którego

---

89 Wyrok z dnia 8 lipca 2008 r., skarga nr 33629/06, LEX nr 411923.

miał się dopuścić przez umieszczenie znaku czerwonej gwiazdy na marynarce i noszenie jej podczas legalnej demonstracji. Władze węgierskie powoływały się na konieczność przeciwdziałania niebezpieczeństwom związanym z możliwością powrotu do władzy reżimu komunistycznego. ETPCz uznał jednak, że prawo skarżącego zostało naruszone, a interwencja władz, 20 lat po upadku komunizmu na Węgrzech, nie była konieczna. W jego ocenie, w społeczeństwie demokratycznym, nie istniało bowiem realne niebezpieczeństwo przywrócenia tego reżimu. Państwu przyznany został węższy margines swobody oceny, również dlatego, że sprawa dotyczyła wolności wypowiedzi polityka legalnie działającej partii. ETPCz podkreślił swoją świadomość faktu, że symbol czerwonej gwiazdy kojarzony jest z masowymi naruszeniami praw człowieka, do których dochodziło podczas rządów reżimu komunistycznego na Węgrzech. Mimo to uznał, że bezwzględny zakaz prezentowania na forum publicznym symboli takich jak czerwona gwiazda, niepołączony z propagowaniem systemu totalitarnego i dotykający członka partii nieprzejawiającej „totalitarnych ambicji", jest zakazem zbyt dotkliwym i naruszającym strasburskie standardy wolności wypowiedzi.

202. Istotny element wyroku w sprawie *Vajnai* odnosi się ponadto do niebezpieczeństwa, jakie ETPCz dostrzega w bezpośrednim przekładaniu odczuć opinii publicznej i społeczeństwa na wiążące regulacje prawne, co zostało wyrażone słowami:

> *„Trybunał jest oczywiście świadom, że systematyczny terror stosowany w celu zachowania władzy reżimu komunistycznego w szeregu państw, w tym Węgier, pozostaje poważną blizną w świadomości i sercu Europy. Trybunał akceptuje fakt, że prezentowanie symbolu, który był powszechnie stosowany podczas panowania tego reżimu, może wywoływać niepokój wśród byłych ofiar i ich bliskich, którzy słusznie mogą uznać prezentacje takich symboli za obraźliwe i lekceważące. Trybunał jest jednak zdania, że takie odczucia, jakkolwiek zrozumiałe, nie mogą wyznaczać granic wolności wypowiedzi* (...)"[90].

203. Tak sformułowane *dictum* jasno wskazuje, że ETPCz przyjmuje zdecydowanie rozszerzającą wykładnię swobody wypowiedzi w kontekście wypowiedzi i zachowań o konotacjach historycznych w sprawach, które nie dotyczą bezpośrednio zbrodni Holokaustu bądź niemieckiej nazistowskiej przeszłości w połączeniu z nienawistnymi, antysemickimi motywacjami czy nawoływaniem do nienawiści. Dzieje się tak nawet wówczas, gdy określone odniesienia do przeszłości mają dla danego państwa i narodu znaczenie szczególne i mogą wiązać się z niezwykle bolesnymi wydarzeniami z przeszłości. Zapewne posługiwanie się określeniem „polskie obozy koncentracyjne", bądź określeniami tożsamymi, mogłyby zostać uznane przez ETPCz właśnie za przypadki historycznych konotacji szczególnie bolesnych dla polskiego narodu. To jednak w żadnym wypadku nie stanowiłoby wystarczającej przesłanki uznania przez ETPCz zgodności art. 55a ulPN ze standardem strasburskim.

---

90 Tłumaczenie za A. Gliszczyńska-Grabias, *Przeciwdziałanie antysemityzmowi. Instrumenty...*, *op. cit.*, s. 548-549.

204. Ważnych wskazówek w zakresie możliwości ustanawiania praw pamięci i zapobiegania, za pomocą instrumentów prawnych, „wadliwym kodom pamięci", dostarcza również uniwersalny system ochrony praw człowieka tzw. system ONZowski. Wytyczną postępowania dla państw, w tym przypadku państw-stron Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Pakt)[91], stanowi w szczególności fragment Komentarza Ogólnego nr 34 sformułowanego przez KPCz w 2011 r.[92]. W kontekście dopuszczalnych ograniczeń wolności słowa i badań naukowych wobec wypowiedzi na tematy historyczne we wskazanym fragmencie stwierdzono, iż przepisy prawne, które penalizują samo wyrażanie opinii na temat zdarzeń i faktów historycznych, są sprzeczne z postanowieniami Paktu w zakresie wolności wypowiedzi. Pakt nie pozwala bowiem na ustanowienie w prawie krajowym żadnych generalnych zakazów publicznego wygłaszania błędnych opinii czy mylnych interpretacji wydarzeń historycznych. Pakt pozwala natomiast – a wręcz nakazuje ograniczanie wypowiedzi, które w jakikolwiek sposób popierają nienawiść rasową, narodowościową lub religijną lub podżegają do dyskryminacji na tym tle. Zatem wówczas, kiedy „wadliwe kody pamięci" łączą się z tego rodzaju motywacją, możliwe jest, że ograniczenia takie zostaną uznane za zgodne z Paktem. Odzwierciedleniem tego stanowiska jest decyzja KPCz w sprawie *Faurisson p. Francji,* dotycząca penalizacji negacjonizmu, która zostanie omówiona w dalszej części niniejszej Opinii.

205. Reasumując, należy stwierdzić, powtarzając za I.C. Kamińskim, iż:

> *„metodologiczne założenie niepewności, które towarzyszy dyskusji wokół historii, uzasadniając konieczność tolerowania mniejszościowych poglądów, nawet jeśli są szokujące bądź ekstrawaganckie, wydaje się fundamentem relewantnego strasburskiego standardu. ETPCz (i sądy krajowe) nie powinny stawać się arbitrem w takich sporach"*[93].

206. ETPCz wielokrotnie powtarzał, iż osiągnięcie pewności i konsensusu w sprawach historycznych, kontrowersyjnych i nadal żywo dyskutowanych w ramach badań historycznych jest niezwykle trudne[94]. Wobec tego, w jego ocenie, nie należy ingerować za pomocą środków

---

91 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167, zał.).

92 Komentarz Ogólny nr 34 z dnia 21 lipca 2011 r., CCPR/C/GC/34.

93 Opinia Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 14 marca 2016 r., VII.564.7.2016.AJK, s. 13.

94 Wyrok z dnia 21 września 2006 r. w sprawie *Monnat p. Szwajcarii*, skarga nr 73604/01. W sprawie tej skarżącym był dziennikarz, którego ukarano po emisji programu zawierającego bardzo krytyczną ocenę postępowania władz i społeczeństwa Szwajcarii w trakcie II Wojny Światowej oraz wobec Holokaustu. Formalną przyczyną nałożenia kary był brak obiektywizmu i nie uprzedzenie odbiorców o tym, że program przedstawiał będzie jednostronną wizję historii Szwajcarii. ETPCz uznał w tej sprawie naruszenie art. 10 Konwencji podnosząc, że w osiągnieciu tej konkluzji uwzględnił przede wszystkim interes społeczeństwa w otrzymywaniu różnych, często przeciwstawnych wizji historii, zapewnienie wolności wypowiedzi, ograniczoną swobodę oceny władz w sferze informacji budzących ogólne zainteresowanie społeczne oraz niezwykle poważny temat materiału dziennikarskiego i badań historycznych, na których został oparty.

prawnych w konfrontowanie się przeciwstawnych stanowisk i opinii na tematy historyczne[95]. Zdaniem ETPCz poszukiwanie prawdy historycznej stanowi integralną część wolności wypowiedzi nawet wówczas, gdy wnioski wypływające z tego poszukiwania mogą godzić w uczucie dumy narodowej i przekonanie o pozytywnej roli danego państwa i narodu w historii[96].

8.3. Penalizacja negacjonizmu jako szczególny przypadek dopuszczalności ograniczeń swobody wypowiedzi w orzecznictwie międzynarodowych organów kontroli przestrzegania standardów ochrony praw człowieka

207. Pomimo jednoznacznego stanowiska ETPCz oraz KPCz w kwestii sprzeczności penalizowania wypowiedzi na tematy dotyczące historii ze standardami wolności wypowiedzi ustanowionymi w międzynarodowym prawie praw człowieka, ich orzecznictwo konsekwentnie dopuszcza jeden wyjątek od tej zasady. Jest nim penalizacja negacjonizmu, zawężonego jednak do przypadku, jakim jest publicznie wyrażane kłamstwo oświęcimskie.

208. Polski ustawodawca, wprowadzając do systemu prawnego kwestionowany przepis Nowelizacji ulPN powoływał się m.in. na konieczność uzupełnienia prawnokarnej ochrony przed negacjonizmem. Argumentacja taka jest jednak chybiona z dwóch podstawowych względów.

209. **Po pierwsze**, przepisy prawa karnego zakazujące publicznego głoszenia kłamstwa oświęcimskiego były już przed Nowelizacją obecne w przepisach Ustawy i nadal są w niej zawarte.

210. **Po drugie,** poddane badaniu Trybunału Konstytucyjnego w niniejszej sprawie przepisy nie mogą być zrównywanie z prawnokarnymi zakazami głoszenia kłamstwa oświęcimskiego jako takiego, odnoszą się bowiem do innych zjawisk, kwalifikowanych, m.in. w ocenie ETPCz, w odmienny sposób.

211. Jak już wspomniano, penalizacja negacjonizmu jest najczęściej spotykaną i powszechnie akceptowaną kategorią praw pamięci. W najprostszym ujęciu negacjonizm polega na negowaniu faktu, że określone zbrodnie (zbrodnie ludobójstwa, zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości) miały miejsce[97].

212. Najczęściej w przepisach prawnych zakazujących negacjonizmu pojawia się również zakaz publicznego interpretowania danych zbrodni we wskazany przez ustawodawcę sposób, obejmujący ich aprobowanie, rażące umniejszanie lub banalizowanie i trywializowanie. Przed Nowelizacją ulPN przykładem regulacji prawa polskiego odnoszącej się wprost do przestępstwa negacjonizmu był jej art. 55.

---

95 Wyrok z dnia 10 lutego 2009 r. w sprawie *Guclu p. Turcji*, skarga nr 27690/03, LEX nr 479618.

96 Sprawa *Monnat*.

97 Emanuela Fronza, *Memory and Punishment Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, the Hague 2018, s. 4-9.

213. Dla zilustrowania charakteru tego rodzaju przepisów można również wskazać, przykładowo, regulacje czeskiego prawa karnego, zgodnie z którą:

> *„kto publicznie neguje, kwestionuje, aprobuje lub próbuje uzasadnić ludobójstwo nazistowskie, komunistyczne i inne albo nazistowskie, komunistyczne lub inne zbrodnie przeciwko ludności, zbrodnie wojenne lub zbrodnie przeciwko pokojowi, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do trzech lat"* (art. 405 Kodeksu karnego Republiki Czeskiej)[98].

214. Z kolei w czerwcu 2016 r. włoski Parlament znowelizował obowiązujące przepisy prawa poprzez dodanie nowego artykułu kodeksu karnego, przewidującego sankcje za propagowanie, podżeganie i nakłanianie do rozpowszechniania kłamstwa oświęcimskiego lub negowania innych zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości lub zbrodni wojennych[99].

215. Kwestię penalizacji negacjonizmu uwzględniono także na poziomie prawa UE, zakresem uchwalonej w 2008 r. Decyzji Ramowej Rady UE w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych. W art. 1 Decyzji wymienione zostały czyny, wobec których państwa członkowskie UE mają obowiązek zapewnienia ich karalności, jeśli zostały popełnione umyślnie. Do czynów tych zaliczono m.in. określone formy negacjonizmu[100].

216. Dodać należy, że choć termin „negacjonizm" obejmuje swoim zakresem wiele form zaprzeczania faktom historycznym, najczęściej jako negacjonizm określa się jednak zaprzeczanie dokonaniu zbrodni Holokaustu. W potocznym rozumieniu kłamstwo oświęcimskie to przede wszystkim zaprzeczanie dokonaniu zbrodni Holokaustu przez nazistowskie Niemcy podczas II Wojny Światowej[101]. Choć taka negacja, umniejszanie, banalizowanie lub innego rodzaju zakłamywanie prawdy o zbrodniach niemieckich Nazistów dotyka wszystkie, nie tylko żydowskie ofiary niemieckiego ludobójstwa oraz ich bliskich, niemal zawsze kłamstwo oświęcimskie głoszone jest właśnie w odniesieniu do Żydów i stanowi formę antysemityzmu[102].

---

98 Kodeks karny Republiki Czeskiej, Act No. 40/2009 Coll. of January 8, 2009.

99 Nowelizacja włoskiego Kodeksu karnego, Law no. 115 of June 16, 2016.

100 Formy te to: publiczne aprobowanie, negowanie lub rażące pomniejszanie zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości oraz zbrodni wojennych w rozumieniu art. 6, 7 i 8 statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego skierowanych przeciwko grupie osób, którą definiuje się według rasy, koloru skóry, wyznawanej religii, pochodzenia albo przynależności narodowej lub etnicznej lub przeciwko członkowi takiej grupy, jeśli czyny takie mogą podburzać do przemocy lub wzbudzać nienawiść skierowaną przeciwko tej grupie lub jej członkowi, oraz publiczne aprobowanie, negowanie lub rażące pomniejszanie zbrodni określonych w art. 6 Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, dołączonej do porozumienia londyńskiego z dnia 8 sierpnia 1945 r., a skierowanych przeciwko grupie osób, którą definiuje się według rasy, koloru skóry, wyznawanej religii, pochodzenia albo przynależności narodowej lub etnicznej lub przeciwko członkowi takiej grupy, jeśli czyny takie mogą podburzać do przemocy lub wzbudzać nienawiść skierowaną przeciwko tej grupie lub jej członkowi.

101 Deborah E. Lipstadt, *Denying the Holocaust. The Growing Assault on Truth and Memory*, New York 1994.

102 *Ibidem.*

217. W takim też kontekście sprawy dotyczące kłamstwa oświęcimskiego były dotychczas rozpatrywane przez główne międzynarodowe organy kontrolne przestrzegania praw człowieka, czyli ETPCz oraz KPCz. W szczególności wiele tego rodzaju skarg rozpatrywanych było przez ETPCz, który dotychczas zawsze uznawał skargi osób skazanych za negowanie Zagłady za niedopuszczalne. W niektórych sprawach tego typu uznał ingerencję państwową w uprawnienie z art. 10 EKPCz za „niezbędną w społeczeństwie demokratycznym"[103]. W innych zaś opierał się na art. 17 EKPCz (wykluczającym możliwość wykorzystania pewnych uprawnień dla podważenia systemu ochrony praw człowieka), by uznać wnioski skarżących za niezgodne *ratione materiae* z przepisami EKPCz[104]. Należy jednocześnie podkreślić, iż w dwóch kluczowych rozstrzygnięciach tych organów kontrolnych w obszarze penalizacji kłamstwa oświęcimskiego (*Garaudy p. Francji* - wyrok ETPCz oraz *Faurisson p. Francji* – decyzja KPCz), główny nacisk położony został na powiązanie treści negujących Zagładę z antysemicką motywacją jednostek takiej negacji dokonujących oraz zaliczenie publicznego głoszenia kłamstwa oświęcimskiego do katalogu przykładów stwierdzeń i zachowań stanowiących przykłady antysemityzmu.

218. W sprawie *Garaudy p. Francji* ETPCz stwierdził wyraźnie, iż:

> *„Zaprzeczanie zbrodniom przeciwko ludzkości jest (...) jedną z najbardziej drastycznych form znieważania Żydów na tle rasowym oraz nawoływania do nienawiści przeciwko nim. Zaprzeczanie lub modyfikowanie tego rodzaju faktów historycznych podważa wartości, na których oparte jest zwalczanie rasizmu i antysemityzmu, stanowi ponadto poważne zagrożenie dla porządku publicznego. Działania takie są sprzeczne z demokracją i prawami człowieka (...)".*

219. Podobnie zdecydował KPCz podczas rozpatrywania skargi kłamcy oświęcimskiego Roberta Faurissona, który obwiniał władze francuskie za ograniczenie jego wolności wypowiedzi, do czego miało dojść na skutek skazania go wyrokiem sądowym za negowanie zbrodni Holokaustu[105]. Stwierdzenie braku naruszenia wolności wypowiedzi skarżącego oparte zostało przede wszystkim na dopatrzeniu się przez KPCz antysemickiej motywacji działania Faurissona oraz jego wieloletniego zaangażowania w ruch negacjonistyczny. To właśnie ten aspekt orzecznictwa dotyczącego penalizacji publicznego głoszenia kłamstwa oświęcimskiego, opierający się na powiązaniu negacji z motywacją i skutkiem o antysemickim charakterze, należy uznać za jeden z kluczowych elementów odróżniających penalizację negacjonizmu od penalizacji wypowiedzi określonych w art. 55a uIPN.

---

103 Decyzja o niedopuszczalności z dnia 1 lutego 2000 r. w sprawie *Schimanek p. Austrii*, skarga nr 32307/96, LEX nr 520200; decyzja o niedopuszczalności z dnia 7 czerwca 2011 w sprawie *Gollnisch p. Francji*, skarga nr 48135/08, LEX nr 846452.

104 Decyzja o niedopuszczalności z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie *Garaudy p. Francji,* skarga nr 65831/01, LEX nr 285773.

105 Decyzja z dnia 8 listopada 1996 r. w sprawie *Faurisson p. Francji*, skarga nr 550/1993.

220. Autorzy Nowelizacji, uzasadniając konieczność wprowadzenia zmian do uprzednio istniejących w ulPN przepisów zabezpieczających prawdę historyczną, powoływali się w szczególności na fragmenty orzeczenia Wielkiej Izby ETPCz w sprawie *Perinçek p. Szwajcarii*. Orzeczenie Wielkiej Izby w tej sprawie rzeczywiście ma niezwykle istotne znaczenie przy analizie dopuszczalności i zgodności z EKPCz rozwiązań przyjętych w Nowelizacji przez polskiego ustawodawcę, jednak wnioski z tej analizy płynące skłaniają do przyjęcia, że rozwiązania te zostałyby z największym prawdopodobieństwem uznane przez ETPCz za naruszające strasburski standard w zakresie wolności wypowiedzi i wolności prowadzenia badań naukowych. Dlatego też zaproponować należy pogłębioną analizę orzeczenia w sprawie *Perinçek* w kontekście zarzutów stawianych badanym w niniejszej Opinii przepisom Nowelizacji ulPN, z uwzględnieniem generalnej linii orzeczniczej ETPCz w sprawach dotyczących wolności wypowiedzi.

221. We wszystkich sprawach dotyczących negacjonizmu, które badane były dotychczas przez ETPCz, skarżącym zarzucano negowanie lub pomniejszanie Holokaustu, a nie przypisywanie odpowiedzialności za Holokaust innym państwom niż te, które były zbrodniom tym winne (zachodzi zatem wysokie ryzyko, że ETPCz nie dostrzegłby analogii między podstawami prawnymi tych spraw a art. 55a ulPN). W streszczeniu dokonanym przez sam ETPCz, wszystkie sprawy należące do tej kategorii *„na równi zawierały stwierdzenia, które w różnoraki sposób zaprzeczały istnieniu komór gazowych; określały je jako „wymysł" a Holokaust jako „mit", określały opisywanie ich jako „biznes Szoah", „mistyfikację dla celów politycznych" lub „propagandę", albo poddawały w wątpliwość liczbę umarłych i w dwuznaczny sposób sugerowały że kwestia komór gazowych jest sprawą do rozważenia przez historyków"* (*Perinçek*, para. 210). Jak widać, w żadnym z przypadków, w których ETPCz uznał zgodność karania za negacjonizm z EKPCz, nie chodziło o przypisywanie (współ-) odpowiedzialności innemu państwu.

222. Ponadto, charakteryzując sprawy dotyczące karania za negacjonizm, ETPCz określił wypowiedzi negacjonistyczne jako: *„niemal zawsze wypowiadane przez osoby, wyrażające poglądy zbliżone do nazistowskich lub związane z ruchami inspirowanymi przez reżim nazistowski"* (Perinçek, para. 209). Ten czynnik jest bardzo mało prawdopodobny w odniesieniu do osób wypowiadających poglądy zdefiniowane w art. 55a ulPN. Rozumowanie to dowodzi więc, że ETPCz, przychylny karaniu na negacjonizm, z największym prawdopodobieństwem odmówiłby analogicznego potraktowania spraw, których dotyczyć będzie art. 55a ulPN. ETPCz w prawnych zakazach głoszenia negacjonizmu dostrzega mechanizm przeciwdziałania niebezpieczeństwu dalszego szerzenia antysemityzmu oraz zapobiegania możliwości powtórzenia się zbrodni Zagłady, nie zaś remedium na przypadki naruszenia dobrego imienia określonego państwa czy narodu.

223. Należy w związku z tym dodać, że w odniesieniu do karania za negacjonizm, ETPCz podkreślił bardzo wyraźnie, że:

„uzasadnieniem dla uczynienia tego przestępstwem nie jest to, że dotyczy ono wyraźnie uznanego faktu historycznego, ale raczej fakt, że (...) jego zaprzeczanie, nawet jeśli przybrane w maskę bezstronnych badań historycznych, musi nieodmiennie być postrzegane jako wskazujące na ideologię antydemokratyczną i antysemityzm. Negowanie Holokaustu jest więc podwójnie niebezpieczne, zwłaszcza w państwach które doświadczyły okrucieństw nazistowskich i które mogą być uważane za mające szczególną odpowiedzialność moralną, by zdystansować się od masowych okrucieństw (...) poprzez zakazanie ich negowania" (Perinçek, para. 243).

224. Jak widać, *ratio legis* ustaw karzących za negowanie Holokaustu, które zdaniem ETPCz uzasadnia uznanie takiego karania za zgodne z EKPCz, nie może odnosić się do art. 55a uIPN. Uzasadnieniem uznanym przez ETPCz za kluczowe jest obowiązek państwa ***winnego*** Zagładzie ukarania negacjonistów, a nie domniemany obowiązek państwa ***niewinnego*** Zagładzie, by karać osoby zaprzeczające tożsamości osób (czy państw) winnych.

225. Niezależnie od oceny wykładni ETPCz i logicznej spójności wyroków dotyczących negacjonizmu z orzecznictwem ETPCz w innych sprawach dotyczących odpowiedzialności karnej za posługiwanie się „wadliwymi kodami pamięci" i wypowiedziami na tematy dotyczące historii, zasadny wydaje się wniosek, że ETPCz uzna, iż jego orzeczenia odnoszące się do negowania Holokaustu nie odnoszą się do sankcji za wypowiedzi zdefiniowane w art. 55a uIPN.

226. Należy przypomnieć, że wobec szerszego zagadnienia karania za wypowiedzi (inne niż negacjonistyczne), ETPCz wielokrotnie podkreślał, że sankcje karne za wypowiedzi mają charakter szczególny i w zasadzie są niezgodne z art. 10 EKPCz. ETPCz uznał, powołując się na własne orzecznictwo w tym względzie, że sankcja prawnokarna jest szczególnie poważna, biorąc pod uwagę inne możliwości interwencji prawnej, a w szczególności środki cywilnoprawne (por. *Perinçek*, para. 273). W sprawie tej ETPCz zauważył, że problemem nie jest dolegliwość skazania, ale sam fakt, że Perinçek był skazany w procesie karnym, co *„jest jedną z najsurowszych form ingerencji w prawo do wolności wypowiedzi*" (*Perinçek*, para. 273).

227. Biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo ETPCz, można przyjąć, że art. 55a uIPN poddany zostanie (jeśli sprawa na jego podstawie wpłynie do ETPCz) bardzo surowej kontroli i że podzieli on los innych środków prawnokarnych, uznanych przez ETPCz w sprawach innych, niż negacja Holokaustu, za niezgodne z art. 10 EKPCz. Tak oceniony został np. art. 261 bis § 4 szwajcarskiego Kodeksu karnego, na podstawie którego został skazany Perinçek. Jak zauważył ETPCz:

„W samej rzeczy, ingerencja w prawo do wolności wypowiedzi nieodmiennie wymaga szczegółowej sądowej oceny konkretnego zachowania, jakie ma być ukarane. W takich przypadkach, z reguły nie jest wystarczające, by ingerencja była uzasadniona na tej podstawie, że jej zakres przedmiotowy podpada pod określoną kategorię albo jest ujęty w normie sformułowanej w kategoriach ogólnych; wymagane

jest raczej, by ta ingerencja była niezbędna w konkretnych okolicznościach" (Perinçek, para. 275).

228. W przypadku Perinçek'a, ETPCz uznał, że taka „niezbędność" nie występuje.

229. Jednocześnie warto zacytować kluczowy passus, w którym ETPCz wylicza (podsumowując swe wcześniejsze rozumowanie w tej sprawie) wszystkie główne przyczyny, dla których „niezbędność" prawnokarnej sankcji nie zachodzi, gdyż wszystkie te czynniki można będzie też odnieść do hipotetycznego ukarania na podstawie art. 55a uIPN:

> *„Biorąc pod uwagę wszystkie elementy przeanalizowane powyżej, a mianowicie, że wypowiedzi skarżącego dotyczyły spraw będących w kręgu zainteresowania publicznego i nie składały się na wezwanie do nienawiści lub nietolerancji, że kontekst w którym do nich doszło nie był naznaczony podwyższonymi napięciami społecznymi ani specjalnym podtekstem historycznym w Szwajcarii, że te wypowiedzi nie mogą być traktowane jako wpływające na godność członków Ormiańskiej mniejszości w Szwajcarii do tego stopnia, by była niezbędna reakcja prawnokarna w Szwajcarii, że nie istnieje zobowiązanie wynikające z prawa międzynarodowego by Szwajcaria penalizowała tego typu wypowiedzi, że szwajcarskie sądy jak się wydaje potępiły skarżącego za wyrażenie opinii, która odbiega od obiegowych opinii w Szwajcarii, a także że ingerencja przybrała surową formę sankcji karnej – Trybunał konkluduje, że nie było niezbędne, w społeczeństwie demokratycznym, poddanie skarżącego sankcji karnej, by spełnić cel ochrony uprawnień społeczności ormiańskiej, które wchodzą w grę w obecnej sprawie."* (Perinçek, para. 280).

230. Przytoczony cytat zawiera wszystkie istotne elementy, jakie muszą być wzięte pod uwagę by ocenić, czy ukaranie za wypowiedzi (w kontekście stwierdzeń i ocen historycznych) może być uznane za uzasadniające „niezbędność" karania jako formę ingerencji w uprawnienie z art. 10 EKPCz. Jak widać, decydujące znaczenie mają następujące kwestie:

(1) **Czy wypowiedź dotyczy spraw objętych zakresem zainteresowania publicznego?** Jeśli tak, uzasadnienie niezbędności karania będzie mało prawdopodobne. W przypadku art. 55a uIPN bezsprzecznie mamy do czynienia z wypowiedziami leżącymi w polu zainteresowania publicznego;

(2) **Czy wypowiedź może być traktowana jako wezwanie do nienawiści lub nietolerancji?** To wzmocniłoby uzasadnienie karania. W przypadku art. 55a uIPN, taka interpretacja wypowiedzi zdefiniowanych w artykule jest jednak mało prawdopodobna;

(3) **Czy kontekst wypowiedzi jest naznaczony szczególnymi napięciami społecznymi?** W przypadku wypowiedzi opisanych w art. 55a uIPN, o takiej sytuacji nie może być mowy;

(4) **Czy badana kwestia jest naznaczona „szczególnym kontekstem historycznym"?** Wskazany czynnik pośrednio można odnaleźć w przypadku art. 55a ulPN (chodzi o sprawę trudnych stosunków i historii polsko-żydowskiej);

(5) **Czy wypowiedź opisana w art. 55a ulPN może naruszać godność osób dotkniętych tą wypowiedzią?** Być może tak, ale należy jednocześnie zauważyć specjalną rolę argumentacyjną w orzeczeniu ETPCz przypisywaną faktowi, że osoby dotknięte należą do grupy mniejszości. To determinuje ich szczególne położenie i potrzebę specjalnej ochrony. W przypadku art. 55a ulPN i ewentualnego naruszenia godności Polaków wobec przypisywania im udziału w zbrodniach hitlerowskich o tym właśnie mniejszościowym czynniku nie może być mowy.

(6) **Czy istnieje obowiązek penalizacji wszelkich form posługiwania się „fałszywymi kodami pamięci", wypływający z prawa międzynarodowego?** W przypadku zakresu czynów regulowanych przez art. 55a ulPN - nie ma takiego obowiązku;

(7) **Czy ukaranie jest oparte na krytycznej ocenie wypowiedzi, uznanej za odbiegającą od ocen obiegowych?** Jeśli tak, to ETPCz negatywnie oceni jej niezbędność. W przypadku art. 55a ulPN, mielibyśmy do czynienia z taką sytuacją;

(8) **Czy ingerencja miałaby formę sankcji prawnokarnej, do której ETPCz podchodzi ze szczególnym sceptycyzmem?** W przypadku art. 55a ulPN tak właśnie by było.

231. Jak wynika z powyższej analizy, na osiem czynników uznanych przez ETPCz za relewantne dla uznania niezbędności sankcji karnej za wypowiedź, jaką można (dla celów argumentacyjnych) uznać za analogiczną do wypowiedzi zdefiniowanych na gruncie art. 55a ulPN, tylko jeden czynnik (element 4), ewentualnie dwa (także element 5) mogą być uznane za prowadzące do uznania niezbędności sankcji karnej. Wszystkie inne elementy jednoznacznie przemawiają przeciw uznaniu takiej sankcji za zgodną z EKPCz.

232. Należy w tym miejscu odnieść się również do sposobu, w jaki ETPCz dokonał ważenia wartości chronionych w art. 10 i art. 8 EKPCz. Jeśli chodzi o ten ostatni, to ETPCz uznał, że art. 8 uzasadnia ochronę *„tożsamości, i co za tym idzie godności, dzisiejszych Ormian"* (*Perinçek,* para. 156). Jednocześnie odrzucił argument związany z godnością samych ofiar. Można przypuścić, że podobny argument mógłby zostać zastosowany do art. 55a ulPN.

233. Należy poddać w wątpliwość, czy podobną argumentację można zastosować do osób dokonujących wypowiedzi opisanych w art. 55a ulPN, a mianowicie czy godność rozumiana jako element tożsamości Polaków jest w poważnym stopniu naruszona przez takie wypowiedzi. W przypadku Ormian, podstawowe znaczenie ma to, że Ormianie stanowią mniejszość we wszystkich krajach, w których żyją (a w szczególności w Turcji), w połączeniu z zaprzeczeniem faktu ludobójstwa. Ten status mniejszościowy w sposób szczególny wpływa na ich sytuację. Osoba popełniająca ewentualne przestępstwo wedle wzorca opisanego w art. 55a ulPN mogłaby naruszyć godność wielu Polaków, ale trudno byłoby mówić, że w ten

sposób narusza ich poczucie tożsamości, a już w szczególności nie dotyczyłoby to grupy mniejszościowej.

234. Wszystkie powyższe obserwacje dokonane na kanwie sprawy *Perinçek* pozwalają przyjąć niemal z całkowitą pewnością, że ETPCz uznałby wyrok wydany w oparciu o art. 55a ulPN za naruszający strasburskie standardy ochrony wolności wypowiedzi.

8.4. Art. 55a ulPN w ujęciu prawnoporównawczym

235. Choć, jak już wspomniano, państwa przyjmują szereg przepisów prawnych klasyfikowanych jako prawa pamięci, a w ustawodawstwach szeregu z nich obowiązują przepisy zabraniające obrażania, znieważania czy wyszydzania np. symboli narodowych[106], **przepis z art. 55a ulPN nie znajduje odpowiednika w żadnym z systemów prawnych państw członkowskich Rady Europy, podobnych przepisów nie posiadają również USA czy Kanada**.

236. Jedyna regulacja, którą uznać można za zbliżoną do regulacji art. 55a ulPN, to art. 301 Kodeksu karnego Turcji.

237. W przypadku Turcji podstawą do ścigania publicznego znieważania „tureckości, Republiki lub organów i instytucji państwowych", był przyjęty we wrześniu 2004 r. i obowiązujący od czerwca 2015 r. art. 301 tureckiego Kodeksu karnego, który przewidywał za popełnienie tak definiowanego przestępstwa karę pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 3 lat[107]. Choć przepis ten nie odnosił się wprost do przypisywania narodowi czy państwu tureckiemu odpowiedzialności za popełnienie określonych zbrodni, w praktyce sądowej był wykorzystywany do karania osób wypowiadających się publicznie o zbrodni dokonanej na Ormianach w latach 1915 - 1917 jako o zbrodni ludobójstwa, której dokonało Imperium Osmańskie. Po uchwaleniu art. 301 Kodeksu karnego zainicjowano szereg spraw sądowych przeciwko tak prominentnym przedstawicielom świata literatury i mediów jak laureat literackiej Nagrody Nobla Orhan Pamuk, który w wywiadzie dla szwajcarskiego dziennika mówił o odpowiedzialności tureckiej za wymordowanie 30 tysięcy Kurdów i miliona Ormian[108].

238. Na skutek powszechnej krytyki art. 301, wyrażanej m.in. na forum ONZ podczas Powszechnego Przeglądu Okresowego (czyli okresowej oceny stanu przestrzegania standardów ochrony praw człowieka przez państwa członkowskie ONZ, dokonywanej na forum Rady Praw Człowieka ONZ)[109], omawiany przepis znowelizowano i w zmienionej wersji

---

106 Zob. Rada Europy: Defamation and Freedom of Expression, H/ATCM (2003) 1; Legal provisions concerning defamation, libel and insult. Brief overview of related legislation in selected European countries, DH-MM(2003)006 rev.

107 Ustawa nr 5237.

108 Karę roku pozbawienia wolności, zamienioną na karę grzywny, orzeczono również wobec znanego wydawcy za opublikowanie tureckiego tłumaczenia książki, w której za rzeź Ormian z 1915 r. obarczano odpowiedzialnością Turcję. Odnotowano również przypadek zastosowania art. 301 tureckiego Kodeksu karnego wobec fikcji literackiej: przedmiotem postępowania stała się książka „Bękart ze Stambułu" popularnej pisarki Elif Safak. Sprawa zakończyła się jednak uniewinnieniem pisarki, na co duży wpływ miał nacisk międzynarodowej opinii publicznej.

109 UN DOC. A/HRC/15/13, s. 20-22.

obowiązuje od maja 2008 r. Nadal jednak stanowi przedmiot uzasadnionej krytyki, m.in. ze strony czołowych międzynarodowych organizacji pozarządowych czy Komisji Weneckiej[110].

239. Po nowelizacji w art. 301 tureckiego Kodeksu karnego mowa jest już nie o znieważaniu „tureckości", a o znieważaniu „Narodu Tureckiego", co stanowić miało zawężenie zakresu pojęciowego tego określenia. Zmniejszeniu uległ również wymiar kary grożącej za popełnienie przestępstwa stypizowanego w art. 301 (z 3 do 2 lat pozbawienia wolności jako górnej granicy kary). Ponadto możliwość zastosowania przepisu została uwarunkowana uzyskaniem wcześniejszej zgody Ministra Sprawiedliwości. Usunięto również tę część pierwotnego przepisu, która stanowiła, iż w przypadku znieważenia „tureckości" dokonanej przez obywatela Turcji w innym państwie, wymiar kary miał być zwiększony o 1/3.

240. Omawiany przepis, zarówno w wersji pierwotnej, jak i znowelizowanej, był również zakwestionowany przez ETPCz. W sprawie *Dink p. Turcji*[111], ETPCz wyraził poważne wątpliwości co do możliwości precyzyjnego określenia (a przez to, spełnienia warunku jasności i przewidywalności prawa) pojęcia „tureckość". Wątpliwości ETPCz wzbudził również sam fakt objęcia ochroną przed tego rodzaju znieważaniem organów państwowych, jeśli nie towarzyszy mu nawoływanie do stosowania przemocy. W tym kontekście ETPCz podkreślił zmniejszony wymiar ochrony polityków w debacie publicznej oraz kluczową rolę takiej debaty, gdy jej przedmiotem stają się ważne kwestie społeczne. ETPCz zwrócił również uwagę na fakt, że środki prawa karnego w odniesieniu do tego rodzaju zachowań jak te stypizowane w art. 301 tureckiego Kodeksu karnego mogą być stosowane jedynie w skrajnych sytuacjach, takich jak np. nawoływanie do nienawiści czy stosowania przemocy.

241. W innej sprawie (*Taner Akçam p. Turcji*[112]), ETPCz odnosząc się już do znowelizowanego przepisu, odnotował, że pomimo zmiany penalizowanego znieważenia „tureckości" na znieważenie „Narodu Tureckiego", nie zmieniła się zasadniczo dokonywana przez sądy tureckie interpretacja samej istoty penalizowanego czynu i nadal stanowi on poważne zagrożenie dla wolności wypowiedzi. **W kontekście zarówno braku określoności pojęcia „przypisywanie" użytego w art. 55a ulPN, postaci i wymiaru sankcji przewidzianej w tym przepisie oraz wkraczania za jego pomocą w pole debaty na tematy związane z historią, należy uznać, że przykład prawa tureckiego i jego oceny dokonanej na forum międzynarodowych organów kontrolnych ochrony praw człowieka, w tym przede wszystkim ETPCz, jasno wskazuje na kierunek, w jakim podążać będzie ewentualna ocena regulacji prawa polskiego.**

* * * * *

---

110 Venice Commission Opinion on Articles 216, 299, 301 and 314 of the Penal Code of Turkey [Opinia Komisji Weneckiej na temat Artykułów 216, 299, 301 oraz 314 tureckiego Kodeksu karnego], CDL-AD(2016)002, s. 20-24.

111 Wyrok z dnia 14 września 2009 r., skargi nr 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09 (LEX nr 603519).

112 Wyrok z dnia 25 października 2011, skarga nr 27520/07, LEX nr 1001020.

W imieniu The International Association of Jewish Lawyers and Jurists, niżej podpisani wnoszą, aby Trybunał Konstytucyjny wyraził zgodę na przyjęcie niniejszej Opinii w sprawie rozpatrywanej pod sygn. K 1/18 i uwzględnił jej wskazania wyrażone na wstępie.

Meir Linzen
Prezydent

Daniel Reisner
Wiceprezydent

W załączeniu:

1) [Statut IAJLJ wraz z załącznikami]
2) [Uchwała IAJLJ w sprawie udzielenia pełnomocnictwa]

Załącznik 1

Statut IAJLJ wraz z załącznikami.

(tłumaczenie przysięgłe statutu IAJLJ
z języka hebrajskiego na język polski)

TŁUMACZ PRZYSIĘGŁY JĘZYKA HEBRAJSKIEGO
mgr Igor Dereń

siedziba: ul. Zamiejska 5 lokal 5, 57-300 Kłodzko
oddział we Wrocławiu: ul. Wita Stwosza 3 lokal 111, 50-148 Wrocław
tel. 787 828 603 | email: igorderen@gmail.com | www.tlumaczenia.gogler.pl
wpisany na listę tłumaczy przysięgłych prowadzoną przez Ministra Sprawiedliwości pod nr TP/74/16

Uwagi tłumacza oznaczone są kursywą i znajdują się w nawiasach kwadratowych. Z uwagi na brak jednolitej konwencji przy transliteracji alfabetu hebrajskiego na łaciński, w pisowni imion i nazwisk mogą wystąpić oboczności. Tłumacz przysięgły nie weryfikuje autentyczności okazywanych mu dokumentów, a wykonane przez niego uwierzytelnione tłumaczenie nie świadczy o autentyczności dokumentu będącego przedmiotem przekładu.

TŁUMACZENIE UWIERZYTELNIONE Z JĘZYKA HEBRAJSKIEGO

[Tłumaczowi okazano dokument składający się z czterech ponumerowanych stron załączonych do niniejszego tłumaczenia. Dokument dwujęzyczny. Tłumaczono jedynie części spisane w j. hebrajskim. Tekst spisany w j. angielskim przepisano do niniejszego tłumaczenia.]

[Tłumaczenie pierwszej strony:]

[dopisek odręczny:] 4

STATUT
MIĘDZYNARODOWEGO STOWARZYSZENIA ADWOKATÓW I PRAWNIKÓW ŻYDOWSKICH

Pierwszy Międzynarodowy Kongres Adwokatów i Prawników Żydowskich niniejszym postanawia utworzyć następującą osobę prawną, mającą niepolityczny i niezarobkowy charakter, o nazwie: *[nazwa w tłumaczeniu na język polski:]* Międzynarodowe Stowarzyszenie Adwokatów i Prawników Żydowskich *[transkrypcja nazwy na język polski:]* HaIrgun HaBeinleumi shel Orchei Din U-Mishpetanim Yehudim, posiadającą następujące cele i Statut:

NAZWA

1) Stowarzyszenie będzie nosiło nazwę: *[nazwa w tłumaczeniu na język polski:]* Międzynarodowe Stowarzyszenie Adwokatów i Prawników Żydowskich *[transkrypcja nazwy na język polski:]* HaIrgun HaBeinleumi shel Orchei Din U-Mishpetanim Yehudim.
Po angielsku: *[tekst w j. angielskim:]* "THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS".

SIEDZIBA I ODDZIAŁY

2) Siedziba i główne biuro stowarzyszenia będzie znajdować się w Jerozolimie. Stowarzyszenie może tworzyć oddziały i biura regionalne we wszelkich lokalizacjach i krajach, zgodnie z uchwałą Zarządu.

CELE

3) Cele stowarzyszenia to:

a) przyczynianie się, indywidualnie lub we współpracy z innymi organizacjami międzynarodowymi lub krajowymi, do ustanowienia międzynarodowego porządku prawnego opartego na zasadach praworządności w stosunkach między wszystkimi narodami i państwami; a także propagowanie praw człowieka i zasad równości wszystkich ludzi oraz prawa wszystkich państw i narodów do pokojowej egzystencji;
b) propagowanie oraz utrzymywanie współpracy i wymiany doświadczeń pomiędzy członkami Stowarzyszenia;
c) propagowanie badań problematyki prawnej o szczególnym znaczeniu dla środowisk żydowskich na świecie w ramach prawa międzynarodowego i krajowego;
d) propagowanie, w porozumieniu ze środowiskiem zawodowym prawniczym w Izraelu i jego organami, badań problematyki prawnej o szczególnym znaczeniu dla Państwa Izrael;
e) poszukiwanie informacji i danych dotyczących statusu prawnego i osobowego Żydów pod względem faktycznym i prawnym w różnych krajach, w szczególności w zakresie statusu Żydów w ramach międzynarodowych oświadczeń i konwencji z zakresu praw człowieka i prawa międzynarodowego;
f) propagowanie badań, w tym także naukowych, dotyczących źródeł żydowskiego prawa poprzez odniesienie do instytucji prawa innych narodów;
g) w związku z powyższym, propagowanie badań, w tym także naukowych, dotyczących systemu prawa porównawczego w celu rozpowszechniania informacji na rzecz członków Stowarzyszenia;
h) organizowanie, propagowanie i utrzymywanie pomocy prawnej na rzecz osób potrzebujących za pośrednictwem członków Stowarzyszenia i jego organów w sprawach zatwierdzonych przez Zarząd;
i) w związku z powyższym, uczestniczenie we wszelkich innych sprawach natury prawnej na podstawie decyzji organów Stowarzyszenia.

[po prawej stronie fragment okrągłej nieczytelnej pieczęci]

CZŁONKOSTWO

Członkami Stowarzyszenia mogą być:
a) Żydowscy adwokaci i prawnicy,
b) stowarzyszenia Żydowskich adwokatów i prawników,
c) wszyscy inni adwokaci i prawnicy oraz wszelkie inne stowarzyszenia adwokatów i prawników, *[dopisek pismem odręcznym:]* niezależnie od rasy lub wyznania, utożsamiający się z celami Stowarzyszenia.

[Koniec tłumaczenia pierwszej strony]

[Tłumaczenie strony drugiej:]

- 2 -

5) Wszelkie wnioski o członkostwo wymagają formy pisemnej. Członkowie przyjmowani są na mocy decyzji Zarządu.

6) Radzie przysługuje prawo do wykluczenia członka na zalecenie Zarządu, przy czym żaden członek nie może zostać wykluczony bez uprzedzenia oraz możliwości bycia wysłuchanym.

7) Zarządowi przysługuje prawo do wykluczenia lub zawieszenia członka w związku z niepłaceniem składek członkowskich wymaganych na mocy Statutu.

8) Członek może zrezygnować z członkostwa za pośrednictwem pisemnego zawiadomienia skierowanego do Stowarzyszenia.

WŁADZE

9) Organy Stowarzyszenia to:

a) Kongres,
b) Komisja,
c) Zarząd,
d) Prezydium.

10) a) KONGRES

(1) Zgromadzeniem ogólnym Stowarzyszenia jest Kongres.
(2) Kongres zwoływany jest raz na trzy lata lub w każdym wcześniejszym terminie, wedle decyzji Zarządu.
(3) Kongres jest najwyższym organem Stowarzyszenia.
(4) Wszystkim członkom Stowarzyszenia oraz delegatom stowarzyszeń członkowskich przysługuje prawo do uczestniczenia i głosowania na Kongresie.
(5) Kongres powołuje Zarząd i Komisję.
(6) Każdemu obecnemu członkowi przysługuje jeden głos.
(7) Delegaci stowarzyszeń członkowskich dysponują jednym głosem na 50 członków reprezentowanych przez siebie stowarzyszeń, jednakże nie więcej niż 10 głosami.
(8) Uchwały Kongresu zapadają zwykłą większością głosów obecnych i głosujących członków.
(9) Uchwały dotyczące zmiany Statutu Stowarzyszenia wymagają większości 75% obecnych i głosujących członków.

b) RADA

(1) Rada jest organem doradczym Stowarzyszenia i będzie składać się z liczby członków wynikającej z decyzji Kongresu.
(2) Rada będzie zwoływana przez Zarząd według potrzeby, jednak co najmniej raz do roku.
(3) Rada będzie rozpoznawać sprawy według porządku obrad sporządzonego przez Zarząd.
(4) Każdemu członkowi Rady przysługuje jeden głos.
(5) Uchwały Rady mające charakter ogólny lub mogące mieć wpływ na politykę Stowarzyszenia są przedstawiane Kongresowi do zatwierdzenia, jednakże są one wiążące od dnia ich podjęcia do dnia zatwierdzenia przez Kongres.

(6) Członek Rady może uprawnić jednego innego członka Rady do głosowania w jego imieniu na wszystkich posiedzeniach Rady.

[po lewej stronie fragment okrągłej pieczęci]
Państwo Izrael
[dalsza część nieczytelna]

[po prawej stronie fragment okrągłej pieczęci]
Naczelnik Okręgu Jerozolimy
2
[dalsza część nieczytelna]

[Koniec tłumaczenia strony drugiej]

[Tłumaczenie strony trzeciej:]

c) ZARZĄD

(1) Zarząd jest głównym organem wykonawczym Stowarzyszenia.
(2) Zarząd będzie się składał z co najmniej 19 i nie więcej niż 41 członków.
(3) Członkowie zarządu będą wybierani przez Kongres.
(4) Członkowie zarządu będą pełnili swoje funkcje od jednego Kongresu do następnego.
(5) Zarząd może włączyć do swojego składu członów Rady, pod warunkiem, że liczba włączonych członków nie przewyższy 25% Członków zarządu wybranych przez Kongres.
(6) Prezydent, dyrektor generalny i skarbnik będą członkami zarządu z mocy wykonywanej funkcji.
(7) Zarząd dokona wyboru przewodniczącego i zastępcy przewodniczącego spośród swoich członków.
(8) Zarząd przedstawi kandydatów na funkcję dyrektora generalnego i skarbnika.
(9) Siedzibą Zarządu jest Izrael.
(10) Pierwszy przewodniczący zarządu, dyrektor generalny i skarbnik będą wybrani przez Kongres.

d) PREZYDIUM

W skład Prezydium będą wchodzić:

Prezydent
Pięciu zastępców Prezydenta powoływanych za każdym razem przez Kongres
Przewodniczący zarządu
Dyrektor generalny
Skarbnik

Prezydent, Zastępcy prezydenta oraz Wiceprezydenci będą wybrani przez Kongres.

Rada może mianować członka Prezydium w miejsce członka, który ustąpił.
Prezydium jest stałym organem wykonawczym Stowarzyszenia.
Prezydium może włączyć do siebie nie więcej niż 3 członków w charakterze doradców.

11) Na środki Stowarzyszenia składają się:
(1) składki członkowskie,
(2) granty,
(3) darowizny, datki i spadki na podstawie przysporzenia testamentowego.

Wysokość składek członkowskich płatnych przez członków i organizacje członkowskie określa corocznie Zarząd.

12) Kompetencje
Stowarzyszenie uprawnione jest do podejmowania wszelkich działań, podpisywania wszelkich dokumentów, zawierania wszelkich umów oraz nabywania i zbywania wszelkiego mienia, które Zarząd uzna za konieczne i stosowne w celu spełnienia, osiągnięcia lub realizacji jakichkolwiek jego celów.

JĘZYKI

13) Oficjalnymi językami Stowarzyszenia są: hebrajski, angielski, francuski i hiszpański.

[fragment okrągłej nieczytelnej pieczęci]

[Koniec tłumaczenia strony trzeciej]

[Tłumaczenie strony czwartej:]

LIKWIDACJA

14) Kongres może podjąć decyzję o rozwiązaniu i likwidacji Stowarzyszenia na mocy specjalnej uchwały, podjętej na zwołanym w tym celu nadzwyczajnym zgromadzeniu, większością 75% głosów obecnych i głosujących członków.
Z chwilą rozwiązania, mienie Stowarzyszenia zostaje przeniesione na rzecz instytucji lub organizacji publicznej, zgodnie z decyzją Kongresu.

REPREZENTACJA I CZYNNOŚCI WYKONAWCZE

15) Prezydium reprezentuje Stowarzyszenie we wszelkich sprawach zgodnie ze stosowną uchwałą władz Stowarzyszenia, podjętą w ramach ich uprawnień, określonych w niniejszym Statucie.

16) Uchwały Prezydium podejmowane są zwykłą większością *[głosów]* jego członków, wybranych przez Kongres, obecnych i głosujących na posiedzeniu Prezydium, zwołanym zgodnie z zasadami przyjętym przez Prezydium w dowolnym czasie.

17) Prawo do podpisu w imieniu Stowarzyszenia określa w każdym czasie Prezydium, dopóki jednak nie postanowi inaczej, prawo do podpisu w imieniu Stowarzyszenia będzie przysługiwać w sposób łączny dwóm członkom Prezydium wyszczególnionym poniżej wraz z gumową pieczęcią zawierającą nazwę Stowarzyszenia:

Sędzia Haim Cohen – Prezydent

adw. Yitzhak Ganon – Zastępca prezydenta

adw. Itzchak Tonik - Zastępca prezydenta

dr adw. Yehoshua Rotenstreich - Zastępca prezydenta

adw. Baruch Geisman – Dyrektor generalny

18) Prezydium może wyznaczyć pracowników biurowych lub innych pracowników, za wynagrodzeniem lub charytatywnie, do realizacji celów Stowarzyszenia, a także określić ich funkcje, stanowisko, kompetencje i wynagrodzenie.

19) Mienie i przychody Stowarzyszenia służą wyłącznie do realizacji jego celów, a jakikolwiek podział jakiegokolwiek rodzaju zysku lub korzyści pomiędzy członków Stowarzyszenia jest zakazany.

[okrągła pieczęć]
[fragment Godła Państwa Izrael]
Ministerstwo Spraw Wewnętrznych
Naczelnik Okręgu Jerozolimy
2

[częściowo nieczytelna pieczęć]
Poświadczam za zgodność z oryginałem
[dalsze wpisy nieczytelne]
[podpis nieczytelny]
30.7.75

[fragment znaku opłaty skarbowej]

[fragment okrągłej nieczytelnej pieczęci]

[Koniec tłumaczenia strony czwartej.]
[Koniec tłumaczenia.]

==========

Ja niżej podpisany, Igor Dereń, tłumacz przysięgły języka hebrajskiego, wpisany na listę tłumaczy przysięgłych, prowadzoną przez Ministra Sprawiedliwości, pod numerem TP/74/16, poświadczam zgodność powyższego tłumaczenia z załączoną niepoświadczoną kopią dokumentu w języku hebrajskim.

Numer w repertorium: 424/2018

Wrocław, dnia 18 czerwca 2018 r.

mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

תקנון

של

הארגון הבינלאומי של עורכי-דין ומשפטנים יהודים

הקונגרס הבינלאומי הראשון של עורכי-דין ומשפטנים יהודים מכריז בזה על הקמת התאגיד בלתי פוליטי, שלא למען הפקת רווחים, בשם : הארגון הבינלאומי של עורכי-דין ומשפטנים יהודים עפ"י המטרות והתקנות המפורטים להלן :

השם

1) הארגון יקרא - "הארגון הבינלאומי של עורכי-דין ומשפטנים יהודים".

באנגלית - "THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS".

מטרד רשום וסניפים

2) מושב הארגון ומרכזו יהיה בירושלים. הארגון רשאי ליסד סניפים ומטרדים אזוריים במקומות ובמדינות לפי החלטת ההנהלה.

המטרות

3) מטרות הארגון הן :

א) לפעול, הן באופן עצמאי והן בשיתוף פעולה עם ארגונים בינלאומיים או לאומיים אחרים, ליסוד מסגרת משפטית בינלאומית מבוססת על שלטון החוק ביחסים בין עמים ומדינות; ולקדם זכויות האדם ועקרונות שוויון האדם וזכות כל מדינה ועם לחיי שלום.

ב) לקדם ולקיים שיתוף פעולה וחילופי מגע בין חברי הארגון.

ג) לקדם לימוד של בעיות משפטיות בעלות ענין מיוחד לקהילות יהודיות בעולם במסגרת החוק הבינלאומי והמקומי.

ד) לקדם, בהתייעצות עם המקצוע המשפטי בישראל ומוסדותיו, לימוד בעיות משפטיות בעלות ענין מיוחד למדינת ישראל.

ה) לחפש מידע ונתונים על המעמד המשפטי ותאישי של יהודים, להלכה ולמעשה, בארצות שונות, מתוך שימת לב מיוחדת למעמדם של יהודים במסגרת ההצהרות והאמנות הבינלאומיות לזכויות האדם והחוק הבינלאומי.

ו) לקדם לימוד ומחקר של מקורות המשפט העברי מתוך שימת לב למוסגים המשפטיים של עמים אחרים.

ז) בהקשר למטרות הנ"ל, לקדם לימוד ומחקר של שיטת החוק ההשוואתי במטרה להפיץ ידע בין חברי הארגון.

ח) לארגן, לידום ולקיים פער משפטי לנזקקים באמצעות חברי הארגון ומוסדותיו במקרים שיאושרו ע"י ההנהלה.

ט) בהתייחס לנ"ל לעסוק בכל ענין משפטי כפי שמוסדות הארגון יחליטו.

החברות

4) החברות בארגון פתוחה בפני :

א) עורכי-דין ומשפטנים יהודים.

ב) ארגונים של עורכי-דין ומשפטנים יהודים.

ג) עורכי-דין ומשפטנים וארגונים של עורכי-דין ומשפטנים אחרים המזדהים עם מטרות הארגון.

mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

5) כל בקשה להתקבל כחבר תוגש בכתב. חברים יתקבלו לפי החלטת ההנהלה.

6) המועצה יכולה להפסיק חברותו של חבר עפ"י המלצת ההנהלה, אך לא תופסק חברותו של חבר מבלי הודעה מראש והזדמנות להשמע.

7) ההנהלה רשאית להפסיק או להשהות את חברותו של כל חבר בגלל אי-תשלום דמי חבר המגיעים ממנו לפי התקנון.

8) חבר רשאי להתפטר מהארגון ע"י בקשה בכתב לארגון.

המוסדות

9) מוסדות הארגון הם :

א) הקונגרס.

ב) המועצה.

ג) ההנהלה.

ד) הנשיאות.

10) א) הקונגרס

(1) האספה הכללית של הארגון היא הקונגרס.

(2) הקונגרס יתכנס אחת לשלוש שנים או בכל מועד מוקדם יותר עליו תחליט ההנהלה.

(3) הקונגרס הוא המוסד העליון של הארגון.

(4) כל חברי הארגון ונציגי ארגונים חברים זכאים להשתתף ולהצביע בקונגרס.

(5) הקונגרס יבחר את ההנהלה ואת המועצה.

(6) כל חבר נוכח זכאי לקול אחד.

(7) נציגי ארגונים חברים יהיו זכאים לקול אחד בגין כל 50 חברים בארגון שהם מיצגים, אך לא יותר מ-10 קולות.

(8) החלטות בקונגרס תתקבלנה ברוב רגיל של חברים נוכחים ומצביעים.

(9) החלטות בדבר תקונים לתקנון הארגון תתקבלנה ברוב של 75% של חברים נוכחים ומצביעים.

ב) המועצה

(1) המועצה היא המוסד המייעץ של הארגון ותורכב ממספר חברים כפי שייקבע מפעם לפעם ע"י הקונגרס. מספר חברי המועצה כעת הנו 121.

(2) המועצה תכונס ע"י ההנהלה לפי הצורך ולפחות פעם בשנה.

(3) המועצה תדון בעניינים על סדר היום שיוכן ע"י ההנהלה.

(4) לכל חבר המועצה קול אחד.

(5) החלטות המועצה שיש להן אופי כללי או העשויות להשפיע על מדיניות הארגון תובאנה בפני הקונגרס לאישור, אולם עד לאישור הקונגרס תחייבנה מיום קבלת ההחלטה.

(6) חבר המועצה זכאי למנות חבר אחר מחברי המועצה להצביע במקומו בכל ישיבת המועצה.

mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

ג) ההנהלת

(1) ההנהלה היא המוסד המבצע העיקרי של תארגון.

(2) ההנהלה תורכב מלא פחות מ-19 ולא יותר מ-41 חברים.

(3) חברי ההנהלה יבחרו ע"י הקונגרס.

(4) חברי ההנהלה יכהנו מקונגרס לקונגרס.

(5) ההנהלת רשאית לצרף אליה חברים מחברי המועצה בתנאי שמספר החברים המצורפים לא יעלה על 25% מחברי ההנהלה שנבחרו ע"י הקונגרס.

(6) הנשיא, המנהל הכללי והגזבר יהיו חברי ההנהלה בתוקף תפקידם.

(7) ההנהלת תבחר ויו"ר יסגן יו"ר מבין חבריה.

(8) ההנהלה תמנה מנהל כללי וגזבר.

(9) מושב ההנהלה הוא בישראל.

(10) היו"ר הראשון של ההנהלה, המנהל הכללי והגזבר יבחרו ע"י הקונגרס.

ד) הנשיאות

הנשיאות תורכב מ :

הנשיא

חמישה מ"מ הנשיא שיתמנו ע"י קונגרס מפעם לפעם

יו"ר ההנהלה

המנהל הכללי

הגזבר

הנשיא ומ"מ הנשיא וסגני הנשיא יבחרו ע"י הקונגרס.
המועצה רשאית למנות חבר נשיאות במקום חבר שפקומו התפנה.
הנשיאות היא המוסד המבצע הקבוע של תארגון.
הנשיאות רשאית לצרף אליה לא יותר מ-3 חברים כיועצים.

11) המקורות הכספיים של הארגון הם:

(1) דמי חבר

(2) מענקים

(3) מתנות, תרומות ומתנות ע"פ צוואה.

דמי החבר המשתלמים ע"י חברים וארגונים חברים ייקבעו כל שנה ע"י ההנהלה.

12) סמכויות

לארגון תהיה הסמכות לעשות את כל אותם הדברים, לחתום על כל אותם המסמכים, להתחייב לפי כל אותם ההסכמים ולרכוש ולמכור כל אותו רכוש אשר ההנהלה תראה לדרוש ומתאים למילוי, להשגה או בצוע של כל אחת ממטרותיו.

שפות

13) השפות הרשמיות של תארגון הן : עברית, אנגלית, צרפתית וספרדית.

mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

פרוק

14) הקונגרס זכאי להחליט על פרוק הארגון עפ"י החלטה מיוחדת שתתקבל באסיפה מיוחדת שתכונס למטרת זאת ע"י רוב של 75% של חברים נוכחים ומצביעים.

בעת פרוק הארגון יועבר רכושו לאותו מוסד צבורי או ארגון לפי החלטת הקונגרס.

ייצוג וביצוע

15) הנשיאות תייצג את הארגון בכל עניין ועניך בהתאם להחלטות שתתקבלנה כדין ע"י מוסדות הארגון במסגרת סמכויותיהם כמוגדרות בתקנון זה.

16) החלטות הנשיאות תתקבלנה ברוב רגיל של חברי הנשיאות שנבחרו ע"י הקונגרס, הנוכחים ומצביעים בישיבת הנשיאות שכונסה לפי כללים שייקבעו ע"י הנשיאות מזמן לזמן.

17) זכות החתימה בשם הארגון תהיה כפי שייקבע מזמן לזמן ע"י הנשיאות וכל עוד לא נקבע אחרת תחייב את הארגון חתימה משותפת של שניים מחברי הנשיאות תמפורסים מטה בצירוף חותמת גומי הנושאת את שם הארגון :

השופט חיים כהן - נשיא

עו"ד יצחק גנוך - מ"מ הנשיא

עו"ד יצחק סרניק - מ"מ הנשיא

ד"ר יהושע רוטנשטרייך, עו"ד - מ"מ הנשיא

עו"ד ברוך גייכמן - המנהל הכללי

18) הנשיאות רשאית למנות פקידים ו/או עובדים אחרים, בשכר או בהתנדבות, לשם ביצוע מטרות הארגון ולקבוע את תפקידיהם, תאוריהם, סמכויותיהם ושכרם.

19) בכפי הכנסות הארגון ישמשו אך ורק למטרותיו וחלוקת רווחים או טובות הנאה בכל צורה שהיא, בין חברי הארגון, אסורת.

mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

TŁUMACZ PRZYSIĘGŁY JĘZYKA HEBRAJSKIEGO
mgr Igor Dereń

siedziba: ul. Zamiejska 5 lokal 5, 57-300 Kłodzko
oddział we Wrocławiu: ul. Wita Stwosza 3 lokal 111, 50-148 Wrocław
tel. 787 828 603 | email: igorderen@gmail.com | www.tlumaczenia.gogler.pl
wpisany na listę tłumaczy przysięgłych prowadzoną przez Ministra Sprawiedliwości pod nr TP/74/16

Uwagi tłumacza oznaczone są kursywą i znajdują się w nawiasach kwadratowych. Z uwagi na brak jednolitej konwencji przy transliteracji alfabetu hebrajskiego na łaciński, w pisowni imion i nazwisk mogą wystąpić oboczności. Tłumacz przysięgły nie weryfikuje autentyczności okazywanych mu dokumentów, a wykonane przez niego uwierzytelnione tłumaczenie nie świadczy o autentyczności dokumentu będącego przedmiotem przekładu.

TŁUMACZENIE UWIERZYTELNIONE Z JĘZYKA HEBRAJSKIEGO

[Tłumaczowi okazano dokument składający się z dwóch ponumerowanych stron załączonych do niniejszego tłumaczenia. Dokument dwujęzyczny. Tłumaczono jedynie części spisane w j. hebrajskim. Tekst spisany w j. angielskim przepisano do niniejszego tłumaczenia.]

[Tłumaczenie pierwszej strony:]

[znak graficzny]

MIĘDZYNARODOWE STOWARZYSZENIE ADWOKATÓW I PRAWNIKÓW ŻYDOWSKICH

[tekst w j. angielskim:] **THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS**

PROTOKÓŁ ZE ZGROMADZENIA MIĘDZYNARODOWEGO STOWARZYSZENIA ADWOKATÓW I PRAWNIKÓW ŻYDOWSKICH, ODBYTEGO W JEROZOLIMIE NA PIĄTYM KONGRESIE – CZWARTEK 30.7.1981

Przewodniczący Zgromadzenia – dr Yehoshua Rotenstreich

Protokolant Zgromadzenia – pani Ofra Kidron

Po odbyciu obrad podjęte zostały w formie nadzwyczajnych uchwał następujące uchwały:

Zgodnie z przepisami ustawy o stowarzyszeniach z 5740 – 1980 roku, postanowiono dostosować Statut Stowarzyszenia do wymogów prawa, w sposób następujący:

1. Po artykule 9) d) dodaje się artykuł o następującej treści:

9. e) Komisja Rewizyjna.

(1) Komisja Rewizyjna wybierana jest na Kongresie i składa się z członków w liczbie określonej przez Kongres w dowolnym czasie. W braku odmiennych ustaleń, składa się ona z trzech członków.

(2) Komisja Rewizyjna bada rejestry i księgi rachunkowe Stowarzyszenia i jest upoważniona do uzyskiwania wszelkich informacji wymaganych do pełnienia przez nią funkcji kontrolnych.

(3) Członkowie Komisji Rewizyjnej pełnią obowiązki od jednego Kongresu do następnego.

(4) Komisja Rewizyjna przedstawia swoje ustalenia i zalecenia Zarządowi Stowarzyszenia oraz Kongresowi na co najmniej dwa miesiące przed obradami Kongresu.

(5) Członkowie Komisji Rewizyjnej wybierają spośród siebie przewodniczącego i protokolanta.

(6) Przewodniczący Komisji Rewizyjnej zwołuje posiedzenia komisji co najmniej raz w roku.

(7) Kongres może postanowić, że w miejsce Komisji Rewizyjnej może zostać powołany biegły rewident.

(8) Członek Stowarzyszenia nie może pełnić równocześnie funkcji członka Zarządu i członka Komisji Rewizyjnej.

2. W artykule 10) a) dodaje się artykuł o następującej treści:

Artykuł 10) a) (10):

Zarząd Stowarzyszenia może zwołać w każdym czasie nadzwyczajny Kongres, natomiast jest zobowiązany do zwołania go na pisemny wniosek Komisji Rewizyjnej lub jednej dziesiątej wszystkich członków Stowarzyszenia.

Uchyla się treść artykułu 14 i zastępuje go następującą treścią:

artykuł 14) Kongres, którego porządek obrad obejmuje punkt dotyczący rozwiązania i likwidacji Stowarzyszenia, może postanowić o dobrowolnej likwidacji Stowarzyszenia i o powołaniu jednego lub więcej likwidatorów. Uchwała ta wymaga większości dwóch trzecich głosujących na zgromadzeniu, przy czym wszyscy członkowie Stowarzyszenia powinni otrzymać stosowne zawiadomienie z wyprzedzeniem co najmniej 21 dni, wraz z informacją, że na zgromadzeniu zostanie złożony wniosek dotyczący rozwiązania i likwidacji Stowarzyszenia.

.../2

[po lewej stronie fragment okrągłej nieczytelnej pieczęci]

[częściowo czytelna stopka adresowa w j. angielskim:] 2, HASOREQ ST., JERUSALEM

[Koniec tłumaczenia pierwszej strony]

[Tłumaczenie strony drugiej:]

[znak graficzny]

MIĘDZYNARODOWE STOWARZYSZENIE ADWOKATÓW I PRAWNIKÓW ŻYDOWSKICH

[tekst w j. angielskim:] **THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS**

Zgodnie z przepisami artykułu 17) Statutu, niniejszym postanawia się, że prawo do podpisu w imieniu Stowarzyszenia określa w każdym czasie Prezydium, dopóki jednak nie postanowi inaczej, prawo do podpisu w imieniu Stowarzyszenia będzie przysługiwać w sposób łączny dwóm członkom Prezydium wyszczególnionym poniżej wraz z gumową pieczęcią zawierającą nazwę Stowarzyszenia:

Sędzia Haim Cohen – Prezydent

dr Yehoshua Rotenstreich – Pierwszy zastępca Prezydenta

adw. Yitzhak Ganon – Zastępca Prezydenta

adw. Baruch Geisman – Dyrektor generalny

adw. Menachem Berger – Skarbnik

adw. Avraham Hori – Honorowy Sekretarz Generalny

[podpis nieczytelny]	*[podpis nieczytelny]*
dr Y. Rotenstreich	Ofra Kidron
Przewodniczący Zgromadzenia	Protokolant

[po lewej stronie fragment okrągłej nieczytelnej pieczęci]

[Koniec tłumaczenia strony drugiej.]

[Koniec tłumaczenia.]

==========

Ja niżej podpisany, Igor Dereń, tłumacz przysięgły języka hebrajskiego, wpisany na listę tłumaczy przysięgłych, prowadzoną przez Ministra Sprawiedliwości, pod numerem TP/74/16, poświadczam zgodność powyższego tłumaczenia z załączoną niepoświadczoną kopią dokumentu w języku hebrajskim.

Numer w repertorium: 425/2018

Wrocław, dnia 18 czerwca 2018 r.

mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

פרטיכל מאסיפה כללית של הארגון הבינלאומי של עורכי-דין ומשפטנים יהודים שנערכה בירושלים בעת הקונגרס החמישי - יום ה' 30.7.1961

יו"ר האסיפה הכללית - ד"ר יהושע רוטנשטרייך
מזכירת האסיפה - גב' עפרה קדרון

לאחר דיון נתקבלו ההחלטות הבאות בהחלטות מיוחדות:

בהתאם להוראות חוק העמותות תש"ם - 1980 הוחלט להתאים את תקנון הארגון לדרישות החוק כדלקמן:

1. אחרי סעיף 9) ד) יתווסף הסעיף הבא:

9. ה) ועדת בקורת.

(1) ועדת בקורת תבחר בקונגרס ותורכב ממספר חברים כפי שייקבע מזמן לזמן ע"י הקונגרס.
כל זמן שלא נקבע אחרת יהיה מספר החברים שלושה.

(2) ועדת הבקורת תבקר את פנקסי הארגון ואת השבונותיו ותהיה מוסמכת לקבל כל מידע שיידרש למלוי תפקידי הבקורת.

(3) חברי ועדת הבקורת יכהנו מקונגרס לקונגרס.

(4) ועדת הבקורת תגיש ממצאיה והשלצותיה להנהלת הארגון ולקונגרס לפחות חדשיים לפני מועד כנוס הקונגרס.

(5) חברי ועדת הבקורת יבחרו מביניהם יושב-ראש ומזכיר.

(6) יושב-ראש ועדת הבקורת יזמן ישיבות הועדה לפחות אחת לשנה.

(7) הקונגרס רשאי להחליט בי במקום ועדת בקורת ימונה רואה-חשבון.

(8) לא יכהן חבר הארגון בעת ובעונה אחת כחבר ההנהלה וכחבר ועדת הבקורת.

2. לתקנה 10) (א) יתווסף התקנה הבאה:

תקנה 10) (א) (10):

הנהלת הארגון רשאית לכנס בכל עת קונגרס גלא מן המנין ועליה לעשות כן לפי דרישה בכתב של ועדת הבקורת או של עשירית מכלל חברי הארגון.

תקנה 14) תבוטל ובמקומה תבוא התקנה הבאה:

תקנה 14) הקונגרס שבסדר יומו יכלל טעיף על פירוק הארגון רשאי להחליט על פירוק הארגון מרצון ועל מנוי כפרק או מפרקים. ההחלטה טעונה רוב של שני שלישים מן המצביעים באסיפה שעליה נתנה הודעה לכל חברי הארגון 21 יכים מראש, תוך ציון שיוצע באסיפה להחליט על פירוק הארגון.

2/...

mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

בהתאם להוראות סעיף 17) של התקנון נקבע בזה שזכות החתימה בשם הארגון תהיה כפי שייקבע מזמן לזמן ע"י הנשיאות וכל עוד לא נקבע אחרת תחייב את הארגון חתימה משותפת של שניים מחברי הנשיאות המפורטים מטה בצירוף חותמת גומי הנושאת את שם הארגון:

השופט חיים כהן	-	נשיא
ו"ר יהושע רוטנשטרייך		מ"מ ראשון לנשיא
עו"ד יצחק גנון	-	מ"מ הנשיא
עו"ד ברוך גייכמן	-	מנהל כללי
עו"ד מנחם ברגר	-	גזבר
עו"ד אברהם תורי	-	מזכיר כללי כבוד

ד"ר י. רוטנשטרייך
יו"ר האסיפה הכללית

עפרה קדרון
מזכירת האסיפה

mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

TŁUMACZ PRZYSIĘGŁY JĘZYKA HEBRAJSKIEGO
mgr Igor Dereń

siedziba: ul. Zamiejska 5 lokal 5, 57-300 Kłodzko
oddział we Wrocławiu: ul. Wita Stwosza 3 lokal 111, 50-148 Wrocław
tel. 787 828 603 | email: igorderen@gmail.com | www.tlumaczenia.gogler.pl
wpisany na listę tłumaczy przysięgłych prowadzoną przez Ministra Sprawiedliwości pod nr TP/74/16

Uwagi tłumacza oznaczone są kursywą i znajdują się w nawiasach kwadratowych. Z uwagi na brak jednolitej konwencji przy transliteracji alfabetu hebrajskiego na łaciński, w pisowni imion i nazwisk mogą wystąpić oboczności. Tłumacz przysięgły nie weryfikuje autentyczności okazywanych mu dokumentów, a wykonane przez niego uwierzytelnione tłumaczenie nie świadczy o autentyczności dokumentu będącego przedmiotem przekładu.

TŁUMACZENIE UWIERZYTELNIONE Z JĘZYKA HEBRAJSKIEGO

[Dokument dwujęzyczny. Tłumaczono jedynie części spisane w j. hebrajskim. Tekst spisany w j. angielskim przepisano do niniejszego tłumaczenia.]

[znak graficzny]

MIĘDZYNARODOWE STOWARZYSZENIE ADWOKATÓW I PRAWNIKÓW ŻYDOWSKICH

[tekst w j. angielskim:] **THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS**

DODATEK DO PROTOKÓŁU ZE ZGROMADZENIA MIĘDZYNARODOWEGO STOWARZYSZENIA ADWOKATÓW I PRAWNIKÓW ŻYDOWSKICH, ODBYTEGO W JEROZOLIMIE NA PIĄTYM KONGRESIE – CZWARTEK 30.7.1981

Przewodniczący Zgromadzenia – dr Yehoshua Rotenstreich, adwokat

Protokolant Zgromadzenia – pani Ofra Kidron

Po odbyciu obrad podjęte zostały w formie nadzwyczajnych uchwał następujące uchwały:

Zgodnie z przepisami ustawy o stowarzyszeniach z 5740 – 1980 roku (ustawy), postanowiono dodać następujące zmiany, aby dostosować Statut Stowarzyszenia do wymogów prawa:

W artykule 2 uchwały przesłanej do Rejestru Stowarzyszeń, stanowiącej załącznik do pisma z 18.10.82, wprowadza się następujące postanowienia:

a) artykuł 10 a) (9) zostaje uchylony i zastąpiony postanowieniem o następującej treści:

> 10 a) (9) – Uchwały dotyczące zmian Statutu Stowarzyszenia podejmuje się na zwołanym w tym celu Zgromadzeniu, na mocy uchwały podjętej większością 75% uprawnionych do głosowania na tymże Zgromadzeniu.

b) w artykule 10 a) (2) dodaje się następujący akapit:

„Zwyczajne Zgromadzenie członków Stowarzyszenia zwołuje się w terminach określonych w Statucie, nie rzadziej niż raz do roku. Zarząd Stowarzyszenia może zwołać Nadzwyczajne

Zgromadzenie w każdym czasie, natomiast jest zobowiązany do zwołania go na pisemny wniosek organu kontroli - Komisji Rewizyjnej lub jednej dziesiątej wszystkich członków Stowarzyszenia."

[fragment częściowo czytelnej pieczęci]

Urząd

[dalsza część pieczęci nieczytelna]

[podpis nieczytelny]	*[podpis nieczytelny]*
dr Y. Rotenstreich, adwokat	Ofra Kidron
Przewodniczący Zgromadzenia	Protokolant

[po lewej stronie fragment okrągłej nieczytelnej pieczęci]

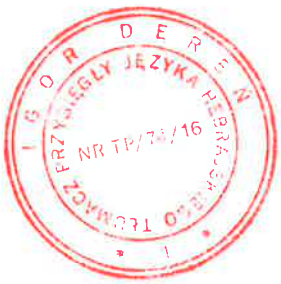
[Koniec tłumaczenia.]

==========

Ja niżej podpisany, Igor Dereń, tłumacz przysięgły języka hebrajskiego, wpisany na listę tłumaczy przysięgłych, prowadzoną przez Ministra Sprawiedliwości, pod numerem TP/74/16, poświadczam zgodność powyższego tłumaczenia z załączoną niepoświadczoną kopią dokumentu w języku hebrajskim.

Numer w repertorium: 426/2018

Wrocław, dnia 18 czerwca 2018 r.



mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

DALSZA CZĘŚĆ
STRONY PUSTA

הארגון הבינלאומי של עורכי־דין ומשפטנים יהודים
THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS

תוספת לפרוטוקול מאסיפה כללית של הארגון הבינלאומי
של עורכי-דין ומשפטנים יהודים, שנערכה בירושלים
בעת הקונגרס החמישי, יום ה' 30.7.1981

יו"ר האסיפה הכללית - ד"ר יהושע רוטנשטרייך, עו"ד
מזכירת האסיפה - גב' עפרה קדרון

לאחר דיון נתקבלו ההחלטות הנוספות הבאות כהחלטות מיוחדות:

בהתאם להוראות חוק העמותות תש"ם - 1980 (החוק), הוחלט להוסיף את התקונים המפורטים להלן על מנת להתאים את תקנון הארגון לדרישות החוק כדלקמן:

בסעיף 2 של ההחלטות שנשלחו לרשם העמותות בצרוף למכתב מיום 18.10.82 תוספנה התקנות הבאות:

א) תקנה 10 א) (9) תבוטל ובמקומה תבוא התקנה הבאה:

10 א) (9) - החלטות בדבר תקונים לתקנון הארגון תתקבלנה באסיפה שנקראה למטרה זו בהחלטה שנתקבלה ברוב של 75% של הזכאים להצביע בה.

ב) לתקנה 10 א) (2) תוסף הפסקא הבאה:
"אסיפה כללית רגילה של חברי הארגון תתקיים במועדים הקבועים בתקנונה ולא פחות מאחת לשנה. הנהלת הארגון רשאית לכנס בכל עת אסיפה כללית שלא מן המנין ועליה לעשות כן לפי דרישה בכתב של ועדת הבקורת של הגוף המבקר או של עשירית מכלל חברי הארגון."

ד"ר י. רוטנשטרייך, עו"ד
יו"ר האסיפה הכללית

עפרה קדרון
מזכירת האסיפה

משרד הפנים - רישום עמותות

mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

TŁUMACZ PRZYSIĘGŁY JĘZYKA HEBRAJSKIEGO
mgr Igor Dereń

siedziba: ul. Zamiejska 5 lokal 5, 57-300 Kłodzko
oddział we Wrocławiu: ul. Wita Stwosza 3 lokal 111, 50-148 Wrocław
tel. 787 828 603 | email: igorderen@gmail.com | www.tlumaczenia.gogler.pl
wpisany na listę tłumaczy przysięgłych prowadzoną przez Ministra Sprawiedliwości pod nr TP/74/16

Uwagi tłumacza oznaczone są kursywą i znajdują się w nawiasach kwadratowych. Z uwagi na brak jednolitej konwencji przy transliteracji alfabetu hebrajskiego na łaciński, w pisowni imion i nazwisk mogą wystąpić oboczności. Tłumacz przysięgły nie weryfikuje autentyczności okazywanych mu dokumentów, a wykonane przez niego uwierzytelnione tłumaczenie nie świadczy o autentyczności dokumentu będącego przedmiotem przekładu.

TŁUMACZENIE UWIERZYTELNIONE Z JĘZYKA HEBRAJSKIEGO

[Dokument dwujęzyczny. Tłumaczono jedynie części spisane w j. hebrajskim. Tekst spisany w j. angielskim przepisano do niniejszego tłumaczenia.]

[fragment częściowo czytelnej okrągłej pieczęci]
Ministerstwo Spraw Wewnętrznych
[dalsza część pieczęci nieczytelna]

[znak graficzny]

MIĘDZYNARODOWE STOWARZYSZENIE ADWOKATÓW I PRAWNIKÓW ŻYDOWSKICH

[tekst w j. angielskim:] **THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS**

PROTOKÓŁ ZE ZGROMADZENIA MIĘDZYNARODOWEGO STOWARZYSZENIA ADWOKATÓW I PRAWNIKÓW ŻYDOWSKICH, ODBYTEGO W JEROZOLIMIE NA PIĄTYM KONGRESIE – CZWARTEK 30.7.1981

Przewodniczący Zgromadzenia – dr Yehoshua Rotenstreich

Protokolant Zgromadzenia – pani Ofra Kidron

Po odbyciu obrad podjęta została w formie nadzwyczajnej uchwały następująca uchwała:

W artykule 14 Statutu Stowarzyszenia dodaje się następujący akapit:

Z chwilą rozwiązania i likwidacji Stowarzyszenia, jego majątek zostaje przeniesiony na rzecz instytucji lub organizacji publicznej według uchwały Kongresu, z zastrzeżeniem, że majątek ten zostanie przeniesiony dla realizacji celów zbliżonych do celów Stowarzyszenia. Członkom Stowarzyszenia zakazuje się przyjmowania jakiejkolwiek części majątku Stowarzyszenia.

[podpis nieczytelny]	*[podpis nieczytelny]*
dr Y. Rotenstreich, adwokat	Ofra Kidron
Przewodniczący Zgromadzenia	Protokolant

[po prawej stronie fragment okrągłej nieczytelnej pieczęci]

[Koniec tłumaczenia.]

==========

Ja niżej podpisany, Igor Dereń, tłumacz przysięgły języka hebrajskiego, wpisany na listę tłumaczy przysięgłych, prowadzoną przez Ministra Sprawiedliwości, pod numerem TP/74/16, poświadczam zgodność powyższego tłumaczenia z załączoną niepoświadczoną kopią dokumentu w języku hebrajskim.

Numer w repertorium: 427/2018

Wrocław, dnia 18 czerwca 2018 r.

IGOR DEREŃ TŁUMACZ PRZYSIĘGŁY JĘZYKA HEBRAJSKIEGO NR TP/74/16

mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

DALSZA CZĘŚĆ
STRONY PUSTA

הארגון הבינלאומי של עורכי-דין ומשפטנים יהודים
THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS

פרסיכל מאסיפה כללית של הארגון הבינלאומי של עורכי-דין
יהודים שנערכה בירושלים בעת הקונגרס החמישי - יום ה' 30.7.1981

יו"ר האסיפה הכללית - ד"ר יהושע רוזנשטריין
מזכירת האסיפה - גב' עמרה קדרון

לאחר דיון נתקבלה ההחלטה הבאה כהחלטה מיוחדת:

בתקנת 14 מתקנות העמותה מתווסף המשקה הבאה:

בעת פירוק הארגון יועבר רכושו לאותו פוסד צבורי או
ארגון לפי החלטת הקונגרס ובלבד שהרכוש יועבר לצורך
פימוש מטרות הדומות למטרות הארגון. אסור יהיה לחברי
הארגון לקבל כל חלק שהוא ברכוש הארגון.

ד"ר י. רוזנשטריין, עו"ד
יו"ר האסיפה הכללית

עמרה קדרון
מזכירת האסיפה

mgr Igor Dereń
tłumacz przysięgły
języka hebrajskiego

Załącznik 2

Uchwała IAJLJ w sprawie udzielenia pełnomocnictwa.

(wraz z tłumaczeniem przysięgłym z języka angielskiego na język polski oraz potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa)

RESOLUTION OF THE EXECUTIVE COMMITTEE

OF

THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWYERS AND JURISTS IN ISRAEL ("IAJLJ")

dated19/3/2018

concerning

IAJLJ's request for leave of the Constitutional Court to file an *Amicus Curiae* brief (the "**Opinion**") in the matter of the application dated 14 February 2018 by the President of the Republic of Poland to verify whether certain provisions of the Act of 26 January 2018 to amend the Act on the Institute of National Remembrance – Commission for Investigation of Crimes Against the Polish Nation, the Military Graves and Cemeteries Act, the Museums Act and the Corporate Liability for Proscribed Punishable Conduct Act (Journal of Laws of 2018, item 369) ("**INRA Amendment**") are compatible with the Constitution of the Republic of Poland (the "**Polish Constitution**"), which said matter is heard as case no. K 1/28 (the "**Case**"), and concerning a grant by IAJLJ of a power of attorney to be represented in the Case (the "**Resolution**").

Pursuant to Articles 16 and 17 of the IAJLJ's Articles of Association (enclosed herewith as Appendix 1) in conjunction with the Constitutional Court (Organization and Mode of Proceedings) Act of 30 November 2016 (Journal of Laws, 2016, item 2072), **it is resolved as follows**:

§ 1

Considering that:

1. the Case, which involves a constitutional review of the INRA Amendment, is now before the Constitutional Court;
2. the matter which the Case is concerned with falls within the statutory objects of the IAJLJ; and
3. the IAJLJ has drawn up the Opinion concerning the Case;

IAJLJ will request leave of the Constitutional Court to file the Opinion.

§ 2

1. The Power of Attorney to act in the Case is granted to:

Wojciech Kozłowski, legal advisor,

Radosław Góral, legal advisor,

Michał Jabłoński, advocate,

of Dentons Europe Dąbrowski i Wspólnicy sp.k.

Rondo ONZ 1, XXX piętro, 00-124 Warszawa,

(jointly, the "**Attorneys**").

2. The Power of Attorney gives each Attorney an authority to individually seek leave of the Constitutional Court to file the Opinion, represent the IAJLJ in the Case and perform any acts, whether in fact or in law, in connection with the Case.
3. The Power of Attorney gives each Attorney an authority to grant further powers of attorney.
4. The authority granted hereunder shall be effective upon adoption of this Resolution, with no further approval needed.
5. This Power of Attorney is governed by the laws of Poland.

§ 3

1. This Resolution shall become effective upon adoption.
2. There were 5 votes in favor of the Resolution, therefore, the Resolution is adopted.
3. There are 8 members of the Executive Committee. According to the Appendix of the Articles of Association, two members of the Executive Committee can sign any binding document of the IAJLJ in addition to its official stamp.

Adv. Linzen Meir, President - .....

Adv. Reisner Daniel, Vice President - .....

KRZYSZTOF MĄKOSA
TŁUMACZ PRZYSIĘGŁY
języka angielskiego
02-796 Warszawa
ul. Wąwozowa 18 m. 100
woj. mazowieckie

TŁUMACZENIE POŚWIADCZONE Z JĘZYKA ANGIELSKIEGO

[Do tłumaczenia przedstawiono dokument składający się z dwóch nieponumerowanych stron. Uwagi tłumacza zostały wyróżnione w tekście kursywą i umieszczone w nawiasach kwadratowych.] ..

.....

UCHWAŁA ZARZĄDU

MIĘDZYNARODOWEGO STOWARZYSZENIA PRAWNIKÓW I JURYSTÓW ŻYDOWSKICH W IZRAELU („IAJLJ")

z dnia 19/3/2018

w sprawie

zwrócenia się do Trybunału Konstytucyjnego o wyrażenie zgody na złożenie przez IAJLJ opinii *Amicus Curiae* („**Opinia**") w sprawie z wniosku Prezydenta Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 14 lutego 2018 r. o zbadanie zgodności niektórych przepisów ustawy z dnia 26 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2018 r. Poz. 369) („**Nowelizacja uIPN**") z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej („**Konstytucja RP**"), rozpatrywanej przez Trybunał Konstytucyjny pod sygnaturą akt K 1/28 („**Postępowanie**") oraz udzielenia pełnomocnictwa do reprezentowania IAJLJ w Postępowaniu („**Uchwała**").

Działając na podstawie Artykułów 16 i 17 Statutu IAJLJ (stanowiącego Załącznik nr 1 do niniejszej Uchwały), w związku z Ustawą z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. z 2016 r. poz. 2072), **uchwala się, co następuje**:

§ 1

W związku z faktem, że:

1. przed Trybunałem Konstytucyjnym toczy się obecnie Postępowanie, którego przedmiotem jest kontrola konstytucyjna przepisów Nowelizacji uIPN;
2. sprawa stanowiąca przedmiot Postępowania wiąże się z działalnością statutową IAJLJ; oraz
3. IAJLJ przygotowało Opinię dotyczącą Postępowania;

IAJLJ zwróci się do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o wyrażenie zgody na złożenie Opinii.

§ 2

1. Pełnomocnictwa do działania w Postępowaniu udziela się:

r.pr. Wojciechowi Kozłowskiemu,

r.pr. Radosławowi Góralowi,

adw. Michałowi Jabłońskiemu,

z kancelarii prawniczej Dentons Europe Dąbrowski i Wspólnicy sp.k.

Rondo ONZ 1, XXX piętro, 00-124 Warszawa,

(zwanym dalej łącznie „**Pełnomocnikami**").

2. W ramach udzielonego Pełnomocnictwa, każdy z Pełnomocników umocowany jest do samodzielnego zwrócenia się do Trybunału Konstytucyjnego o wyrażenie zgody na złożenie Opinii, reprezentowanie IAJLJ w Postępowaniu oraz podejmowanie wszelkich czynności faktycznych i prawnych związanych z Postępowaniem.

3. W ramach udzielonego Pełnomocnictwa, każdy z Pełnomocników może udzielać dalszych pełnomocnictw.

4. Umocowanie objęte niniejszym Pełnomocnictwem jest skuteczne od chwili podjęcia niniejszej Uchwały, bez konieczności jego dodatkowego zatwierdzania.

5. Niniejsze Pełnomocnictwo podlega prawu polskiemu.

§ 3

1. Niniejsza Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

2. Za podjęciem Uchwały oddano 5 głosów i w związku z powyższym Uchwała została podjęta.

3. Zarząd składa się z 8 członków. Zgodnie z Załącznikiem do Statutu, dwóch członków Zarządu może podpisać jakikolwiek wiążący dokument IAJLJ, dodatkowo opatrzony oficjalną pieczęcią.

adw. Linzen Meir, Prezes - [*podpis nieczytelny*]

adw. Reisner Daniel, Wiceprezes - [*podpis nieczytelny*]

Repertorium nr 41/2018

Ja, niżej podpisany, Krzysztof Mąkosa, tłumacz przysięgły języka angielskiego, wpisany na listę tłumaczy przysięgłych Ministra Sprawiedliwości z dniem 14 grudnia 2005 r. pod numerem TP/5753/05, zaświadczam zgodność powyższego tłumaczenia z okazanym mi oryginałem dokumentu sporządzonego w języku angielskim.

KRZYSZTOF MĄKOSA TŁUMACZ PRZYSIĘGŁY JĘZYKA ANGIELSKIEGO NR TP/5753/05

Warszawa, dnia 18 czerwca 2018 roku

TŁUMACZ PRZYSIĘGŁY

mgr Krzysztof Mąkosa

Bank Pekao

Potwierdzenie wykonanej operacji

w systemie bankowości internetowej PekaoBIZNES24

Dane właściciela rachunku

Nazwa właściciela	DENTONS EUROPE DĄBROWSKI I WSPÓLNICY SP.K.	Adres właściciela	RONDO ONZ 1, 00-124 WARSZAWA
Rachunek właściciela	52 1240 1037 1111 0010 3910 8464		

Dane kontrahenta/zleceniodawcy

Nazwa	**Urząd Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy**	Adres	**Nowogrodzka 43 00-691 Warszawa**
Rachunek	**60 1030 1508 0000 0005 5001 0038**		

Szczegóły operacji

Data waluty	22.06.2018
Data księgowania	22.06.2018
Kwota	**-51,00 PLN**
Tytuł operacji	**Opł od pełn dla W.Kozłowski, R.Góra I, M.Jabłoński do reprez. THE INTER NATIONAL ASSOCIATION OF JEWISH LAWY ERS AND JURISTS, sygn.akt TK K 1/18**
Kod operacji	020
Opis kodu operacji	Przelew krajowy (-)
Referencje banku	011062261510178

Data wystawienia 22.06.2018 12:52

W rozliczeniach transgranicznych należy używać numeru rachunku IBAN oraz kodu BIC
Numer IBAN tego rachunku: PL52 1240 1037 1111 0010 3910 8464, kod BIC Banku Pekao SA: PKOPPLPW
Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, wpisany pod numerem KRS: 0000014843 do Rejestru Przedsiębiorców, prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 526-00-06-841, wysokość kapitału zakładowego i kapitału wpłaconego: 262 470 034 złotych, według stanu na dzień 28 grudnia 2012 r.
Środki zgromadzone w Banku Pekao S.A. (dalej: Bank) na rachunkach bankowych objęte są gwarancją Bankowego Funduszu Gwarancyjnego (dalej: BFG).

Dokument sporządzony elektronicznie na podstawie Art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy Prawo bankowe, Art. 60 kc, Art. 20 ust. 2 i 5 Ustawy o rachunkowości. Nie wymaga stempla i podpisu.

Wersja angielska opinii *Amicus Curiae*.

Warsaw, 26 June 2018

Constitutional Court
Al. Jana Christiana Szucha 12a
00-918 Warszawa

CC file number: **K 1/18**

AMICUS CURIAE BRIEF

by

The International Association of Jewish Lawyers and Jurists

IN THE MATTER

of Polish President's application to verify whether certain provisions of the Act of 18 December 1998 on the Institute of National Remembrance – Commission for Investigation of Crimes Against Polish Nation (as consolidated in *Journal of Laws* of 2016, item 1575, and subsequently amended), as amended by the Act to amend the Act on the Institute of National Remembrance – Commission for Investigation of Crimes Against Polish Nation (*Journal of Laws* of 2018, item 369), are compatible with the Polish Constitution

The International Association of Jewish Lawyers and Jurists (Polish: *Międzynarodowe Stowarzyszenie Adwokatów i Prawników Żydowskich*) (**"IAJLJ"** or the "**Association**") **submits** this *Amicus Curiae* brief (the "**Opinion**") to the Constitutional Court (further also referred to as the "**Court**" or "**CC**") in the matter of the application dated 14 February 2018 by the President of the Republic of Poland (the "**Polish President**" and the "**Presidential Application**", respectively) to verify whether certain provisions of the Act of 26 January 2018 to amend the Act on the Institute of National Remembrance – Commission for Investigation of Crimes Against Polish Nation, the Military Graves and Cemeteries Act, the Museums Act and the Corporate Liability for Proscribed Punishable Conduct Act (*Journal of Laws*

of 2018, item 369) ("**INRA Amendment**"), are compatible with the Constitution of the Republic of Poland ("**Polish Constitution**"), and wishes to **point out** that in the opinion of IAJLJ:

I. **Article 55a** of the Act of 18 December 1998 on the Institute of National Remembrance – Commission for Investigation of Crimes Against Polish Nation (as consolidated in Journal of Laws of 2016, item 1575, and subsequently amended) ("**INRA**" or the "**Act**"):

   a. is incompatible with **Article 2** and **Article 43** of Polish Constitution;

   b. is incompatible with **Article 54(1)** of Polish Constitution read in conjunction with **Article 31(3)** of Polish Constitution;

II. **Article 55a (1) and (2)** INRA, when read in conjunction with **Article 55b** INRA, is incompatible with **Article 2, Article 31(3)** and **Article 43** of Polish Constitution to the extent it imposes criminal liability under Article 55a (1) and (2) INRA on Polish citizens and foreign nationals regardless of the law of the place of commission of the offence.

* * * * *

For the convenience of the Constitutional Court and the other parties in these proceedings, IAJLJ first provides a table of contents before embarking on its argument below.

TABLE OF CONTENTS

I. Request for Constitutional Court to consider this Opinion 5

II. Summary of arguments and conclusions 7

2.1. Article 55a INRA is incompatible with Article 54 (1) in conjunction with Article 31 (3) of the Polish Constitution, as it excessively restricts the freedom of expression and freedom to express views 7

2.2. Article 55a INRA fails the legal specificity and decent legislation tests (Article 2 of the Polish Constitution) and the defined criminal sanction test (Article 42 of the Polish Constitution) 7

2.3. Article 55b in conjunction with Article 55a INRA is incompatible with Articles 2 and 42 of the Polish Constitution 8

2.4. Article 55a INRA is incompatible with the international freedom of expression protection standards: the european ECHR standard and the universal U.N. standard. 9

III. Review of Presidential Application's arguments 10

IV. Purpose of the Act – introductory notes 14

V. Article 55a inra is incompatible with article 54 (1) in conjunction with article 31 (3) of the Polish constitution, as it excessively restricts the freedom of expression and freedom to express views 15

5.1. Introductory Notes 15

5.1.1. Freedom of expression as a constitutional value and its limits 15

5.1.2. Standard for the constitutionality of restrictions of freedoms under Article 31 (3) of the Polish Constitution 18

5.2. Re: protection of the good name of the polish nation and the polish state as a constitutional value essentially justifies some restriction of the freedom of expression 19

5.3. Proportionality test 21

5.3.1. Usefulness test 21

5.3.2. Indispensability test 23

5.3.3. Proportionality test sensu stricte 24

VI. Article 55a inra fails the legal specificity and decent legislation tests (Article 2 of the Polish Constitution) and the specific criminal sanction test (Article 42 of the Polish Constitution) 28

6.1. Article 55a INRA – a logical and linguistic analysis 28

6.1.1. It is difficult to interpret the terms "Polish Nation" and "Polish State" in the context of those who would be attributed, "against facts", responsibility for the historical events named in the Act 28

6.1.2. The offence of "attributing responsibility" for Nazi and other crimes to the "Polish Nation or Polish State" is defectively defined 29

6.1.3. The offence of "attributing responsibility" for crimes committed by "German Third Reich" is defectively defined 31

6.1.4. Constitutional standard of legal specificity of criminal law 32

6.1.5. Conclusions 34

6.2. The unintentional type of the crime: Article 55a(2) INRA 35

6.3. Scientific or artistic activities as a justification 38

6.3.1. The justification described in Article 55a(3) INRA does not change the view that Article 55a INRA is unconstitutional 38

6.3.2. Ignoring exemption of liability for journalistic activities 40

VII. article 55b in conjunction with article 55a inra is incompatible with articles 2 and 42 of the polish constitution 42

7.1. The presidential application also covers review of article 55b inra for compatibility with the standards laid down in articles 2 and 42 of the constitution 42

7.2. Article 55b in conjunction with article 55a inra does not meet the standards for the specificity of laws and for proper legislation (article 2 of the polish constitution) or the specificity of criminal penalties (article 42 of the polish constitution) 42

7.3. Article 55b in conjunction with article 55a inra does not meet the proportionality standard (article 2 of the polish constitution and article 31 (3) of the polish constitution) 43

VIII. Memory laws and freedom of speech restrictions – a comparative law and international law perspective 47

8.1. Introductory Notes 47

8.2. Admissibility of freedom of speech restrictions in the context of laws addressing statements about history – case law of international human rights institutions 48

8.3. Criminalization of denial as a special case of admissible freedom of speech restrictions – case law of international human rights institutions 54

8.4. Article 55a INRA – comparative law perspective 60

ARGUMENT

I. REQUEST FOR CONSTITUTIONAL COURT TO CONSIDER THIS OPINION

1. The International Association of Jewish Lawyers and Jurists ("**IAJLJ**") is an international non-governmental organization ("**NGO**") comprising legal practitioners and academic jurists in more than 50 countries. Among its founders were Supreme Court Justice Haim Cohn of Israel, US Supreme Court Justice and US ambassador to the United Nations Arthur Goldberg, and Nobel Peace Prize laureate René Cassin of France, the main author of the Universal Declaration of Human Rights. The Association's current President is Meir Linzen. The IAJLJ is affiliated with the World Jewish Congress.

2. The IAJLJ has Category II Status as an NGO at the United Nations, enabling it to participate in the deliberations of various UN bodies, including the Human Rights Council which assesses compliance with international standards for human rights protection across UN Member States. The IAJLJ presents opinions on international legal matters that are critical to protecting the rights and freedoms of individuals.

3. In its capacity, the IAJLJ concentrates on a wide range of issues related to human rights protection, with particular emphasis on fighting anti-Semitism by law, promoting peace and preventing genocide and war crimes, in addition to international cooperation based on the rule of law and democracy. The IAJLJ also participates in important events related to World War II history, such as the recent commemorations of the 75th anniversary of the Warsaw Ghetto Uprising, where a speech was delivered at the Nożyk Synagogue in Warsaw by the IAJLJ President Meir Linzen, who recalled the story of his close family whose survival throughout World War II was assisted by Poles.

4. This Amicus Curiae Brief submitted to the Polish Constitutional Court in case K1/18 re "Preventing the falsification of Polish history; protecting the good name of the Republic of Poland and of the Polish Nation" reflects the IAJLJ's involvement in issues that have legal and symbolic significance. Legally, the amendment to the Institute of National Remembrance Act concerns primarily the extent of lawful interference with the freedom of expression and scientific research with respect to Polish citizens and third-country nationals. As for its symbolic aspect, the amendment is placed in the context of historical events involving World War II and the occupation of Poland by Nazi Germany, the memories of countries and nations, and responsibility for crimes committed at that time.

5. Poland as an occupied country as well as Poles were victims of German Nazis. Many Poles displayed great heroism and sheltered Jews risking their own life and the life of their families. However, there were also Poles who were responsible for the death of Jews in hiding and who denounced them to the German authorities, sometimes out of hatred and purely anti-Semitic motives. These painful issues should be open to public debate and unrestricted historical

research, rather than being subject to criminal prosecution which will prove ineffective anyway and will surely not serve the best interests of Poles or Jews.

6. What is more, the controversies surrounding the INRA Amendment have come to be used to arouse enmities between Polish and Jewish communities, to provoke anti-Semitic statements or events and to tarnish the good Polish-Jewish relationships that have been built over the recent decades. That is why the Presidential Application and the Tribunal's opinion on it are crucial not only for the memory of the common past of both nations, but for their relations in the future.

7. This Opinion reflects an international NGO's involvement in an issue which the IAJLJ deems important, not least because every country has a duty to protect its good name, including by law. However, it is equally important to ensure that mechanisms intended to protect the good name are devised and used in compliance with national and international laws, taking into account the historical sensibility of various nationalities, the international dialogue and the public good in general. It is also important to note that the flawed INRA Amendment has already caused serious harm in relations between the two countries and their people as well as intensifying anti-Semitic developments. A judgment saying that it is incompatible with the Polish Constitution, to the extent indicated in the IAJLJ Opinion, would help mitigate the existing situation and restore good relations between Poland and Israel, and Poles and Jews throughout the world.

8. This Opinion does not disapprove of any legal concept of responsibility of those who tarnish the good name of Poland and Poles by attributing to them any crimes committed by German Nazis, nor does it approve of publicly disseminating terms such as "Polish concentration camps." The IAJLJ firmly opposes any such attempts to falsify history. However, the IAJLJ believes that there is a clear difference between applying traditional civil law remedies to protect the good name of a country and subjecting to criminal law the debate on, and the search for historical truth about, some of the most painful events of the past.

9. Finally, the IAJLJ wishes to make a point of noting that the IAJLJ members include persons whose ancestors survived the Holocaust thanks to their Polish neighbors. The IAJLJ therefore feels obliged and entitled to present its opinion in the ongoing legal debate before the matter is resolved by the Constitutional Court's judgment in case K1/18.

10. For all the reasons stated above, the IAJLJ kindly requests that you accept and consider this Opinion in your constitutional review of the INRA Amendment regulations following the Presidential Application.

II. SUMMARY OF ARGUMENTS AND CONCLUSIONS

2.1. Article 55a INRA is incompatible with Article 54 (1) in conjunction with Article 31 (3) of the Polish Constitution, as it excessively restricts the freedom of expression and freedom to express views

11. The statements referred to in Article 55a INRA (also in connection with Article 55b INRA) fall within the material scope of the freedom of expression prescribed in Article 54 (1) of the Polish Constitution. Yet the freedom of expression might be subject to restrictions under Article 31 (3) of the Constitution, the aim of such restrictions being to protect an important public interest, i.e. the good name of the Polish State and the Polish Nation, understood as the rights of "others", as well as public morals, construed as the duty to respect historical truth. However, the INRA provisions on review do not satisfy the conditions for acceptable restrictions of the freedom of expression stipulated in Article 31 (3) of the Polish Constitution.

12. The acceptability of restrictions of the constitutional freedoms and rights (of which the freedom of expression form a fundamental part) depends on whether or not such restrictions are "necessary in a democratic society" in order to protect the forms of legal interest indicated above.

13. **Article 55a INRA is not necessary in a democratic society, because it fails usefulness and indispensability tests**. Even if, for argument's sake, we assume that it does pass these tests, it would fail the proportionality test, **as the restriction of the constitutional freedom of expression imposed by it is too repressive, whereas the good name of the Polish Nation or the Polish State might well be protected by civil law (which is far less repressive for individuals than criminal law)**.

2.2. Article 55a INRA fails the legal specificity and decent legislation tests (Article 2 of the Polish Constitution) and the defined criminal sanction test (Article 42 of the Polish Constitution)

14. Contrary to constitutional standards, the INRA Amendment uses vague terms in imposing a criminal penalty. Article 55a INRA is so unclear and open to such a broad range of possible construals that many persons potentially falling within its ambit will be able to tell whether or not their statement amounts to a criminal offense. Indeed, there are concerns that law enforcement might use this provision to prosecute acts that are not comprised within its scope of application, in breach of constitutional standards applicable to criminal repression and the legislative intent.

15. **There is a real risk that the unintentional type of the crime (Art. 55a INRA) will become the principal enforcement vehicle, but** will not necessarily be applied to acts which were committed unintentionally, but whenever the statements concerned cannot be clearly proved to have been intended to attribute Holocaust liability to the Polish Nation or Polish State.

16. In addition, it is unusual under Polish law for a crime related to abuse of the freedom of speech to be legislated also as a non-intentional crime. In this sense, Article 55a (2) INRA imposes an absolutely exceptional and excessive restriction, and for this reason alone it is incompatible with the Constitution. It allows for prosecuting people for exercising their constitutionally safeguarded freedom of speech even if they had no intention ("non-intentional") of committing an offence.

17. The statutory justification described in Article 55a (3) INRA does not change the view that Article 55a INRA as a whole is incompatible with the Polish Constitution. **In criminal law rules that impose limits on the freedom of expression, an improperly designed statutory justification clause that uses vague statements can result in a chilling effect.** Such a justification clause does not serve its purpose because a situation where it is vague in addition to the definition of the crime itself being also imprecise significantly increases the risk of criminal prosecution being levied also against people who made the given statement in course of artistic or scientific activities. And it will be of no greater relevance that the prosecution should in the end be abandoned. **The mere possibility of being exposed to charges or given the status of a suspect can be enough to suppress artistic or scientific debate, precisely due to the uncertainty about the scope of the terms "artistic or scientific activities."**

18. The statutory justification in Article 55a (3) was too narrowly drafted to meet the constitutional standard set forth in Art. 54 (1) of the Polish Constitution, because it ignores exemption of criminal liability for statements related to journalistic activities. **Article 55a (3) INRA sets out no criteria for exempting journalists from liability for any such statements as may eventually prove to be untrue.** The necessity to determine such criteria was indicated in the case law of the ECHR, among others. Their absence in the legislation precludes debates by journalists (as they would be limited in advance to only such facts as have been proved beyond any doubt; however, every debate carries the risk of erroneous statements). Under Article 55a INRA, journalists would not be exempt from criminal liability even if their statement were based on a source because the veracity of information is the only criterion for criminal liability exemption. Consequently, in order to prevent any such risk, journalist would understandably avoid the topic(s) involved.

2.3. Article 55b in conjunction with Article 55a INRA is incompatible with Articles 2 and 42 of the Polish Constitution

19. Read together with 55b INRA, Article 55a INRA proves incompatible with Articles 2 and 42 of the Polish Constitution, in that it falls short of the standards concerning the specificity of laws and criminal penalties, as well as proper legislation. The material scope of the criminal law norm inferred from Article 55b INRA is the same as that inferred from Article 55a INRA. This proves that the reservations about Article 55a INRA are fully applicable to Article 55b INRA.

20. To the extent that it provides for criminal liability toward Polish citizens and foreign nationals under the rules laid down in Article 55a INRA, regardless of the applicable law of the jurisdiction where the offense was committed, Article 55a (in conjunction with Article 55b INRA) is incompatible with Article 2 of the Polish Constitution because it violates the rule of proportionality – the reasonable relationship between the proposed legislative objective and the regulatory measure with which to achieve it.

21. **If an offense defined in Article 55a INRA, in conjunction with Article 55b INRA, were committed abroad, its prosecution outside Poland would be ineffective (not a punishable act at the place of commission)**. In Poland, on the other hand, prosecuting such crimes would be **purposeless** as it would achieve an effect completely distorting the purpose of INRA Amendment, which is to counteract statements that tarnish the good name of Poland and Poles. For all practical purposes, effective enforcement could only be levied against Poles, i.e. those least inclined to "attribute, publicly and against the facts," responsibility for Nazi crimes to the Polish State or the Polish Nation. In effect, the criminal repression would affect nearly exclusively members of the Polish Nation, being precisely that community which the INRA Amendment was supposed to protect.

2.4. Article 55a INRA is incompatible with the international freedom of expression protection standards: the european ECHR standard and the universal U.N. standard.

22. The constitutional safeguards for freedom of speech are reinforced by standards arising under international law. There is established case law of international tribunals, including especially the European Court of Human Rights, to support a conclusion that Article 55a INRA in conjunction with Article 55b INRA excessively restrict freedom of expression while the criminal measures they introduce are surely not necessary in Poland as a democratic state governed by the rule of law to protect the good name of the Republic of Poland or of the Polish Nation.

23. The law now under the Court's review runs contrary to an increasingly visible trend in international human rights law to restrict the applicability of criminal sanctions to any content by which freedom of speech is exercised, except for a very narrow range of statements, usually those inciting to crime, including especially crime based on ethnic, racial, national or religious hatred. What is more, the law generally finds no counterpart in other jurisdictions.

24. Contrary to the stated reasons for the INRA, the provisions on review cannot be treated as an attempt to criminalize Holocaust denial under international law. **The reason is that the scope of the amended provisions clearly exceeds the acceptable standard of international law for the criminalization of statements denying, trivializing or belittling Holocaust crimes. Nor does Article 55a INRA satisfy the conditions for acceptable restrictions of the freedom of expression under international conventions and covenants (the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the International Covenant on Civil and Political Rights).**

III. REVIEW OF PRESIDENTIAL APPLICATION'S ARGUMENTS

25. The Presidential Application requests the Constitutional Court to review the INRA Amendment as follows:

(1) review Article 55a INRA according to the following benchmarks:

- Articles 2 and 42(1) of the Polish Constitution read in conjunction with Article 31(3) of the Polish Constitution;
- Article 54(1) of the Polish Constitution read in conjunction with Article 31(3) of the Polish Constitution; and

(2) review the third indent of Article 1(1)(a) INRA, to the extent it includes "Ukrainian nationalists", and Article 2a INRA, to the extent it refers to crimes by "Ukrainian nationalists" and to acts committed in "Eastern Małopolska", according to the following benchmarks:

- Articles 2 and 42(1) of the Polish Constitution read in conjunction with Article 31(3) of the Polish Constitution.

26. In addition, the Presidential Application urges that the review of Article 55a INRA for its compatibility with the benchmark of Article 42(1) of the Polish Constitution should also include Article 55b INRA with its delineation of liability for Article 55a crimes.[1] It seems the Polish President wants the Constitutional Court to review Article 55a INRA in conjunction with Article 55b INRA also against the benchmark of Article 31(3) of the Constitution, as can be seen in how the Presidential Application expresses a belief (which we consider to be reasonable) that the criminal sanction imposed by the impugned law should be reviewed "*having regard to the need to ensure the freedom of expression, especially for those who were involved in or witnessed World War II crimes, including those living outside the Republic of Poland*".[2]

27. This Opinion is concerned with the Presidential Application inasmuch as it petitions the Court for a constitutional review of Article 55a INRA (or Article 55a INRA in conjunction with Article 55b INRA) in accordance with the named constitutional benchmarks. Within such area of interest of this Opinion, we wish to note that the Attorney General attempts to "reconstruct the target and benchmarks of review" in the present case.[3] We second the Attorney General's opinion that, contrary to the opening counts in its introductory part (*petitum*), the Presidential Application in fact strives to have the Constitutional Court review not the INRA Amendment but the INRA itself, as amended by the INRA Amendment.

---

1 Presidential Application, pp. 2-3, 9.

2 *Ibid*, p. 13.

3 Attorney General's Position Statement, p. 7.

28. The Attorney General also rightly notes that count 1 of the Presidential Application "*should be extended to include also partial scope of application of Article 55b INRA*".[4] The way the Attorney General "reconstructs" what he thinks is the true target of the review requested by the Presidential Applications (in terms of both the laws to be reviewed and the review benchmarks) is by invoking the principle of *falsa demonstratio non nocet*, which the Attorney General says has been "*clearly endorsed by the Constitutional Court on numerous occasions*".[5]

29. We agree with the Attorney General that, according to the principle of *falsa demonstratio non nocet*, it is the merits of a case and not its description (designation) that take precedence. The principle has indeed been frequently invoked by the Constitutional Court in support of its power to correct a wrongly stated application, question of law or petition for constitutional review.[6] However, the principle has been used by the Court primarily where it was clear from the argument in support of the application (or of any other initial pleading) that the applicant has wrongly cited the law at which the review is to be targeted[7], or where references to the review benchmark needed amendment or correction.[8]

30. However, the Court's power is limited by the subject-matter of the petition for review. This subject-matter is defined by the following three building blocks:

(1) the rule to be reviewed;

(2) the rule that constitutes the review benchmark; and

(3) the arguments to demonstrate incompatibility between those rules.[9]

31. The above conclusion finds support both in Article 66(1) of the Constitutional Court Act of 1 August 1997 (*Journal of Laws* of 1997, no. 102, item 643, as amended) and in Article 50 of the Constitutional Court Act of 25 June 2015 (as consolidated in *Journal of Laws* of 2016, item 293). It is mainly that latter regulation, and specifically Article 50(2), that could be read as an expression of the legislative intention to ensure that the subject-matter of a petition for constitutional review both clearly indicates the normative act in question or its part (so-called

---

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 See, e.g.: Ewa Łętowska, *Własność jako wartość konstytucyjna* [in:] Piotrowski i A. Szmyt (ed.), *Trybunał Konstytucyjny na straży wartości konstytucyjnych 1986-2016*, WKP 2017, Side Note 5, note 3; M. Wiącek, *Pytanie prawne sądu do Trybunału Konstytucyjnego*, Warsaw 2011, p. 307 ff.; M. Wild, *Wymagania formalne pytań prawnych w praktyce orzeczniczej trybunału konstytucyjnego* [in:] A. Siemaszko (ed.), *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, LEX 2011, Chapter 2.1.

7 See, e.g., CC judgments of 2 December 2014, P 29/13, OTK-A 2014/11/116; of 19 March 2001, K 32/00, OTK 2001/3/50; of 26 November 2013, SK 33/12, OTK-A 2013/8/124.

8 See, e.g., CC judgments of 8 July 2002, SK 41/01, OTK-A 2002/4/51; of 29 October 2002, case no. P 19/01, OTK-A/2002/67; 17. of 31 January 2005, P 9/04, OTK-A 2005/1/9; of 12 July 2005, P 11/03, OTK-A 2005/7/80; z 2 September 2008, K 35/06, OTK-A 2008/7/120; of 24 February 2009, SK 34/07, OTK-A 2009/2/10; of 9 July 2012, P 59/11, OTK-A 2012/7/76.

9 See A. Deryng, Rzecznik Praw Obywatelskich jako wnioskodawca w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym, Lex 2014, Chapter 4.2.

review target) and expressly states allegations of incompatibility with the Polish Constitution, a ratified international agreement or a statute (so-called review benchmarks). This rule has been faithfully reflected in Article 67 of the current Constitutional Court law – the Constitutional Court (Organization and Procedures) Act (*Journal of Laws* of 2016, item 2072).

32. Legal scholars, too, argued – though only *de lege ferenda* – that CC's powers of *in abstracto* review should be expanded to include the power to take into account even those review benchmarks which have not been invoked by the applicant.[10] This suggests that, under the current law, there *are* limitations of the Court's discretion in amending or extending the subject-matter of applicant's petition for review and in "reconstructing" the true target and benchmark of review.

33. As explained by the Constitutional Court:

> "*what conclusively establishes the framework of review are the merits of the case, to be determined on the basis of the content of the petitioner's argumentation. Therefore, precedence is not to be attached to the mere formal reference in the petition's counts to the questioned regulations or the constitutional provisions which the petitioner invokes as review benchmarks.* ***If any of the counts in the petition incorrectly (erroneously) describes the review target or benchmark in that the petitioner has made a justifiable mistake as to the name of the given law but not as to its content****, then in accordance with the principle of falsa demonstratio non nocet,* ***such erroneous case description does not automatically trigger the Court's refusal to hear it***" [emphasis added].[11]

34. On the other hand, it is said that the Constitutional Court has no power to invoke any arguments of its own initiative unless such arguments have been submitted by whoever initiated the proceeding (applicant). All the more so, the Court may not of its own initiative select any laws to be reviewed or to serve as review benchmarks.[12] That latter observation has been elaborated upon in the case law of the Court itself:

> "*It must be remembered that to properly discharge his duty to name the constitutional values that have been violated by the laws targeted by the application (and to describe how they have been violated), the applicant must not only* ***formulate the fabric of his pleas and itemize those provisions of the Constitution*** *with which he believes the questioned laws are incompatible, but must also* ***precisely describe the***

---

10 See M. Safjan, *Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – próba spojrzenia w przyszłość* [in:] K. Budziło (ed.), *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego. Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego - założenia i ich praktyczna realizacja*, Warsaw 2010, p. 25-40.

11 CC judgment of 8 October 2015, SK 11/13, OTK-A 2015/9/144.

12 See, e.g., judgment of 3 December 2003, K 5/02, OTK-A 2002/9/98; judgment by full bench dated 11 May 2005, K 18/04, OTK-A 2005/5/49; judgment of 30 October 2006, P 36/05, OTK-A 2006/9/129; order of 16 October 2003, Ts 116/03, OTK-B 2004/3/181; order of 26 October 2004, U 5/02, OTK-A 2004/9/102; order of 14 January 2009, Ts 21/07, OTK ZU nr 2/B/2009/91; order of 17 December 2009, U 6/08, OTK-A 2009/11/178; order of 21 December 2010, Ts 16/10, OTK-supl. 2014/2/798.

constitutional values *which he derives from those provisions and which he claims have been violated by the lawmakers. This should be accompanied with a* ***detailed and precise argument*** *in support of his pleas.* ***From that duty the applicant may not be relieved by the Constitutional Court acting of its own initiative because, under Article 66 of the CC Act, the Court shall rule within the bounds of the application****, question of law or petition for constitutional review.*" [emphasis added].[13]

35. Thus, the limits for use of the *falsa demonstratio non nocet* maxim are established according to the distinction between the Court correcting what actually is applicant's *falsa demonstratio*, i.e. a mistaken description of the review target or benchmark, and the Court adding for the applicant any of the elements that define the scope of constitutional review.

36. Accordingly, we think there is no doubt that **the counts of the Presidential Application erroneously refer to the INRA Amendment instead of directly referring to the INRA and that this weakness should be corrected as proposed by the Attorney General** (see paragraphs 27 and 28 above). **However, we are concerned whether the Attorney General's "reconstruction" of the rules to be reviewed really involves a mere correction of the mistaken description of those rules or perhaps rather an addition of something that is otherwise beyond the bounds of the petition**.

37. Those concerns and doubts are even more relevant if we note that while the Attorney General considers Article 55a INRA to be compatible with the Polish Constitution, he questions the rule under Article 55b INRA[14], which actually is not expressly mentioned in any of the counts of the Presidential Application (see paragraphs 25 to 27 above).

38. However, according to IAJLJ, it is possible to argue that the Presidential Application questions the rule of Article 55a INRA as a whole whereas Article 55b INRA does not give rise to any self-contained rule (norm). It merely refers to one functional aspect of the Article 55a rule, i.e. its territorial application. In other words, since constitutional review is about hierarchical compatibility of rules and Article 55b INRA would be impossible to apply if Article 55a INRA is no longer deemed constitutional (because Article 55b rule would then be empty), then it is in

---

13 CC order of 27 August 2010, Tw 4/10, OTK-supl. 2014/2/644.

14 We will note in passing that, in our opinion, the way the Attorney General sees the rule (norm) to be reviewed for compatibility with Article 2 of the Constitution is open to doubts. The Attorney General's Position Statement considers the rule in isolation based only on Article 55b INRA "*to the extent it imposes liability for offences under Article 55a(1) and (2) of the Act regardless of the law applicable at the place of their commission*". See Attorney General's Position Statement, pp. 1-2.

Yet, Article 55b INRA itself does not contain any independent criminal law rule that would be a "sanctioning norm" and does not contain any criminal law rule at all that would be a "sanctioned norm". What it does contain, though, is an overriding conflict of laws rule that mandatorily requires the application of Polish law in the defined circumstances, thereby extending liability, including that under Article 55a INRA, onto those acts which due to the place of commission would not otherwise give rise to criminal liability. As such, Article 55b INRA should be invoked in conjunction with Article 55a INRA, and not to the extent the former refers to the latter. After all, the Attorney General himself infers the incompatibility of the rule with the Polish Constitution from substantive characteristics of the crime defined in Article 55a INRA and from the resulting practical impossibility of successfully enforcing criminal lability against those who commit the crime abroad.

order to conclude that the Polish President's challenge to the constitutionality of Article 55a INRA rule forces the constitutional review to be targeted also at one of its functional aspects whose formulation as a separate editorial unit is merely a formal measure. However, IAJLJ is aware that a contrary approach to this matter is also viable.

39. Thus, while IAJLJ is of the opinion that it would be desirable and admissible for the Court to use the Presidential Application to constitutionally review both Article 55a INRA alone and Article 55b INRA in conjunction with Article 55a INRA, it may be feared that the Court will consider a review of the rule arising from both those articles in conjunction to be an inadmissible attempt to replace the applicant in defining the bounds of his petition.

40. **For those reasons, IAJLJ is of the opinion that, in order to resolve the formal concerns and the potential obstacles to the Court hearing the case within the scope intended by the applicant, the Polish President should refine the bounds of the petition for review set out in the Presidential Application, by clearly indicating that the Court's review is sought for both**:

(1) **Article 55a INRA itself (all of its sub-units) on an allegation that it is incompatible with Article 2 of the Polish Constitution, Article 42 of the Polish Constitution, and Article 54(1) read in conjunction with Article 31(3) of the Polish Constitution, and**

(2) **Article 55a (1) and (2) INRA in conjunction with Article 55b INRA, to the extent these regulations impose criminal liability under Article 55a (1) and (2) INRA on Polish citizens and foreign nationals regardless of the law of the place of commission of the offence, on an allegation that such a rule is incompatible with Articles 2, 31 (3) and 42 of the Polish Constitution. A relevant petition has been submitted together with this Opinion also to the office of the Polish President**.

IV. PURPOSE OF THE ACT – INTRODUCTORY NOTES

41. In order to establish if the law in question meets the legal specificity standard applicable to criminal law and if its restriction of freedom of expression is necessary in a democratic state governed by the rule of law, it will be relevant to recreate the legislative intent behind it so as to verify if the way the law defines the offence achieves this intent.

42. The quest for finding the legislative intent can be aided by legislative papers (see A. Bielska-Brodziak, *Materiały legislacyjne w dyskursie interpretacyjnym z perspektywy brytyjskiej, amerykańskiej, francuskiej, szwedzkiej i polskiej*, in: O. Nawrot, S. Sykuna, J. Zajadło (eds.), *Dywergencja czy konwergencja kultur i systemów prawnych*, Warsaw 2012), but mostly by the governmental explanatory memorandum for the proposed law. According to the memorandum, one reason why such a legislative proposal (INRA Amendment) has been raised was that

expressions such as "Polish death camps", "Polish extermination camps" and "Polish concentration camps" have been appearing in public, including abroad, for "many years".[15] The use of this kind of language is seen as a threat to the good name of the Polish Nation and Polish State.

43. The drafters also write that "*there have been publications and programs which intentionally falsify history, including primarily the most recent one*", and that "*there continue to appear in public discourse statements suggesting the Polish Nation's involvement, organization or responsibility in, of or for German Third Reich's crimes, and such statements stir justified protests among the Polish public*".[16]

44. Accordingly, the drafters intended not only to make sure that the public discourse no longer contains false statements such as "Polish death camps", but also to combat other false statements, rather unspecified (see below), referring to "Third Reich's crimes" and harming the good name of the Polish Nation or Polish State.

45. As regards the unintentional type of the crime, which is penalized in Article 55a (2) INRA, the drafters write that "Appropriate standards for publications in public media and for scientific publications are driven by the duty to proceed with care in the circumstances and to foresee the consequences of using false statements."

46. The drafters also proposed a stricter enforcement standard for the law in question in that they want the crimes defined in Article 53a (1) and (2) INRA to be prosecutable regardless of the law of the place of commission (see Article 55a(3) INRA). They support their proposal with the following argument: "The proposed regulation should be considered necessary to ensure effective enforcement given that many offences mentioned in the proposed Article 55a INRA are likely to be committed abroad."

V. ARTICLE 55A INRA IS INCOMPATIBLE WITH ARTICLE 54 (1) IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 31 (3) OF THE POLISH CONSTITUTION, AS IT EXCESSIVELY RESTRICTS THE FREEDOM OF EXPRESSION AND FREEDOM TO EXPRESS VIEWS

5.1. Introductory Notes

5.1.1. Freedom of expression as a constitutional value and its limits

47. If interpreted, Articles 55a and 55b INRA submitted for review by the Polish President raise serious doubts about their constitutionality (cf. para 103 *et seq.*). The purpose of the provisions incorporated by the INRA Amendment is to criminalize certain statements about the Polish Nation or the Polish State with regard to crimes committed by the Nazis during World War II, among others. *Prima facie*, the provisions under consideration restrict the scope of

---

15 Explanatory memorandum in support of draft INRA Amendment, parliamentary paper no. 806, p. 1.

16 *Ibid.*

freedom of expression (freedom of speech), which is one of the values protected by the Constitution (Article 54 (1) of Polish Constitution) and by rules of international law, including *explicite* those laid down in Article 10 of the European Convention on Human Rights.

48. The Polish Public Ombudsman has analyzed the impact of the subject INRA provisions on the freedom of expression. He has indicated that the INRA interferes primarily with the freedom to express views and obtain and disseminate information in the public as well as political spheres.[17]

49. The freedom of expression guaranteed by Article 54 (1) of the Polish Constitution is not absolute and it generally might be restricted by statute within the limits and on the terms stipulated in the general rule laid down in Article 31 (3) of the Polish Constitution. This view, which was expressed by all parties involved in this case,[18] should be recognized as established in the Constitutional Court's case law.[19] The IAJLJ, too, accepts it in its entirety.

50. We have doubts about the following statement by the Attorney General (which may perhaps be merely a result of its imprecise language):

> "[i]*t is particularly important to note in the context of this case that, in protecting all forms of expression, Article 54 (1) of the Constitution (...) extends only to those of its forms that are legal (see the judgment of May 12, 2008, case no. SK 43/05, op. cit.). That said, the freedom of expression so construed is not reduced to views that are received favorably or are perceived as harmless or neutral (see the Constitutional Court's judgment of March 23, 2006, case no. K 4/06, op. cit.)*".[20]

51. The Attorney General seems to have confused two protected aspects of the freedom of expression, with regard to which the legislator's freedom of interference varies. On one hand, the Constitution protects the form of a statement which can be determined by statute to a greater extent.[21] On the other hand, the Constitution protects the very content of a statement (i.e. the freedom to express views) which, if restricted, might produce a result similar to censorship, which is expressly prohibited under Article 54 (2) of the Polish Constitution.

---

17 Cf. Public Ombudsman's Brief of April 5, 2018, pp. 5-7.

18 Cf.Presidential Application, pp. 13-15; Sejm's Position Statement, dated March 16, 2018, p. 16; Attorney General's Position Statement, dated March 20, 2018, pp. 35-37; Public Ombudsman's Brief, p. 7.

19 Cf. for example, the judgments issued by the Constitutional Court on May 12, 2008, SK 43/05, OTK-A 2008/4/57; July 6, 2011, P 12/09, OTK-A 2011/6/51; December 14, 2011 SK 42/09, OTK-A 2011/10/118; February 12, 2015 SK 70/13, OTK-A 2015/2/14; September 21, 2015, K 28/13, OTK-A 2015/8/120.

20 Cf. Attorney General's Position Statement pp. 35-36.

21 Cf. for example, the judgment issued by the Constitutional Court on July 6, 2011, P 12/09, OTK-A 2011/6/51 and the discussion concerning Article 10 of the European Convention of Human Rights and the ECtHR's case law. Cf. also the stance presented by the Attorney General in the above-cited case no. P 3/06, whereby the Attorney General distinguished between the right to unrestricted criticism of the Polish President with regard to content and the restricted freedom of the form of such criticism.

Consequently, legislators must proceed with particular restraint in introducing restrictions that affect the content of statements.[22]

52. The comments on the possible restriction of the statutory form of a statement in these proceedings seem insignificant, as Articles 55a and 55b INRA undoubtedly aim to criminalize the content of the statements defined by them.

53. Moreover, the remark that the Polish Constitution protects only statements that are legal is irrelevant in this case, because the purpose of the Presidential Application is to make the Constitutional Court determine whether or not the provisions restricting the freedom of expression are compatible with the Constitution. And so, the issue of whether or not the statements criminalized by Articles 55a and 55b INRA are legal will be determined by the Constitutional Court on review of the relevant provisions.

54. Equally irrelevant is the Attorney General's mistaken opinion that Article 54 (1) of the Polish Constitution should be interpreted as completely inapplicable to the statements defined in Article 55a INRA due to their being classified as hate speech, Holocaust denial or historical revisionism.[23] Neither the Constitutional Court's judgment quoted by the Attorney General nor any other judgment, nor the ECtHR's case law (which we cite only by way of example) confirms this opinion (cf. para 186 *et seq.* below, discussing primarily conclusions from the decisions in *Lehiduex and Isorni v. France* and in *Perincek v. Switzerland*).

55. The above notwithstanding, the acts criminalized by the relevant INRA provisions are not limited (and are completely inapplicable under the most valid interpretation) to hate speech, whereas their purpose is <u>not</u> to criminalize statements expressing racial or national hatred, propagating totalitarian ideology or inciting violence for the purpose of gaining power,[24] but to criminalize the public and contrafactual attribution of (or responsibility for) certain historical facts to the Polish Nation or the Polish State.

56. <u>In sum,</u> the statements referred to in Article 55a INRA fall within the material scope of the freedom of expression specified under Article 54 (1) of the Polish Constitution (and in Article 10 (1) ECHR). The freedom of expression, however, might be restricted under the rules laid down in Article 31 (3) of the Constitution (and, as far as international law is concerned, in Article 10 (2) ECHR). We should consider, then, whether or not the relevant INRA provisions

---

22 Cf. for example, the judgments handed down by the Constitutional Tribunal on May 12, 2008, SK 43/05, *op. cit.*; May 5, 2004, P 2/03, OTK-ZU 5/A/2004/39; and March 23, 2006, K 4/06, OTK-ZU 3/A/2006/32. See also P. Sarnecki, [in:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, edited by L. Garlicki, vol. III, Warsaw 2003, *komentarz do art. 54, Nb. 5.*

23 Cf. Attorney General's Position Statement pp. 38 and 39. Contrary to the Attorney General's claims, in a judgment of October 11, 2006, P 3/06, OTK-A 2006/9/121, the Constitutional Court contemplates the limits of the freedom of expression in the context of Article 10 (2) of the European Convention on Human Rights and Article 31 (3) of the Polish Constitution, and indicates that limitations on the freedom of expression involving manifestations of so-called hate speech may result directly from the legal system because "ex definitione *they do not fall within the axiology of a democratic state ruled by law.*"

24 See, for example, the judgment handed down by the Constitutional Court on October 11, 2006, P 3/06, *op. cit.*

fulfill the criteria for the compatibility of legislation with the constitutionality review model determined in Article 31 (3) of the Polish Constitution.

5.1.2. Standard for the constitutionality of restrictions of freedoms under Article 31 (3) of the Polish Constitution

57. Article 31 (3) of the Polish Constitution reads:

> "*Limitations upon the scope of exercise of constitutional freedoms and rights can be determined only by statute, and only if they are necessary in a democratic state for its security or public order, or for its environment, health and public morals, or for the freedoms and rights of others. No such limitations may affect the substance of freedoms and rights.*"

58. The above provision sets the standard for the compatibility of the introduced restriction of the constitutional freedoms and rights with the Constitution. In order for this standard to be met, the restriction must be

(1) **based on statutory law** (i.e. at least its framework must be determined with precision in a regulatory act equaling legislation in significance);

(2) **necessary in a democratic state for the protection of one of the values stated *expressis verbis* in Article 31 (3) of the Polish Constitution**, or for the protection of the constitutional **freedoms and rights of others**;

(3) **the restriction, moreover, may not affect the substance of the given freedom or right** (which means that the given constitutional freedom or right cannot become a completely empty concept in consequence of the restriction introduced).

59. Article 55a of the INRA essentially fulfills the first condition (subject, however, to concerns that it violates the standard for the specificity of criminal law).

60. As for the third condition, while Article 55a INRA seems to seriously restrict the freedom to discuss World War II crimes, *in abstracto* it appears that the "crux" of the constitutional freedom to express views (freedom of speech) under Article 54 (1) of the Polish Constitution remains intact.

61. In order to verify the constitutionality of Article 55a INRA, it is essential to check whether the interference with the freedom to express views satisfies the element of "*necessity in a democratic state*." To that end, the following two questions must be answered:

(1) Whether the protection of any of the constitutional values indicated in Article 31 (3) of the Polish Constitution essentially justifies a certain restriction of the freedom of expression by Article 55a INRA?

And, if the answer to the first question is affirmative:

(2) Whether the protection of the identified constitutional value at the expense of the freedom of expression is proportionate (i.e. whether the restriction of the freedom of expression is in proportion to the protection of the constitutional value involved)?

5.2. Re: protection of the good name of the polish nation and the polish state as a constitutional value essentially justifies some restriction of the freedom of expression

62. The Presidential Application does not question the rationale for the restriction of the freedom to express views, as indicated in Article 55a INRA, it being the need to protect the good name of the Polish Nation and the Polish State. The Polish President has stated that:

> "*attempts to link institutional responsibility for Holocaust crimes with the Polish Nation, which is not responsible for these crimes, and with the Polish State, the territory of which was occupied by a foreign state, justify the decision to introduce the legal regulations provided for in the legislation on review, including the penal provision criminalizing any attribution of such responsibility to the Polish Nation or to the Polish State. Indeed, the search for historical truth, which constitutes an integral part of the freedom of expression, cannot result in the denial of indisputable facts.*"[25]

63. The IAJLJ agrees with the Polish President that the good name of the Polish Nation and the Polish State constitutes an essential value that merits protection, also in the historical sense. This opinion should not be viewed as something of a demand because it is supported by the Polish Constitution, the preamble of which refers to a "*fight for independence entailing enormous losses*," the "*heritage of the Nation*," the historical "*tradition of the First and Second Republics*," and the "*over one-thousand-year old history*" of Polish statehood.

64. The identity of the Polish Nation and the constitutional status of the Polish State as a commonwealth (*res publica)*, a country for all citizens, founded for their common good and constituting their common organization, were invoked already in Article 1 of the Polish Constitution.[26] The constitutional character of the image and formal manifestations of the national identity of the Polish State were noted in Article 28 of the Polish Constitution, which establishes legal protection for the most important national symbols defined therein, such as the emblem, colors and anthem of the Republic of Poland.[27]

65. The Polish President was therefore right to stress that

---

25 See, for example, the judgment issued by the Constitutional Court on October 11, 2006, P 3/06, *op. cit.*

26 Cf., for example, W. Sokolewicz, M. Zubik [in:] L. Garlicki, M. Zubik (ed.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I, wyd. II (2016), komentarz do art. 1, Nb. 6.*

27 Cf., for example, P. Sarnecki [in:] L. Garlicki, M. Zubik (ed.), *Konstytucja..., op. cit., komentarz do art. 28, Nb. 2.* The author has pointed out that the Polish national symbols were proclaimed with a view to confirming the identity of Poland, especially as they refer to the national symbols of the Second Republic of Poland. According to him, the constitutional provision in question is an expression of *"our gratitude to our ancestors for their work, their fight for independence which entailed enormous losses, and for Polish culture."*

"*protection of the good name of the Polish Nation and the Polish State merits our full appreciation in the system of values of the Polish Constitution.*" [28]

66. The Polish Sejm[29] and the Attorney General have described the object of the INRA's protection in similar terms, indicating the "*good name and image of the Republic of Poland and the Polish Nation*" in the appeal against the grounds for the INRA Amendment."[30] The Attorney General has also invoked other protected interests, such as "*public morals, as well as the honor and dignity of the victims of the crimes referred to in* [Article 55a]."[31]

67. The Public Ombudsman, in his turn, has argued that

> "*Protection of the good name of the Republic of Poland and the Polish Nation, ... undoubtedly fits the above understanding of the elements of public security and order. Indeed, it influences the identification of citizens with their state and is likely to impact the coexistence of individuals in an organized state, including their contacts with ethnic minorities, for example.*" [32]

68. The Public Ombudsman, for his part, expressed the view that the ECtHR would not agree that the purpose of Article 55a INRA is to protect national security or public safety, nor would it agree that the protection of the good name of Poland and Poles denoted the protection of the rights of "others" within the meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights, even though Article 55a INRA might be viewed as related to the protection of the rights and freedoms of others within the meaning of Article 31 (3) of the Polish Constitution.[33]

69. The purpose of the reviewed provisions of Articles 55a and 55b INRA is at least to protect morals understood as the "*shaping of interpersonal relations in a certain manner by requiring at least that one pursue values accepted by the entire society, such as truth, (...) justice ... .*"[34] Given the identity of the Polish State and the Polish Nation (construed as all Poles collectively) presented in the Constitution, the regulation on review should also be regarded as geared to the protection of legitimate "rights and freedoms of others."

70. The IAJLJ believes that there is no valid argument for the claim that the real purpose of criminalization under Article 55a INRA is to protect national security or public safety.[35]

---

28 Cf. Presidential Application, p. 3.

29 Cf. Sejm's Position Statement, p. 17.

30 Cf. Attorney General's Position Statement, pp. 8-9, 39-40.

31 *Ibid.*

32 Public Ombudsman's Brief, p. 9.

33 *Ibid*, pp. 10-11.

34 See, for example, the judgments handed down by the Constitutional Court on July 12, 2016, K 28/15, OTK-A 2016/56; and on October 18, 2016, P 123/15, OTK-A 2016/80. See also Z. Cieślak, *Etyka urzędnika*, [in:] *Etyka. Deontologia. Prawo, red. P. Steczkowski, Rzeszów 2008*, p. 35.

35 This form of the protected constitutional interest has been noted only by the Attorney General (p. 39) and the Public Ombudsman (p. 9). That said, the Attorney General has done nothing to demonstrate that there is a link between the laws on review and the protection of the State and public safety. Although the

71. In conclusion, after examining Article 55a INRA (also in conjunction with Article 55b INRA) for compatibility with the constitutional standard laid down in Article 31 (3) of the Polish Constitution, we must point out that the freedom of expression was restricted with the aim of protecting an important public interest, i.e. the good name of the Polish State and the Polish Nation as the "*rights of others*," as well as public morals construed as the duty to respect historical truth.

72. Accordingly, the opinion on whether the restriction of the freedom of expression under the legislation on review is compatible with the standard set forth in Article 31 (3) of the Polish Constitution depends on the opinion on whether such restriction is "*necessary in a democratic state*" so as to protect the public interest referred to above.

5.3. Proportionality test

73. It is clear from the settled case law of the Constitutional Court that the proportionality test for the restriction of a constitutional freedom or right is deemed passed if

(1) the restriction of a constitutional freedom or right can achieve the intended effects (i.e. protection of a specific constitutional value) (usefulness test),

(2) the restriction is **necessary** in order to protect a given constitutional value, to which the restriction is connected (indispensability test/necessity for restriction) and

(3) **the effects of the restriction** of a constitutional freedom or right are not overly repressive and **remain proportionate to the burdens** the restriction involves (proportionality test *sensu stricte*).[36]

74. A closer look at Article 55a INRA shows that it fails the proportionality test so construed.

5.3.1. Usefulness test

75. It is a well-known fact, and thus requiring no proof (especially since it was further confirmed by the grounds for the INRA Amendment), that the INRA was amended primarily in order to counter statements about "*Polish extermination camps*" and "*Polish concentration camps*." The vast majority of such statements (if not all of them[37]) are made by foreign nationals,

---

Public Ombudsman indicated such a link, we find his view to be indirect and speculative ("*it might impact the coexistence of individuals within a state organization*"). We believe that the Public Ombudsman has gone too far in suggesting that practically every restriction of constitutional rights or freedoms might be classified as serving to protect national security.

36 For example, the judgments issued by the Constitutional Court on April 26, 1995, K 11/94 and June 28, 2000, K 34/99, respectively.

37 As far as Polish citizens are concerned, the term "*Polish camps*" was used in 1946, in different historical and cultural circumstances over 70 years ago, by Zofia Nałkowska in her book "*Medaliony*" (Medallions) (on page 41): "*Not tens of thousands and not hundreds of thousands, but millions of human lives were turned into raw materials and goods in* ***Polish death camps****. In addition to widely known places, such as Majdanek, Oświęcim [Auschwitz], Brzezinka or Treblinka, time and again we discover other less known places (...)*"; and by Jan Karski in his 1944 article "*Polish Death Camps*" (Collier's Weekly, October 14, 1944, pp. 18-19). It stands to reason that these two figures, who have contributed so much to Poland

usually abroad (and mostly in the press). However, revisions to Article 55a INRA (as well as the explanatory memorandum for the INRA Amendment) indicate that the drafters also intended to criminalize distortions of history (other than "*Polish camps*") meant to saddle the Polish Nation or the Polish State with responsibility for World War II crimes and atrocities – even though the amendment's proponents never cited examples of such "*distortions*" (see our comments on the indispensability test). In this context, the usefulness of the legislation on review must be considered not only in relation to phrases such as "*Polish death camps*," but other alleged distortions of history subject to Article 55a INRA.

76. The analysis of Article 55a INRA presented further below shows that it might be justified only if it were to be interpreted broadly, or perhaps even *contra legem*. Article 55a INRA was so vaguely drafted that one is unclear about the specific object to which it refers. This proves *per se* that the draft legislation on review is useless in a democratic state ruled by law (due to its unspecificity) for purposes of combating not only notions such as "*Polish death camps*," but any other distortions of history.

77. Moreover, given the arguments cited in the explanatory memorandum for the INRA Amendment and the well-known examples of phrases such as "*Polish camps*" (again, we stress the point that the proponents of the legislation never proved, or cited any examples of, any other alleged distortions of history criminalized by the legislation on review), there is no doubt that statement of this sort occur in the foreign media,[38] including the press. At this point, there is no data (and none was given by the proponents of the legislation) about the incidence of such distortions in the Republic of Poland. This means that, in reality, Article 55a INRA refers to acts which, it is safe to assume, will occur not in the Republic of Poland, but abroad, and which will be committed mostly (if not exclusively) by foreign nationals. In effect, it can be assumed that, in all likelihood, the practical application of Article 55a would be possible only in conjunction with Article 55b INRA, i.e. under a stricter protective rule that deviates from the territoriality principle governing Polish criminal penalties.

78. Article 55b INRA in itself does not fulfill the constitutional standards. Therefore, if applied, it would violate the Polish Constitution (cf. paras 160 - 182 below). Without the unconstitutional Article 55b INRA and the criminalization of acts committed abroad, Article 55a INRA will not be useful in countering statements about "*Polish camps*," or other falsehoods, for the simple reason that they occur abroad (cf. para 181 below).

79. Nevertheless, even the application of Article 55b INRA would not guarantee the usefulness of Article 55a INRA. In order to be effective, any prosecution under the legislation on review would require the offender to be present in Poland (to enable the application of the rules of

---

and to the memory of the Holocaust, could hardly be accused of attributing responsibility for World War II crimes to Poland or the Polish Nation.

38 A case in point is the dispute between K. Tendera and the German TV station ZDF (the judgment issued by the Kraków Regional Court on April 24, 2016, I C 151/14).

Polish criminal procedure) – which is unlikely or which might occur only by accident – or his or her delivery to Poland (by extradition or, for example, the European Arrest Warrant). However, this is unfeasible for two main reasons:

80. ***First***, no other country in the world criminalizes the exact same acts as those indicated in Article 55a INRA, and the dual criminality requirement constitutes a fundamental rule of extradition procedures (this does not pertain to the EAW as regards certain types of offenses to which Article 55a INRA does not belong).

81. ***Second***, there is a serious risk that the current version of Article 55a INRA would be deemed irreconcilable with the rules of international law governing protection of the freedom of expression, which would provide an additional argument against delivering anyone to the Polish authorities on its basis (for more, see para 176 et seq. below).

82. As such, Article 55a INRA seems completely useless for purposes of combating statements such "*Polish extermination camps*" (or any other false statements). All that Article 55a INRA does is to declare that the Polish State disapproves of any statements to that effect. That, however, is not enough to warrant criminalization.

83. It is safe to assume, moreover, that attempts of Polish prosecutors to prosecute those who make statements about "*Polish camps*" under the rules of Polish criminal procedure will be frustrated in the offender's country. What is more, there is a probability bordering on certainty that attempts of this sort might discredit the entire campaign for the protection of the good name of Poland and Poles, as they might be put down to a lack of openness to criticism or to debates on history, or as the intention to "impose the only true opinions" by threatening criminal penalties.

84. It is therefore clear that Article 55a INRA fails the usefulness test.

5.3.2. Indispensability test

85. It should be noted at this point that any regulation of social relations and human conduct, especially one involving restrictions, must be a reaction to some real danger, or any such dangers as might actually be foreseen. Both Article 31 (3) of the Polish Constitution and its fundamental Article 2 imply that each legal regulation should serve a definite purpose, in the sense that it should seek to solve real, not imagined, problems. Such requirements are apparent not only from the Polish Constitution, but from *inter alia* § 1 of the Appendix "Principles of Legislative Technique" to the Regulation of the Prime Minister of June 20, 2002 concerning the "principles of legislative technique," as well as common sense.

86. The broad scope of Article 55a INRA clearly exceeds the problem of statements about "*Polish death camps.*" In no way, however, have the drafters proved the need for such broad scope. Specifically, they have cited no examples of "false statements" other than the widely known cases involving statements about "*Polish camps.*" Thus, they have furnished no proof that

such broad scope was really indispensable. Therefore, Article 55a INRA (in its broad sense) is not a reaction to any threat, real or reasonably foreseeable, warranting criminalization.

87. Moreover, there are serious doubts as to whether Article 55a INRA passes the indispensability test also as regards statements about "*Polish death camps.*" In the draft Amending Act, the drafters have not proved beyond doubt that the measures taken thus far (including diplomacy, education and the increasing number of instructions for the foreign press) were insufficient or that the projected legislation would guarantee better effects. This is all the more revealing as the Polish State has allocated (indirectly, through Treasury-owned companies) enormous funds for the Polish National Foundation, the core objects of which include protecting the good name of the Polish Nation and the Polish State. The drafters have given no proof that this measure could not produce better effects than the impugned legislation.

88. It should be emphasized that the failure of the Polish National Foundation to successfully protect the good name of Poland, despite the allocation of great funds for that purpose, does not have to mean that the provisions on review needed to be introduced. It might as well mean, for example, that the allocated funds were mismanaged and not fully utilized (for e.g. activities in the social media or "soft influence" upon public opinion abroad). Since the INRA Amendment drafters have made no such evaluation or analysis, it would be at least premature to claim that "soft" activities of a non-regulatory sort have exhausted their potential to deal with the problem of "*Polish death camps.*"

89. Legally speaking, the drafters have taken action which was hasty and legislatively undesirable as they introduced criminal penalties and engaged the authority of the Polish State and criminal law to such a considerable extent without analyzing or evaluating *ex post* the actions taken thus far.

90. Article 55a INRA therefore fails the indispensability test as well.

5.3.3. Proportionality test sensu stricte

91. The crux of this test is that any new legislation must be in keeping with its aim. In other words, in restricting a constitutional right or freedom, the drafters should choose legislative measures with particular caution and ensure that any such burdens and penalties as may be imposed upon individuals do not exceed the level required for the constitutionally justified legislative objective to be achieved:

> "*The principle of proportionality laid down in Article 31 (3) of the Constitution mandates that, in restricting rights and freedoms, one must choose measures that are the least burdensome for individuals. The provision introducing a restriction is incompatible with*

the Constitution if the same effects can be achieved by measures that restrict the exercise of a freedom or a right to a lesser extent."[39]

"(...) This principle places special emphasis on the adequacy of the objective pursued and the measure taken to achieve it. According to experts on this subject, this means that 'one should choose available (and legal) measures which are effective in accomplishing the intended objectives and, at the same time, which are the least burdensome for the entities concerned, or no more repressive than may be required for such objectives to be achieved."[40]

92. As demonstrated above, Article 55a INRA is not necessary in a democratic state, since it fails usefulness and indispensability tests. However, even if, for argument's sake, we assume that it does pass these tests, Article 55a INRA fails the proportionality test, as the restriction of the constitutional freedom of expression introduced by it is too repressive.

93. In deciding on legislation intended to deal with a certain problem, legislators have a broad choice of various regulatory models. It stands to reason that criminal law, which is the most repressive for citizens, should not be considered by the lawmakers to be applied as the first and core response. This is all the more true because in a particularly sensitive area such as the constitutional freedom of expression (the cornerstone of every democratic state ruled by law),

"the broadly conceived possibility to criminalize statements presented by the media must produce an inhibitory and "chilling" effect on the freedom of public debates. It is not a matter of indifference, then, whether the emphasis in setting the limits of the freedom of expression in law will be on criminal or civil remedies."[41]

94. At present, the good name of the Polish Nation or the Polish State can be protected by civil law (which is far less repressive than criminal law). Such a possibility was stated *expressis verbis* in Articles 53o-53p INRA. What is more, there is no doubt that such measures were available even before Articles 53o-53p were introduced.

95. Polish statutory law, supported by the rich case law on the Civil Code, envisages civil liability for statements and actions that tarnish the good name, violate the dignity or infringe other personal rights of persons, such as health, freedom or freedom of conscience (Article 23 of the Civil Code).

96. The list of protected personal rights is open and includes not only the rights named specifically in the relevant provision, but other aspects that make up the sphere of feelings, experiences

---

39 Constitutional Court's judgment of October 30, 2006 (case no. P 10/06).

40 Constitutional Court's judgment of June 14, 2004 (case no. SK 21/03).

41 Judge M. Safjan's dissenting opinion on the Constitutional Court's judgment of October 30, 2006 (case no. P 10/06).

and identity of every human being, which Polish society considers sufficiently valuable to merit legal protection.[42] As the Supreme Court has stated,

> *"it is the opinion of society (or its vast majority) on whether a given value merits recognition as its legally protected personal right which should serve as the objective criterion and benchmark in verifying a subjective belief recognizing a given value as part of its personal rights."*[43]

97. The list of personal rights is not closed and it reflects changes to social and economic conditions.[44] Polish statutory law and case law have uniquely developed that notion by accepting as a personal right the "right to remember" a specific person or a group of persons, or to cultivate the memory of such persons by respecting their honor and good name, and ensuring that they are not disturbed by statements that compromise these values — depending on the existence of a special bond with the person seeking protection. The Polish case law has gradually expanded the scope of "memory laws" protected by civil law. The Supreme Court ruled in one of its judgments that these laws included national pride and family tradition.[45] Polish law also protects members of a certain military formation during the war (a specific Polish Home Army unit), with which its members feel a strong sense of identification.[46]

98. Bearing in mind the above concept of protection for personal rights and the evolution of Polish case law, we should now consider whether a bond with, or the memory of, a certain national group can be recognized as a personal right. These rights might be referred to as national identity (or dignity) or national heritage. While the Polish Supreme Court has expressed no

---

42 Cf., for example, A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych,* Warsaw 1979, p. 106; M. Pazdan [in:] K. Pietrzykowski (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. I, 2002, komentarz do art. 23; S. Rudnicki, Ochrona dóbr osobistych na podstawie art. 23 i 24 k.c. w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1985–1991, PS 1992/1//34.*

43 Supreme Court's judgment of April 6, 2004 (case no. I CK 484/03), Legalis: 65944.

44 See the resolution adopted by seven Supreme Court Justices on July 16, 1993, I PZP 28/93, OSNC 1994/1/2: "*This notion* [Authors' Note: of personal rights] *should reflect the level of technological and civilizational development, the moral and legal principles adopted by society, and the existing type of social, economic or even political relationships."*

45 See the Supreme Court's judgment of February 28, 2003, V CK 308/02, OSNC 2004/5/82 ("*family tradition construed as the heritage, the legacy of, and identification with, the achievements and values represented by ancestors constitutes a personal right subject to protection under Articles 23 and 24 of the Civil Code*").

46 See the Supreme Court's judgment of November 14, 2000, III CKN 473/00. The Supreme Court has also used the personal bond criterion in a case where the plaintiff sought protection for his religious feelings as a result of offensive statements against Pope John Paul II. The Court has held that *"[a]n insult to the Pope may infringe personal rights in the shape of religious feelings and feelings of friendship of a clergyman who has a relationship of closeness and particularly strong emotional ties with the Pope."* Supreme Court's judgment of April 6, 2004, I CK 484/03, OSNC 2005/4/69, with B. Rakoczy's endorsement, PS 2006/10/160.

opinion on this subject, it should be stated, given recent views of legal scholars and courts, that Polish civil law protects a sense of national identity and national remembrance.[47]

99. The above-mentioned protection was confirmed expressis verbis in the Act of March 22, 2018 on Amending the Act of Court Costs in Civil Cases, which introduced, among others, changes to Article 95 of the Act on Court Costs in Civil Cases by adding 1b which stipulates that there is no charge for the claim for the protection of personal rights in a case involving patriotic traditions of the Polish Nation's fight against occupants, Nazism and Communism (the claim can also be filed by a non-government organization, whose core objectives are to protect the patriotic tradition of the Polish Nation's fight against occupants, Nazism and Communism).

100. The decision to incorporate such protection into Polish criminal law raises serious constitutional doubts given the fact that civil law (which is far less repressive for individuals) can be used to protect the good name of the Polish Nation and the Polish State. This is all the more true because the possibility of civil remedies has not been explored on a larger scale, except in rare cases (such as K. Tendera v. ZDF). Before the available civil remedies are verified, there are no grounds under the Constitution to permit criminal law to interfere with the freedom of expression. Moreover, even if using the available civil remedies may sometimes be difficult, legislators should first identify the reasons for possible shortcomings and propose corrections to existing provisions, considering more severe measures such as criminal penalties later, when such solutions fail (e.g. the problem of the charges for statements of claim was solved by the legislation referred to above, which shows that legislators can adopt milder solutions than Articles 55a INRA to better protect the good name of the Polish Nation and the Polish State).

101. We therefore conclude that Article 55a INRA does not meet the proportionality standard *sensu stricte*.

102. In sum, as a statutory provision restricting the constitutional freedom of expression, particularly the freedom of speech laid down in Article 54 (1) of the Polish Constitution, Article 55a INRA imposes a disproportionate restriction on it, which is incompatible with Article 31 (3) of the Polish Constitution.

---

47 Judgments issued by the Warsaw Court of Appeal on March 31, 2016 in case no. I ACa 971/15, Legalis: 1461122; the Białystok Court of Appeal on September 29, 2015 in case no. I ACa 403/15; the Kraków Regional Court on April 24, 2016 in case no. I C 151/14; the Olsztyn Regional Court on February 23, 2015, I C 726/13.

Cf. also F. Rakiewicz *Poczucie tożsamości narodowej jako dobro osobiste w świetle polskiego prawa cywilnego, cz. 1–3, SPP 2011/2, 3–4 i 2012/1)*. The author rightly defines a sense of national identity as "*a state devoid of interference with a set of behavioral patterns, beliefs and views related to participation in a national community organized in a person's own state, with which the person identifies.*" A similar opinion was presented by P. Księżak [in:] P. Księżak i M. Pyziak-Szafnicka (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna, wyd. II, LEX 2014, komentarz do art. 23, Nb.: 117.*

VI. ARTICLE 55A INRA FAILS THE LEGAL SPECIFICITY AND DECENT LEGISLATION TESTS (ARTICLE 2 OF THE POLISH CONSTITUTION) AND THE SPECIFIC CRIMINAL SANCTION TEST (ARTICLE 42 OF THE POLISH CONSTITUTION)

103. This analysis focuses on the two types of the crime in question which are considered by Article 55a INRA (intentional and unintentional).

6.1. Article 55a INRA – a logical and linguistic analysis

6.1.1. It is difficult to interpret the terms "Polish Nation" and "Polish State" in the context of those who would be attributed, "against facts", responsibility for the historical events named in the Act

104. The impugned provision opens with the statement "Who attributes, publicly and against the facts, to the Polish Nation or the Polish State (...)." To define the scope of application of Article 55a INRA, we should begin with decoding the meaning of the terms "Polish Nation" and "Polish State" as used in this law. The drafters explain in their explanatory memorandum (page 10) that the "Polish Nation" means, as in preamble to the Polish Constitution, "all the citizens of the Republic of Poland". But they are silent in their memorandum about the exact meaning of the term "Polish State" (which, after all, is used in INRA) and limit themselves to merely referring to the Republic of Poland. Be that as it may, those two expressions should be taken to refer to the entity that is the Polish State and as such require no further elaboration.

105. However, the reference to the "Polish Nation" raises questions even before any details are analyzed. It is unclear if its scope ("all citizens of the Republic of Poland") refers to:

(1) the Polish Nation as an abstract collective entity, or

(2) each of all the persons that make up the concept of the Polish Nation (and it is not clear if such persons must, as above, be Polish citizens or if the mere ethnic affiliation with the Polish Nation is sufficient).

106. In other words, it is unclear if Article 55a INRA will be relied upon for prosecution of those who attribute the relevant facts to some specified or unspecified person or group of persons with Polish citizenship (or, on a different interpretation, with Polish nationality), or – on the contrary – for prosecution of only those who make the attribution solely to the Polish Nation or Polish State as an abstract entity.

107. As the Polish Sejm [lower chamber of Polish parliament] explains,

> "*the expression 'attributes to the Polish Nation or the Polish State' the responsibility or co-responsibility means that the actus reus of the offence comprises charging the Polish State or the entire Polish Nation with responsibility for the crimes set out in Article 55a INRA or referring to them as perpetrators or organizers of those crimes. (...) As such, this criminal liability will attach to charging the 'Polish Nation' or the 'Polish State' and not any specific Poles who committed any of the crimes set out in*

Article 55a INRA. The Article 55a INRA regulation is not concerned with situations whereby the responsibility or co-responsibility for Nazi crimes committed by the German Third Reich is attributed to individual Poles or even Poles acting in groups or even organized groups. These do not constitute the Polish Nation." (see pp. 19 and 22 of Sejm's Position Statement).

108. A similar view was taken on this matter by Attorney General:

> "*The explanation that the 'Polish Nation' means 'all the citizens' conclusively establishes that this term does not include any individuals or groups of individuals who are or were characterized by having the Polish citizenship" (p. 9 of Attorney General's Position Statement). "Therefore, notwithstanding the meaning of the term 'Polish Nation', Article 55a INRA does not criminalize any kind of statements on censurable and drastic acts of any individual Polish citizens (or persons of Polish nationality), or even groups thereof. Accordingly, no criminal liability under Article 55a INRA may be imposed on anyone speaking about such persons' censurable conduct even if what he says is not true to facts.*" (p. 10 of Attorney General's Position Statement)

109. We should agree with how the terms "Polish Nation" and "Polish State" are construed above for the purposes of decoding the rule in Article 55a INRA. However, this construal does not do away with this law's ambiguity and even makes the ambiguity more pronounced, as will be seen in the analysis below.

6.1.2. The offence of "attributing responsibility" for Nazi and other crimes to the "Polish Nation or Polish State" is defectively defined

110. With the "Polish Nation" and the "Polish State" construed as above, it becomes controversial if they can be attributed any responsibility or co-responsibility for any crimes.

111. If the "attribution of responsibility" is intended by the lawmakers to mean "attribution of legal (criminal) liability" [Translator's note: In Polish there is one and the same word ('odpowiedzialność') for both 'responsibility' and 'liability' in these senses.] for the relevant crimes, then clearly neither the Polish Nation nor the Polish State are capable of being held so liable. In Polish law, criminal liability is generally attributable to perpetrators who are natural persons (not abstract entities or even organizations or legal persons), save exceptions concerning the quasi-criminal responsibility of collective entities. Neither is it likely for foreign jurisdictions to accept that criminal liability may be imposed on states or entire ethnic groups. As a purely theoretical exercise, one can imagine that somebody commits an Article 55a INRA offence by making a statement that attributes criminal liability for the relevant crimes to such abstract entities (i.e. points to the Polish Nation or the Polish State as perpetrators). But that statement will inherently involve a logical contradiction and as such will be explicitly false. Thus, hypothetically, if this is how Article 55a INRA is understood by the legislature (and assuming that will be so understood when applied in practice), then the words "against the

facts" in the opening part of Article 55a INRA would clearly be superfluous and as such unnecessary.

112. Based on the rational legislator assumption it is thus in order to conclude that the legislative intent was not that Article 55a INRA could apply to such a purely hypothetical and unlikely conduct, or at least that the intent was that this provision could apply to more than just such conduct. But then a major question is what other conduct may be meant here because the express language of the provision surely does not purport to indicate that any other conduct (than that described above) was intended to fall within the ambit of this law. This creates a significant risk that the criminal provision in question will be construed extensively, whether by criminal enforcement authorities or criminal courts, to make sure that it can be applied at all. Examples of such a potentially extensive construal may include the following interpretations:

(1) Article 55a INRA catches also conduct which involves attributing to the Polish State (or, more specifically, to some organs of the State) responsibility for acts which in themselves were not the relevant crimes but whose consequences involved commission of such crimes by some individuals. This could include stating that some organ of the Polish State ordered some perpetrators, whether or not officers of the Polish State (it is unclear if these should be limited to only perpetrators with Polish citizenship), to commit one of the relevant offences. This construal, however, certainly fails where the Polish Nation is concerned because the Polish Nation has no organs and, logically, is unable to make any decision or order.[48]

(2) Article 55a INRA catches also conduct which involves attributing to the Polish Nation or Polish State nothing more than moral responsibility for relevant crimes. Notwithstanding the fact that such an interpretation does not transpire from the text of the law, it is equally clear that references to such elusive value judgements as "moral responsibility" do not meet the test of legal specificity as applicable to criminal law. In addition, conduct involving attribution of "moral responsibility" cannot be verified in terms of the true/false criterion, and this would totally defeat the sense of the subject provision.

113. The drafting defect in Article 55a INRA, as described in this section of the Opinion, is that it cannot be rendered applicable unless one departs from its substance, and this is in itself a sufficient ground for concluding that the drafting is untenable. Such far-reaching legislative imprecision creates a real risk that makes the provision in question fail the test of compatibility with Articles 2 and 42 of the Polish Constitution. In addition, even if the provision is construed in ways that depart from its text, this will not offer any certainty that its scope of penal sanction can be determined with precision.

---

48 We will at this point ignore any such formal actions of the Polish Nation as might reflected by a decision made as a result of a nationwide plebiscite, as that is irrelevant to the circumstances of this case.

6.1.3. The offence of "attributing responsibility" for crimes committed by "German Third Reich" is defectively defined

114. The law in question imposes criminal liability for attributing, to the above abstract entities (the Polish Nation or the Polish State), responsibility or co-responsibility for crimes committed (to be understood as committed in reality) by the German Third Reich. Importantly, the German Third Reich (this is how the German state was historically called from 1993 to 1945) is itself an abstract entity incapable of being held criminally liable for any offences which were committed in its name by individuals liable for their acts. In other words, in relation to any of the relevant crimes, the Third Reich as such was not and could not be the perpetrator as this term is understood by criminal law. Incidentally, this transpires even from the very document to which the impugned Article 55a(1) INRA refers, namely the International Agreement for the trial and punishment of major war criminals of the European Axis. That agreement is about trial and punishment of war criminals (see, e.g., Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal) who committed crimes in the interests of the European Axis countries; as such, they were personally liable for those crimes.

115. This is another way in which the Article 55a INRA language is imprecise. If the provision were to be construed according to its text, it would be incapable of application. In the purely legal sense (as opposed to journalistic or historical approaches), the relevant crimes were committed not by the German Third Reich but by its individual officials. Paradoxically, judging by the text of the impugned provision, any person who attributes the responsibility for any WWII war crime to the Polish Nation or Polish State would, regardless of whether such a statement is true or false, be free from liability because, on its literal construal, Article 55a INRA does not make it possible to hold the person criminally liable (none of the war crimes committed during the Second World War was committed by the German Third Reich). Since the expression "committed by the German Third Reich" has no *designatum,* i.e. the class of objects to which it refers is null, therefore the entire Article 55a INRA does not have and will not have any *designatum.*

116. To make Article 55a INRA capable of application, we would again need to go beyond its substance and adopt a completely different construal than the one expressly arising from the wording. However, it is unclear what direction such construal should take (and the provision itself offers no guidance on this). And the potential directions are aplenty. Below are some examples of what could have been meant:

(1) war crimes committed by any of the public officials of the German state (German Third Reich);

(2) war crimes committed by any of the citizens of the German state (German Third Reich);

(3) war crimes committed by German Third Reich's citizens (e.g. Wermacht or SS soldiers and functionaries) on orders from its authorities;

(4) war crimes committed on orders from the authorities of any of the European Axis countries (German Reich with its European allies) by any of the citizens of those countries;

(5) war crimes committed by any individuals collaborating with occupation authorities of the German Third Reich or its collaborators, e.g. by persons with Ukrainian, French, Georgian, Latvian, Estonian, Russian, Dutch, Belgian or Lithuanian nationality who served in various military or police units of the German Third Reich (Waffen-SS, the staff of German extermination camps, etc.);

(6) crimes committed by any individuals at the instigation or with the permission of the German Third Reich's occupation authorities, e.g. the so-called *shmaltzovniks* (blackmailers).

6.1.4. Constitutional standard of legal specificity of criminal law

117. As regards the principle of legal specificity of criminal law (such as the law in Article 55a INRA), the constitutionality benchmark is provided primarily in Article 42 (1) of the Polish Constitution, with the addition of the general legal specificity requirement arising from Article 2 of the Polish Constitution. These rules reflect a principle that is crucial when reviewing any criminal law, i.e. the principle *nullum crimen sine lege*, or strictly speaking one of its aspects, i.e. *nullum crimen sine lege certa* (crimes should be defined in a maximally precise manner)[49].

118. As regards Article 2 of the Constitution, the Court has devised the following three-prong test for legal specificity of a law:

(1) the law must be precise, i.e. must form a concrete regulation of rights and duties which is drafted in a way that enables enforcement;

(2) the law must be clear, i.e. understandable for its addressees[50]; and

(3) the law must be legislatively correct, i.e. must meet the technical requirements applicable to legislation (statutory drafting).[51]

119. The Court has also made a point of noting on numerous occasions that:

---

49 CC judgment of 9 June 2010, case no. SK 52/08. Cf. also A. Rychlewska, Zasada nullum crimen sine lege na tle współczesnej idei państwa prawa, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych preprint 7/2017, p. 2.

50 Clarity of law means that rules must be clear and understandable for those to whom they are addressed, cf. G. Koksanowicz, Zasada określoności przepisów w procesie stanowienia prawa, Studia Iuridica Lublinensia 2014, nr 22, p. 474. See also CC judgement of 18 March 2010, case no. K 8/08: *"The clarity of a law is to ensure that it is meaningful for its addressees, i.e. it must be comprehensible in the common parlance. An unclear law has the practical consequence of creating a legal uncertainty on the part of the addressee and of leaving control thereof to those who apply the law."*

51 CC judgment of 28 October 2009, case no. KP 3/09.

(1) a criminal rule should clearly indicate the person(s) to whom the prohibition is addressed, the constitutive elements of the prohibited act and the kind of sanction applicable if the act is committed;

(2) according to the legal specificity rule in Article 42 of the Constitution, the lawmakers must so describe a prohibited act (its constitutive elements) that whether or not any specific conduct meets its constitutive elements is clear beyond doubt both to whoever the criminal law is addressed to and to whoever enforces it and decodes its meaning through statutory construal;

(3) where a statute imposes punishment for prohibited conduct, it cannot leave individuals unaware or even uncertain as to whether any specific conduct is so punishable.[52]

120. The principle of *nullum crimen sine lege certa* does not preclude use of vague language or opinion language in a law, but this is acceptable only on condition "it is possible to specify the designatum thereof *[i.e. of such expressions]*".[53] Importantly, the interpretation of what such vague language means and refers to must be based on the existing body of statutory and case law[54] and must be axiologically grounded in the legal awareness of individuals[55], i.e. must not be done autonomously, *ad casu*, in the process of applying an already introduced provision by state authorities.[56]

121. The Court adds that:

> "*Compliance with the highest standards of legal specificity should be required of those criminal laws which interfere with freedom of speech. Its importance in a democratic state has been emphasized in numerous cases before this Court, including in its judgements issued on constitutional review of various criminal laws.*"[57]

122. Moreover, in accordance with Article 42(1) of the Polish Constitution, a prohibited punishable act must have its constitutive elements statutorily defined. This standard will not be satisfied

---

52 CC judgment of 9 June 2010, case no. SK 52/08; CC judgment of 26 November 2003, case no. SK 22/02: *"Article 42(1) of the Constitution mentions a "prohibited act". This means some specific (concrete) conduct that may be attributed to an individual. While the conduct meant may involve different situations (acts, omissions), it is clear that the article requires that the conduct be precisely indicated (specified). Consequently, any broad indication that leaves plenty of room for interpretation of the conduct's constitutive elements or the scope of some kind of a conduct category may not be treated as compliant with the specificity requirement under Article 42(1) of the Constitution. (...) As rightly held by the German Federal Constitutional Court in one of its cases, "the very risk of criminal sanction should be recognisable for the addressees of the given rule* (BVerfG, 2 BvR 1881/99, 26 April 2000)."

53 CC judgment of 12 September 2005, case no. SK 13/05; por. also CC judgment of 16 January 2006, case no. SK 30/05; CC judgment of 28 January 2003, case no. K 2/02.

54 *Ibid*, SK 13/05.

55 J. Zaleśny, *Określoność przepisów prawa na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2011/1, p. 162: *"Regarding use of vague terms, it is important if they are axiologically grounded in the legal awareness so as to give rise to a specific normative imperative."*

56 Cf. CC judgment of 16 January 2006, case no. SK 30/05; see also CC judgment of 22 February 2014, case no. SK 65/12.

57 CC judgment of 19 July 2011, case no. K 11/10.

by a law which does not allow such constitutive elements to be precisely recovered in course of its statutory construal, i.e. a law which does not make it possible to determine the semantic "outline" of such constitutive elements.[58]

123. In summary, regarding the specificity of criminal laws, the Constitutional Court requires above all that any prohibited act should have its constitutive elements defined in a way that makes it possible to discern their meaning and designatum. While this requirement does not preclude use of vague language altogether, the lawmakers should use expressions whose normative import can be decoded using linguistic rules and the existing body of judicial and scholarly authorities.

6.1.5. Conclusions

124. Article 55a INRA is open to such a broad range of possible construals that none of the persons potentially falling within its ambit will be able to predict in advance if their statement is or is not caught by it. In addition, on a logical and linguistic analysis, certain terms used in this law are such that it is to a large degree impossible to identify any objects to which they should refer. This is incompatible with guidance provided in Constitutional Court's case law on use of vague terms in law, and especially in criminal law. The unclear meaning of certain Article 55a INRA terms creates a risk that law enforcement authorities will be applying this provision to conduct which is not expressly comprised within its scope of application. This risk is not groundless because, as seen in the discussion above, the provision would likely be incapable of application otherwise.

125. Based on the body of Court's case law on the specificity of criminal law (see point 117 et seq.), the foregoing leads to a conclusion that the subject provision is incompatible with the Polish Constitution. Furthermore, the Court noted elsewhere that *"there shall be no room for any insufficiently precise formulation of any part of this rule such that would give relevant public authorities arbitrary discretion in its application, or for such authorities "appropriating" any spheres of life by penalizing conduct which has not been expressly prohibited in criminal law. The reason is not only that this could, as said, create uncertainty among individuals about what conduct is permissible and what is prohibited, but also that it could go against the constitutional principle of the rule of law and lead to arbitrary adjudication and, in the extreme, turn into a dangerous tool enabling state authorities to put pressure to bear on the citizenry. All that points to what is called "willful arbitrariness of the government", which is unacceptable in*

---

58 Cf. CC judgment of 28 June 2005 , case no. SK 56/04, and the case law therein referenced. See also the following quote: *"In a democratic state ruled by law, criminal law has the function of not only protecting the state, the state institutions, the society and the individuals against criminals but also of protecting individuals against the arbitrariness of state authorities. Criminal law builds a barrier behind which individuals are supposed to feel safe in relations with authorities. An individual may not be held criminally liable without going beyond the boundary of what is prohibited and punishable. Criminal law must set a dividing line between the permitted and the forbidden. The barrier it builds may not be moveable, freely transferrable or otherwise subject to instrumental use by public authorities. It must restrict authorities in a precise and strict manner."* (J. Zaleśny, *Zasady prawidłowej legislacji*, Studia Politologiczne Vol. 13, p. 19).

a democratic state governed by the rule of law".[59] *"The principle of legal specificity as one of the rules of decent legislation is in fact designed to protect those to whom the law is addressed against a situation whereby substantive laws are shaped by authorities which apply them instead of the legislature which makes them."*[60]

126. With such substantial interpretation concerns, it is in order to conclude that the subject law does not meet the specificity standards applicable to criminal law because it does not allow the "punishability risk" to be sufficiently recognized by those to whom it is addressed.

6.2. The unintentional type of the crime: Article 55a(2) INRA

127. Under Article 9(2) of the Criminal Code:

> *"An offence has been committed unintentionally if the perpetrator, while not intending to commit it, has nevertheless committed it because he failed to exercise the degree of care required in the circumstances, even though he did or could foresee that the offence may be committed."*

128. Thus, when drafting Article 55a(2) INRA, the lawmakers meant to provide for a situation where a person publicly and against the facts attributes responsibility for Third Reich's crimes to the Polish Nation or Polish State, but:

(1) does not intend to commit an offence so defined; and

(2) still commits the offence due to his or her failure to exercise the degree of care required in the circumstances; and

(3) did or could foresee that the offence may be committed.

129. It is hard to imagine that, when attributing responsibility for Third Reichs' crimes to the Polish Nation or Polish State, a person who is sufficiently aware of the different historical reality makes such an attribution without intending to say what she has said, i.e. that the Polish Nation or Polish State is responsible. This would be saying that, for example, a person speaking of "Polish extermination camps" has never meant to attribute the responsibility for the creation and operation of extermination camps developed and managed by Nazi Germany in occupied Poland, such as Auschwitz-Birkenau or Treblinka, to the Polish Nation or Polish State (and does not think that it is Poles that have built them and murdered millions of people in them), but used the words to, say, indicate a geographical location, which however was a breach of objective standards of care requiring the maker of the statement to consider if its structure and context may lead any group of its addressees to believe that the maker attributes the responsibility for those camps to the Polish Nation or Polish State. The problem is that there are no such objective standards of care. People to which the law is addressed can be required not to misrepresent the truth but they can hardly be required to make their

---

59 CC judgment, SK 22/02.

60 G. Koksanowicz, *op.cit.*, p. 476. See also CC judgment of 30 October 2001, case no. K 33/00.

statements so precise as to prevent any interpretation which would steer the addressees towards a meaning that is not true to historical facts.

130. What is more, Article 55a(1) INRA itself does not establish any objective standards of care (being standards applicable to an average person in the same circumstances) which would require the maker of a statement to consider if its structure and context may lead any group of its addressees to believe that the maker attributes responsibility for the relevant conduct to the Polish Nation or Polish State. Given that INRA lays down no such objective standards of care, imposing liability on anyone would mean that, in light of Article 55a(1) INRA, standards of care, which must be breached for non-intentionality to exist, may be subjective (and could involve, say, standards guiding the addressee on the basis of her knowledge or origin to make her understand the statement in some specific way) and not objective. However, the maker of a statement cannot in such circumstances be held under Article 55a to have made the statement unintentionally or intentionally because whether or not there has been any attribution of responsibility depends on how the statement is understood by its recipients.

131. But other than that, such as for example when somebody says that it is Poland that started the Second World War, there will be an obvious intent so there will be no non-intentionality to speak of with respect to the "attribution" element.

132. Accordingly, when looking for conduct that would fall within the ambit of Article 55a(2) INRA, we should seek to examine if the defendant knew that his statement is in conflict with the facts ("against the facts").

133. Naturally, this is not about cases where somebody erroneously assumes that the Polish Nation or Polish State is responsible for the relevant crimes, as long as his error is justifiable. The reason is that in such cases there is no offence at all due to the exclusion under Article 28(1) of the Criminal Code.

134. Instead, the situation described by Article 55a(2) INRA may be that, say, somebody erroneously believes that the liability for crimes which according to the facts were "committed by the Third Reich" should be attributed to the Polish Nation or Polish State, and her error is justifiable.

135. Let us now apply the above reasoning to the example of the "Polish extermination camps" language, assuming that the maker of such a statement intends to attribute responsibility for the development and operation of Auschwitz-Birkenau, Treblinka or other such camps to the Polish Nation or Polish State (which is not an obvious thing to prove and a failure to prove the intent will mean there cannot have been any "attribution"). Accordingly, the requisite situation would be that:

(1) according to the defendant's knowledge, it is the Polish Nation or Polish State that is responsible for creating death camps; and

(2) the defendant's error was not justifiable.

136. Thus, identification of unintentional conduct falling within the ambit of Article 55a(1) INRA crucially rests on finding situations whereby the defendant's error was not justifiable.

137. On interpretation, Article 28(1) of the Criminal Code purports to say that an error is justified when the defendant had neither the duty nor any opportunity to obtain information that would allow him to avoid the error and then it was objectively impossible for him to avoid the error in the circumstances.[61]

138. In that sense, any assessment of the relevant conduct as defined in Article 55a INRA will be materially affected by defendant's educational background and access to historical education and appropriate sources of information. The mere fact that knowledge about the Holocaust and its history is accessible does not mean that anyone, regardless of their educational background and country of residence (especially in the context of Article 55b INRA and its authorization to enforce the law outside Poland), has equal access to it and equal opportunity to learn about the historical events of the Holocaust. As a result, strict and elaborate findings of fact will have to be made but yet will very often be impossible. Consequently, it will be only in very limited cases, if at all, that liability for the unintentional type of the crime in question can be imposed.

139. Therefore, there is a real risk that Article 55a(2) INRA will in fact become a tool which law enforcement authorities will use whenever they have insufficient grounds for levying charges of intentional commission of the offence in question. But that is not the function unintentional offences have in criminal law. In other words, in the case of the "Polish death camps" language, it may be feared that, given the likely impossibility of proving criminal intent, the unintentional type of the subject crime will become the principal enforcement vehicle but will not necessarily be applied to acts which actually meet the definition of the crime in its unintentional form (i.e. will be applied whenever the statements concerned cannot be clearly proved to have been intended to attribute Holocaust liability to the Polish Nation or Polish State).

140. Note at this point that in *Vajnai v Hungary* (no. 33629/06) the ECtHR held that any limitations of the freedom of expression are justified only in so far as there exists a clear, pressing and specific social need. In that context, there is no approval for a blanket ban on symbols that can have multiple meanings only some of which would justify a ban.[62] This reasoning was followed by the Constitutional Court in case no. K 11/10. Thus, using such a general and imprecise criminal law as Article 55a INRA to prosecute people for making statements with potentially multiple meanings (such as "Polish extermination camps") gives rise to serious constitutional

---

61 See M. Królikowski, Zawłocki, *uwagi do art. 28*, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1-116*, Warsaw 2017; A. Zoll, *uwagi do art. 28* [in:] W. Wróbel (ed.), A. Zoll (ed.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52.*

62 Judgment in *Vajnai v. Hungary*, paragraph 51.

concerns precisely because of the failure to pass the specificity test as applicable to criminal laws (see CC judgment in case no. K 11/10).

141. In addition, it is unusual under Polish law for a crime related to abuse of the freedom of speech (meaning essentially any crimes which by their very existence are a limitation of this freedom, whether or not justified) to be legislated also as a non-intentional crime (and in this sense Article 55a(2) INRA is absolutely exceptional). It seems that, if only for this reason, such a criminal law measure restricting freedom of expression should, to the extent it refers to statements that qualify as the non-intentional type of the offence, be deemed to be an excessive restriction and, as such, incompatible with the Constitution. It allows for prosecuting people for using their constitutionally safeguarded freedom of speech even if they had no intention ("non-intentional") of committing an offence.

142. Accordingly, as Article 55a(2) INRA (read in conjunction with Article 55a(1) INRA) does not meet the constitutional standards of specificity applicable to criminal laws, it, too, should be considered incompatible with the Polish Constitution.

6.3. Scientific or artistic activities as a justification

6.3.1. The justification described in Article 55a(3) INRA does not change the view that Article 55a INRA is unconstitutional

143. Article 55a(3) INRA: "A perpetrator of the offence specified in sections 1 and 2 shall not be considered to have committed the crime if the offence was committed in course of artistic or scientific activities."

144. According to the Presidential Application, the language of this exemption from criminal liability is imprecise and hence the exemption will be difficult to apply. In response, the Attorney General and the Speaker of the Sejm submit that, in contrast to the definition of an offence itself, the legislature has much more leeway in using vague language when defining statutory justifications (*kontratypy*). In the case at hand, such language is represented by the terms "artistic and scientific activities". While they are not precise, the Attorney General's and the Speaker's argument runs, it is possible to recover their meaning whenever this law is applied.

145. That argument does not support a conclusion that the law in question is compatible with the Polish Constitution. The reason is that the Article 55a(3) justification will have certain consequences that should be considered in conjunction with Article 55a(1) and (2) INRA. Even though an act itself will not be a crime if done in course of artistic or scientific activities, statements that can be potentially made in course of such activities will still be vulnerable to the so-called chilling effect.

146. According to the legislative intent, the justification concerned is supposed to model that in Article 256(3) of the Criminal Code. But that assumption is tainted in at least two respects.

147. **Firstly**, the drafters of the INRA Amendment omitted to note that the Constitutional Court has already criticized the effectiveness of using the justification under Article 256(3) of the Criminal Code to ensure constitutional compliance. As it held in case no. K 11/10:

> *"Also, this Court joins the Speaker in concluding that the insufficient specificity of the examined fragment of Article 256(2) CrimCode is not cured by the justification regulated in Article 256(3) CrimCode. (...) In addition to being un unnecessary interference with the rights of an individual, a too hasty prosecution of use of "Fascist, communist or other totalitarian symbols", even if its ultimate effect is not adverse to the accused (defendant), could, if anything, have* ***a chilling effect on public debate*** *and, not impossibly, could also strengthen extreme political movements which look to governmental repression as something to fuel their search for more followers."* (emphasis added)

148. The Constitutional Court's approach is realistic as it focuses not only on the wording of and cross-sectional comparisons among the specific editorial units of a legal provision, but also refers to its likely practical applications. The same direction for constitutional review of freedom of speech restrictions was posited by M. Safjan in his dissenting opinion for the Court's judgment in case no. P 10/06:

> *"The design of the regulation of matters which are particularly sensitive in a democratic society, such as the freedom of expression, may not omit to take into account the existing practices in the administration of justice, the habits and tendencies in the public media or the potential threats to the freedom of the press and other media. As discussed in CC's case no. P 3/06, regard must also be had to the changeability, uncertainty and unpredictability of assessments that may guide how, for example, the judiciary approaches the criteria which ultimately define criminal liability for defamatory or insulting statements. The law never operates in vacuum but always in some specific reality, and as such should avoid solutions which are particularly vulnerable to changeable opinions that depend on current political situation or on some specific preferences of the political powers that be."*

149. In criminal law rules that impose limits on the freedom of expression, an improperly designed statutory justification clause that uses vague statements (which are otherwise generally acceptable in statutory justification design, though) can precisely result in a chilling effect. Such a justification clause does not serve its purpose because a situation where it is vague in addition to the definition of the crime itself being also imprecise significantly increases the risk of criminal prosecution being levied also against people who made the given statement in course of artistic or scientific activities. And it will be of no greater relevance that the prosecution should in the end be abandoned. The mere possibility of being exposed to charges or given the status of a suspect can be enough to suppress artistic or scientific debate, precisely due to the uncertainty about the scope of the terms "artistic or scientific activities".

150. **Secondly**, there is a major difference between the actus reus defined in Article 55a INRA and that defined in Article 256(2) of the Criminal Code (to which the Article 55a(3) INRA justification refers). Take the artistic activities justification, for example. Much as one can theoretically imagine (under Article 256(2) of the Criminal Code) some printed or recorded content that promotes a Fascist regime being possessed or presented in course of artistic activities (such as in a feature film that reproduces excerpts from a speech by Adolf Hitler), it is more difficult to precisely define any conduct that amounts to "attributing the responsibility for Third Reich's crimes to the Polish Nation or Polish State" and is at the same time part of artistic activity.

151. By way of example, let us take an actor who as part of his role during a theatrical performance speaks words suggesting the Polish origin of death camps. Because that statement would be an artistic fiction, we would not be dealing here with "attribution" because the person would not really have any intent to "attribute" (moreover, he could not be accused of committing the crime unintentionally, either, because his statement was artistic fiction and artistic fiction does not require any special care).

152. And if, hypothetically, the actor deliberately used the medium of theatrical performance to do an act defined in Article 55a INRA, the law could hardly be thought to have been intended to allow such persons to avoid liability.

153. In consequence, the artistic activities justification seems unnecessary and superfluous and does not in any way limit the application of Article 55a(1) and (2) INRA. As such, it does not alleviate the adverse impact of these regulations on the freedom of speech and on the legal specificity standards.

154. In summary, the existence of the justification under Article 55a(3) INRA does not change the general conclusion that Article 55a INRA as a whole fails to meet the constitutional standards of specificity applicable to criminal laws.

6.3.2. Ignoring exemption of liability for journalistic activities

155. Article 55a Section 3 INRA provides an insufficient statutory justification for exemption of liability, given the constitutional standard laid down in Article 54 (1) of the Polish Constitution, as it ignores the exemption of criminal liability for journalistic activities. Analyzed in its entirety, Article 55a INRA imposes yet another form of restriction of the freedom of expression on journalists, in addition to Article 212 in conjunction with Article 213 of the Penal Code.

156. In other words, given the content of Article 55a INRA, journalists will have the right to make statements about the responsibility (if any) of the "Polish Nation or Polish State" for certain World War II crimes only if they have irrefutable (and hence unquestioned) evidence to prove that their statements are true. In fact, this precludes any journalistic debate on the issue at hand, because every debate carries the risk of erroneous statements. After all, statements often require further verification, and journalistic debates might serve as a spur to, for example, academic research.

157. Article 55a INRA imposes stricter restrictions on the freedom of expression in this regard than Article 23 in conjunction with Article 24 of the Civil Code, because it does not provide for any exemption of liability in case an untrue statement is made in a socially justified interest. Given such legislation, the "good name" of the Polish Nation or the Polish State is subject to greater protection than that of individuals, which raises concerns about its proportionality (in this regard, see our comments above). The regulation under discussion contains no such criteria for exempting journalists from liability in case any of their statements are found to be untrue. And yet, the ECtHR has indicated the necessity for such criteria in its case law:

> "*The Court considers that the applicant as clearly involved in a public debate on an important issue (see Braun, cited above, §50). Therefore, the Court is unable to accept the domestic courts' view that the applicant was required to prove the veracity of his allegations. It was not justified, in the light of the Court's case-law and the circumstances of the case, to require the applicant to fulfil a more demanding standard than that of due diligence.*"[63]

> "*Indeed, in situations where on the one hand a statement of fact is made and insufficient evidence is adduced to prove it, and on the other the journalist is discussing an issue of genuine public interest, verifying whether the journalist has acted professionally and in good faith becomes paramount. The domestic courts concentrated almost exclusively on the question of the truthfulness of the applicant's statements without analyzing whether he had acted diligently in gathering and publishing the information. (...) The failure of the domestic courts to examine in detail the applicant's diligence and, in particular, the steps taken by him to ensure the accuracy of the published information falls short of the standard required by Article 10 of the Convention.*"[64]

158. Failure to determine such criteria in the legislation prevents journalistic debates (which will be limited in advance to facts that have been proved beyond any doubt and are no longer questioned, a practical rarity). Under Article 55a INRA journalists will not be exempted from criminal liability also if their statements are based on a specific source, as the veracity of their statements is the only ground for exemption from liability under Article 55a INRA. Relying on a certain source, journalists will bear the risk that the information derived from it might prove to be untrue. In order to prevent it, journalists will understandably avoid any statements about any possible responsibility of the Polish Nation or the Polish State for World War II crimes and atrocities, as the information derived from their historical source might prove to be untrue upon disclosure of new facts or additional research.

---

63 Judgment issued by the ECHR on July 5, 2016, no. 26115/10, LEX No. 2384186.

64 Judgment issued by the ECHR on January 13, 2015, no. 34447/05, LEX No. 1583335.

159. There is no doubt that the current version of Article 55a INRA excessively restricts the freedom of expression under Article 54 (1) of the Polish Constitution. This fact, along with the unspecificity of the criminal penalty stipulated in Article 55a INRA, proves that it is unconstitutional.

VII. ARTICLE 55B IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 55A INRA IS INCOMPATIBLE WITH ARTICLES 2 AND 42 OF THE POLISH CONSTITUTION

7.1. The presidential application also covers review of article 55b inra for compatibility with the standards laid down in articles 2 and 42 of the constitution

160. In his application, the Polish President was right to note that:

> "*Article 55b INRA lays down an unlimited rule of protection criminalizing those who commit the offense specified in Article 55a INRA, regardless of their citizenship and the laws in force at the place where the act was committed. This fact should be considered in reviewing Article 55a INRA for compatibility with the above-cited requirements of Article 42 (l) of the Constitution ... Consequently, anyone who commits the act defined in Article 55a of the INRA abroad, however unintentionally, may be prosecuted by the Republic of Poland, regardless of the legality of the act under the law of the country in which it was committed.*"[65]

161. While the Presidential Application does not specifically mention Article 55b INRA, in conjunction with Article 55a INRA, as the one to be reviewed for compatibility with the Constitution, we must agree with the Attorney General that, in accordance with the principle *falsa demonstratio non nocet,* Article 55b should also be deemed to be on review, as such an intention is clear from the grounds for the Presidential Application.[66]

7.2. Article 55b in conjunction with article 55a inra does not meet the standards for the specificity of laws and for proper legislation (article 2 of the polish constitution) or the specificity of criminal penalties (article 42 of the polish constitution)

162. In the opinion of the IAJLJ, Article 55b INRA, read together with Article 55a INRA, proves incompatible with Articles 2 and 42 of the Polish Constitution, since it violates the standards for the specificity of laws and criminal penalties, as well as for decent legislation.

163. This conclusion can be drawn from the very structure of Article 55b INRA which contains no autonomous norm of criminal law. Instead, it expands Article 55a INRA to include its applicability to acts committed outside the Republic of Poland, in countries that do not

---

65 The Presidential Application, p. 9.

66 Cf. Attorney General's Position Statement, p. 7, 42-43, and the relevant case law of the Constitutional Court therein cited.

criminalize the acts defined in Article 55a INRA. Thus, the material scope of the criminal law norm inferred from Article 55b INRA is the same as that inferred from Article 55a INRA.

164. It is clear, then, that the Polish President's objections that Article 55a INRA is incompatible with Articles 2 and 42 of the Polish Constitution due to failure to meet the standards for the specificity of laws (criminal penalties, in particular) and decent legislation pertain also to Article 55b INRA. Therefore, the comments and conclusions presented in Section III hereof apply also to Article 55b INRA.

7.3. Article 55b in conjunction with article 55a inra does not meet the proportionality standard (article 2 of the polish constitution and article 31 (3) of the polish constitution)

165. The IAJLJ agrees with the Attorney General that, to the extent that it provides for criminal liability under the rules laid down in Article 55a INRA in relation to Polish citizens and foreign nationals, regardless of the laws applicable at the place where the offense was committed, Article 55b in conjunction with Article 55a INRA is incompatible with Article 2 of the Polish Constitution because it violates the rule of proportionality – i.e. of the reasonable relationship between the proposed legislative objective and the normative measure with which to achieve it.[67] However, since Article 55b in conjunction with Article 55a INRA also restricts constitutional freedoms and rights (in this case, the freedom of expression of the persons to whom it applies), the regulation at issue is also incompatible with Article 31 (3) of the Polish Constitution.

166. The Attorney General has indicated that the necessity to criminalize the acts referred to in Article 55a INRA is justified by the "*apparent ineffectiveness of former remedies*" and the need to express "*public condemnation of the offender, not counterbalanced by any other remedies, including civil ones.*"[68]

167. However, this view seems completely at odds with the reasoning presented in the same brief, where the Attorney General has rightly indicated that:

> "*the criminalization of the conduct described in Article 55a Sections 1 and 2 INRA is not the only legal remedy. The same amendment added Chapter 6c entitled "Protection of the good name of the Republic of Poland and the Polish Nation." These provisions broadened the application of norms relating to the protection of personal rights…* ***As for acts amounting to the offenses specified in Article 55a Sections 1 and 2 INRA, they are successfully protected under civil law currently in force, in Poland and abroad … In this context, there might be doubts as to the legal necessity to resort to criminal law*** *in relation to acts committed abroad (the President does not question the need for criminalization in the Republic of Poland).* ***If criminal and civil remedies are introduced simultaneously, legislators are***

---

67 Cf. Attorney General's Position Statement, pp. 48-54.

68 *Ibid*, pp. 39-40.

unable to prove that civil remedies are ineffective. *Civil remedies, as determined in the amending act, have not had time to take effect, and it is therefore impossible to judge whether or not they can achieve the effects contemplated in the legislation.*" [Emphasis added].[69]

168. In the opinion of the Attorney General, who *lege non distinguente* refers both to Articles 55b and 55a of the amended INRA, the legislative intent can be achieved by civil remedies, especially since the Amending INRA has facilitated their application. Neither the Sejm nor any other participant has proved that these remedies are ineffective or insufficient to ensure the adequate protection of the good name of the Polish State and the Polish Nation.

169. On the other hand, apart from introducing civil as well as criminal penalties for the same offense, the regulation set forth in Articles 55a and 55b INRA is ineffective as the offense defined in Article 55a INRA does not fulfill the dual criminality requirement.

170. The authors of this Brief have compared the criminal law systems of eleven countries, where the good name of Poland and Poles was tarnished in recent years by phrases such as "*Polish extermination camps.*" These countries include the Czech Republic, Spain, Israel, Canada, Germany, Russia, Slovakia, the United States, Ukraine, the United Kingdom and Italy. Our analysis has clearly shown that Article 55a INRA in conjunction with Article 55b could not be enforced if the acts criminalized by these Articles were committed in any of these countries.

171. The results of our analysis are presented in the table below.

		GER	ISR	ITA	ESP	RUS	CZE	SVK	GBR	CAN	UKR	USA	Σ
1	Abuse of the freedom of expression — criminal liability, in general	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	–	10
2	Hate speech: insulting members of a certain group (race, nationality, religion, etc.)	+	+	+	+	+	+	+	+	+	–	–	9
3	Insulting one's own /foreign country or symbols/institutions of state	+	+	+	+	–	–	–	–	–	–	–	4
4	Insulting the Polish Nation by phrases such as "Polish death camps"	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	0

Table 1 Criminal liability for abuse of the freedom of expression (selected countries)

172. Although some of the analyzed countries do have laws in place that criminalize abuses of the freedom of expression, the criminal liability involved is interpreted very narrowly in their statutory law and still more narrowly in their case law. Typically, it applies only to relations between private persons, not unlike criminal liability for defamation under Polish law. In practice, however, prosecuting the offender abroad under Article 55a in conjunction with Article

---

69 *Ibid*, pp. 48-49.

55b INRA will be impossible. The reason for this is that either certain countries (such as the United States) do not prosecute individuals for abusing the freedom of expression, or they make prosecution conditional (as with defamation under Article 212 of the Polish Penal Code) upon the filing of a request for prosecution by the aggrieved party (e.g. Italy or Russia).

173. Some of these countries criminalize exclusively statements which qualify as "hate speech" or "hate propaganda" and involve conduct aimed at humiliating a given person on account of his or her race, religion, etc. (e.g. Canada or the United Kingdom).

174. Some countries (e.g. Germany, Israel or Spain) provide for special liability for insulting symbols of state or the Head of State or the State as such, as do Articles 133, 135 § 5, 136 § 3-4 and 137 of the Polish Penal Code. In such cases, however, the grounds for liability are also interpreted strictly.

175. It should be stressed that Article 55a INRA criminalizes statements that are actually offensive to the Polish Nation or the Polish State. As such, it pertains to statements that can be classified as either true or false. Therefore, Article 55a INRA cannot be likened to the above-mentioned instances of criminalization of insults to state of symbols, constitutional authorities or the state itself (which are not classifiable as true or false).

176. However, even if we leave these important differences aside, the chances of starting criminal proceedings in jurisdictions where it is theoretically possible to prosecute, for example, a statement offensive to a foreign country (Poland), not to mention obtaining a conviction, would be minimal.

177. ***First***, criminal liability in the analyzed jurisdictions involves elements that are difficult to prove in practice — e.g. the offender must act with particular intent, such as humiliation or hatred (e.g. the Czech Republic, Canada, Italy and the United Kingdom), or the statement must pose an objective threat of certain harmful consequences, such as social unrest, acts of violence, etc. (e.g. the Czech Republic or Germany).

178. ***Second***, if anything, the prosecution of an insult to a specific community (such as a nation or a state), usually requires the discretionary action of a prosecutor. As it is, prosecutors in most of these countries tend to act on the assumption that it is, generally, not their task to set the limits for the freedom of expression. In 2013 in Germany, for example, only 8 of 10 cases involving actions offensive toward state symbols and emblems ended in convictions (which confirms that the prosecutors launched investigations only if they had a very strong case). In all litigations the courts resorted to mere fines. In the same period, the courts decided a total of only 9 criminal cases regarding insults to public figures, constitutional state authorities or

government representatives, or actions offensive toward symbols of foreign countries. However, there was no conviction in the period under discussion.[70]

179. Particularly noteworthy is the judgment in *Schwarz v. Rot-Senf* (case no. 1 BvR 1565/05). The German court convicted a neo-Nazi charged with insulting the German State and flag, levying a fine of 90 times a daily fine of 20 euros each, i.e. a total of 1,800 euros. However, the German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) contested that judgment on the grounds that it amounted to an unlawful restriction of the citizen's right to criticize the authorities.

180. It should be concluded, then, that the remedy chosen to achieve the purpose of the Amending INRA, i.e. to protect the good name of the Polish Nation and the Polish State, which involves introducing criminal liability within the scope set forth in Article 55a in conjunction with Article 55b INRA, is ineffective (if not counterproductive, i.e. tarnishing the good name of the Polish Nation and the Polish State).

181. Prosecuting abroad offenses under Article 55b INRA in conjunction with Article 55a INRA that were committed outside Poland would be ineffective (as such an offense is not criminalized at the place of its commission). Prosecuting them in Poland, on the other hand, would be pointless. It would completely compromise the aim of the INRA Amendment, which is to protect the good name of Poland and Poles. In practice, such protection would be effective only with respect to Poles, i.e. the least inclined group of people to attribute responsibility for Nazi crimes to the Polish Nation or the Polish State "publicly and against the facts." Statistics may serve as a case in point: since the effective date of the Amending INRA, the NRA's prosecutors have not launched a single prosecution, even though the Institute of National Remembrance has received over 70 criminal offense notifications, as noted in Article 55a INRA (possibly in conjunction with Article 55b).[71]

182. Consequently, we must agree with the Attorney General who, in his response to the Presidential Application, stated that

> "*In deciding to criminalize the acts defined in Article 55a Sections I and 2 INRA with respect to criminal offenses committed abroad, regardless of the law applicable at the place where such offenses were committed,* ***the drafters of the legislation did not find the right balance between the need to protect the legal interest and the adequacy, effectiveness and repressiveness of the legal norm. The result is a de facto dysfunctional regulation likely to produce opposite results*** *and,*

---

70 See *Statistisches Bundesamt, Rechtspflege. Strafverfolgung* (2013), https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/Strafverfolgung2100300137004.pdf?__blob=publicationFile.

71 Cf. Agata Łukaszewicz, *IPN: prokuratorzy nie chcą wszczynać śledztw* (*NRA: Prosecutors Refuse to Launch Investigations*), "Rzeczpospolita," May 18, 2018; the article is available at http://www.rp.pl/Prawo-karne/305179891-IPN-prokuratorzy-nie-chca-wszczynac-sledztw-ws-szkalowania-narodu-polskiego.html.

consequently, undermine the authority of the Polish State as being incapable of enforcing its own statutory law." [Emphasis added].[72]

VIII. MEMORY LAWS AND FREEDOM OF SPEECH RESTRICTIONS – A COMPARATIVE LAW AND INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE

8.1. Introductory Notes

183. Article 55a INRA, as introduced by the subject INRA Amendment, sets forth a new crime which involves publicly attributing, against the facts, the responsibility or co-responsibility for certain crimes to the Polish Nation or Polish State or otherwise grossly depreciating the responsibility of the actual perpetrators of such crimes; the crimes include Third Reich's Nazi crimes defined in Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal or other offences that constitute crimes against peace or humanity or war crimes.[73] This new provision introduced by the Polish legislature is an example of what international human rights law and literature call *memory laws* (Polish *prawa pamięci*, French *loi mémorielle*).

184. Generally, memory laws are legal instruments and solutions relating to historical facts or events and their interpretations.[74] Such regulations typically take two forms: (i) a legally established orthodox version of history, which however is not accompanied by any prohibitions or sanctions, or (ii) a legal prohibition of specific interpretations of history, a breach of which is punishable. The most common form of the latter is a legal prohibition of denial, including primarily Holocaust denial. But memory laws are also said to include prohibition of tarnishing the good name of a nation or state in the context of statements on historical topics strictly related to the history of the given nation or state.

185. Countries make different uses of memory laws to provide various kinds and ranges of protection for the historical truth about their own past. In Poland, before the amendment to the subject regulations, these matters were directly governed by Article 55 INRA, which read that whoever publicly and against the facts denies crimes committed against Polish nationals or Polish citizens of any other nationality between September 1, 1939 and December 31, 1989, being Nazi crimes, Communist crimes, other crimes against peace, humanity or war crimes, shall be punishable by a fine or imprisonment of up to three years while the sentence given against him shall be published. There are abundant laws on historical references in France, but memory laws can be noted to exist actually in most of the European countries.[75] As such, memory laws are not something new or exceptional, whether in terms of the previous efforts of

---

72 Cf. Attorney General's Position Statement, p. 54.

73 Attached to the International Agreement for the trial and punishment of major war criminals of the European Axis, signed in London on 8 August 1945.

74 For more on definitional aspects of the notion of memory laws, see E. Heinze, *Beyond 'Memory Laws': Towards a General Theory of Law and Historical Discourse* [in:] *Law and Memory. Towards Legal Governance of History*, red. U. Belavusau, A. Gliszczyńska-Grabias, Cambridge University Press 2017.

75 *Ibid.*

Polish lawmakers or in the context of comparative law. The key issue is, however, whether any particular memory law regulation is in compliance with national or international law (of which more later).

8.2. Admissibility of freedom of speech restrictions in the context of laws addressing statements about history – case law of international human rights institutions

186. The admissible legal measures to restrict freedom of expression in the context of statements[76] about history have found their broadest construal in the works of the Council of Europe, an international organization established mainly in response to the Second World War events and playing a preeminent role as a "*source of contemporary political and legal standards for our continent*".[77] The Council of Europe has shaped the European standards of human rights and freedoms, including those relating to freedom of expression, which result above all from the case law of the European Court of Human Rights based on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the core treaty underlying Council of Europe's human rights system. This case law also delineates the scope of admissible restrictions on freedom of speech in the context of memory laws and statements about history.

187. In its decisions and judgments, the ECtHR has through the decades, and unwaveringly, championed the fundamental role that freedom of expression has for individuals, the civil society and the democratic rule of law.[78] The ECtHR's standard is that freedom of expression is applicable not only to information or content that is generally acceptable but must also apply to information that offends, disturbs or even shocks.[79] The ECtHR is visibly critical towards laws which impose criminal liability for any statements (other than those which incite to hatred and as such are examples of hate speech), including especially statements related to important social topics in public discussion or statements made by journalists. The ECtHR usually considers these laws to be contrary to the ECHR although it has never held that the application of criminal law measures to speech is per se a breach of Article 10 ECHR (freedom of expression).[80] The ECtHR has paid special attention to what it calls a chilling (or, in other words, dissuasive) effect that may arise due to the mere possibility of being held criminally liable for one's speech.[81] It notes the threat of a situation where someone will be afraid to even

---

76 Terms such as "statement", "speech" or "expression" should be understood broadly to include also such forms of exercise of the freedom of expression as use of specific symbols.

77 I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warsaw 2010, p. 21.

78 ECHR Judgment of 7 December 1976 in *Handyside vs. the United Kingdom,* LEX No. 80798.

79 The first time this position was presented was in *Lingens v. Austria,* 9815/82 (see. judgment of 16 January 1987), application no. 9815/82., LEX No. 1734944.

80 See ECHR judgements of 2 November 2006 in *Standard Verlags GmbH and Krawagna-Pfeifer v. Austria*, application no. 19710/02; of 29 November 2005 in *Rodrigues v. Portugal,* application no. 75088/01, LEX No. 275205; of 18 April 2006 in *Roseiro Bento v. Portugal*, application no. 29288/02, LEX No. 255053.

81 Grand Chamber's judgment of 17 December 2004 in *Cumpănă and Mazăre v. Romania*, application no. 33348/96, RJD 2004-XI, LEX No. 403575.

join the public debate because this may expose the person to risk of criminal liability.[82] For example, the ECtHR held in *Kaperzyński v. Poland, "The chilling effect that the fear of criminal sanctions has on the exercise of journalistic freedom of expression is evident. (...),* and it works to the detriment of whole societies."[83]

188. However, even if the laws of a country do not provide for criminal sanctions against how freedom of speech is exercised, e.g. in the context of defamation, that freedom may still be in danger of being curbed by disproportionate means. This can happen when, for example, a journalist loses a civil defamation suit and is ordered to pay very high monetary damages. In such cases, the very amount of damages award may be held by the Strasbourg-based court to be contrary to the principle of proportionality.[84]

189. A similar approach is taken by the UN Human Rights Committee, which recommends that criminal measures should not be used for defamation to the broadest extent possible, including because of the chilling effect such measures have on the public debate.[85]

190. The line of authority and case practice (of both the ECtHR and UN HRC) described above permits certain important exceptions, which are strictly related to the subject-matter of this Opinion. Importantly, the ECtHR has never had any doubt that the so-called Holocaust deniers should not be afforded protection under Article 10 ECHR. So far, the ECtHR has dismissed as groundless each and every complaint by Holocaust deniers alleging curtailment of their freedom of expression, with such dismissals very often expressly relying on Article 17 ECHR (prohibition of abusing rights afforded by the ECHR for a purpose that runs contrary to the very essence of those rights). The ECtHR gave the fullest exposition of its position on the matter when hearing the *Garaudy v. France* case, which will be more particularly described further below.

191. However, importantly in the context of the compliance of Article 55a INRA with international human rights standards, the ECtHR's practice includes cases where it has a different approach (than in Holocaust denial cases) to other forms in which states curtail one's freedom of expression in the context of historical statements. The two most representative decisions in this regard are the ECtHR's judgment in *Lehideux and Isorni v. France* concerning statements praising Marshal Pétain[86], and its Grand Chamber's judgment of 2015 in *Perinçek v.*

---

82 Dirk Voorhoof, The Right to Freedom of Expression and Information under the European Human Rights System: Towards a more Transparent Democratic Society, EUI Working Paper RSCAS 2014/12, p.4.

83 ECHR, 3 April 2012, application no. 43206/07, *Kaperzyński v. Poland.*

84 See the judgments of 3 December 2013 in *Ungváry and Irodalom KfT v. Hungary*, application no. 64520/10, LEX No. 1396191; of 13 July 1995 in *Tolstoy Miroslavsky v. United Kingdom*, application no. 18139/91, A316-B, LEX No. 80421.

85 See, e.g., HRC decisions in case no. 909/2000, Kankanamge v. Sri Lanka, Views adopted on 27 July 2004, and concluding observations on Italy (CCPR/C/ITA/CO/5), concluding observations on the Former Yugoslav Republic of Macedonia (CCPR/C/MKD/CO/2).

86 Judgment of 23 September 1998 in *Lehideux and Isorni v. France* (55/1997/839/1045), Legalis No. 135289.

Switzerland concerning criminalization of the denial of the Armenian genocide.[87] In both cases, the ECtHR ruled in favor of the applicants and held that state authorities acted in contravention of the ECHR by restricting the applicants' right to freedom of expression on historical topics. In the judgments, the ECtHR took the position that statements concerning historical facts or events or statements that assess historical figures should enjoy extensive protection if it cannot be clearly demonstrated that their aim or effect was, as is the case with Holocaust denials, to engage in hatred-based denial of historical truth that has been established beyond any doubt.

192. In the first of these two cases, the ECtHR held that -- other than negation or revision of clearly established historical facts, such as the Holocaust -- a historical debate enjoys the protection of Article 10 EHRC, even if it is about the most difficult events of the past. ***Lehideux and Isorni v France*** was concerned with the applicants' press advertisement in *Le Monde* in which they praised Marshal Pétain's accomplishments[88]. The advertisement began with the words "*People of France, you have short memories if you have forgotten...*". These particular words were then cited throughout the text and followed by a series of assertions describing Pétain's life in clearly positive or even laudatory terms. Omitted from that advertisement was information about Pétain's collaboration with the Nazi regime, among others. The purpose of the text was to encourage its readers to support associations for the Defense of Marshal Pétain's memory, which at the time were trying to rehabilitee him, reopen his 1945 trial and reverse the judgment that sentenced him to death and led to the forfeiture of his civic rights. The advertisement drew protests from associations of former members of the French resistance and led to its authors being convicted for publicly defending the war crimes and collaboration with the Nazis.

193. During the proceedings, the French Government asked the ECtHR to dismiss the complaint as inadmissible, arguing that the press publication in issue infringed the very spirit of the ECHR and was also a deliberate attempt at historical misrepresentation. The applicants argued on their part that the advertisement did in no way praise the Nazi crime and its sole aim was to contribute to a deeper reflection on the difficult period in the history of France, and to reopen Marshal Pétain's case and rehabilitate him.

194. To examine the case on its merits, the ECtHR had to answer the question whether the intervention of the French authorities was necessary in a democratic society. The ECtHR considered that the applicants did not act on their own behalf but expressed themselves on behalf of certain associations whose names were mentioned in their advertisement. These associations were legally constituted in France, operated in accordance with the law and, as was generally known, their object was to rehabilitate Marshal Pétain. Therefore, it should not

---

87 Judgment of 15 October 2015 in *Perinçek v. Switzerland* (27510/08), LEX No. 1402705.

88 Analysis of the case of *Lehideux and Isorni v. France* based on: A. Gliszczyńska-Grabias, Przeciwdziałanie antysemityzmowi. Instrumenty prawa międzynarodowego, Warsaw 2014, s. 524-529.

come as any surprise that the advertisement portrays his figure in a favorable light. At the same time, the ECtHR noted that the French court's judgment convicting the applicants was mainly based on the fact that the advertisement's authors had not distanced themselves from or in any way criticized Marshal Pétain's darkest moments in life relating to the persecution of Jews, and especially to his signing, in October 1940, of the so-called Jewish laws which led to the deportation to the German Nazi death camps of tens of thousands of Jews in France. Although the applicants were not deniers, their deliberate failure to mention this fact had to be considered unacceptable because of the victims of those crimes.

195. The ECtHR noted that while any justification of a pro-Nazi policy could not be allowed to enjoy the protection afforded by Article 10, in the case at hand the applicants stated their disapproval of Nazis, of "Nazi atrocities and persecutions", and of "German omnipotence and barbarism", even though, admittedly, they failed to expressly indicate that Philippe Pétain was part of those acts. In particular, they omitted to mention his responsibility for the persecution and deportation the French Jews to the death camps. The facts they had chosen to conceal were not trivial; on the contrary, the related directly to the events of the Holocaust. The gravity of this crime increases the gravity of any attempt to downplay or draw a veil over it. Still, although it found the applicants' conduct morally reprehensible, the ECtHR held that this conduct had to be assessed comprehensively, in the light of all other circumstances of the case.

196. As noted by the ECtHR, the general principle should be that each member state of the Council of Europe should allow an open public debate about even the most controversial subjects concerning their history. Any derogations from this principle must satisfy the tests of necessity and proportionality. Moreover, the events referred to in the advertisement had occurred more than forty years before, which means that they can be interpreted differently, and with less severity, than what would be justified ten or twenty years previously. Finally, the content of the advertisement in issue corresponded directly to the object of the associations on whose behalf it was made.

197. For these reasons, the ECtHR considered the applicants' conviction for the offence of making a public defense of the crime of collaboration as disproportionate, unnecessary and without justification in a democratic society. In its Grand Chamber's judgment, the ECtHR held that there had been a breach of the applicant's right under Article 10 ECHR.

198. The ECtHR's Grand Chamber judgment in *Perinçek v. Switzerland* is another prominent, and extensively discussed, ruling to address the admissibility and scope of memory laws in the member states of the Council of Europe. The complaint concerned Doğu Perinçek, a Turkish political activist. After examining the case, the ECtHR held that Mr. Perinçek's conviction for his denial of the Armenian genocide in 1915 was in breach of Article 10 ECHR. Dogu Perinçek was convicted under the provision of the Swiss Criminal Code which prohibits publicly denying or condoning crimes against humanity or genocide, such as the crime against the Armenian people. Perinçek was indicted and convicted following his public comments at number of meetings and conferences in Switzerland when he denied that the crime committed against

the Armenians by the Ottoman Empire was in the nature of a genocide, described the idea of it as an "international lie".

199. The ECtHR held that Switzerland violated the ECHR and the applicant's right to freedom of expressions, offering the following main arguments for its judgment:

(1) the applicant's statements related to matters of public importance and did not constitute incitement to hatred or intolerance on ethnic or national grounds;

(2) the applicant's statements could not be interpreted as violating the dignity of the Armenian people in a way that would justify a criminal sanction;

(3) there is no obligation under international law to penalize statements such as those of the applicant's;

(4) it seems that the Swiss courts restricted the applicant's freedom of expression for the sole reason that his opinions differed from those that were generally acceptable in Switzerland.

200. The Grand Chamber's *Perincek* decision will be discussed in more detail further below due to its relevance and the fact that it is precisely this case that was referred to by proponents of the INRA Amendment in their explanatory memorandum.

201. It is also instructive to look at another aspect of the ECtHR's approach to memory laws and the legal regulations designed to prevent certain defective codes of memory and certain historical opinions from entering the public domain. The issue is about the kind of legal regulations which the so-called ex-Soviet bloc countries rely on to prevent any falsification or loss of memory of Stalinist-or communist-era crimes. The ECtHR's stance in these cases is markedly different from its approach to Holocaust denial motivated by anti-Semitic prejudice or hatred, and it generally considers that criminal measures against statements or conduct referring to Stalinist or communist past are a breach of the Strasbourg freedom of expression standard. One example of this is the ECtHR's judgment in *Vajnai v. Hungary.*[89] The applicant in the case was the then Vice-President of the Workers' Party, who complained about interference with his right to freedom of expression, among others. In 2004, Mr. Vajnai was convicted for violating the law prohibiting the public use of totalitarian symbols, which he did by wearing a red start on his jacket during a lawful demonstration. The Hungarian authorities argued that they had to avert a present danger that the communist dictatorship could be restored. However, the ECtHR held that the applicant's right had been violated and that the authorities' intervention, 20 years after the fall of communism in Hungary, was not necessary in a democratic society, because in his opinion there was no real danger of that regime being restored. The state's power of discretion was kept in tighter check, also because the case concerned a politician from a legal political party. The ECtHR admitted it was aware of the fact

---

89 Judgment of 8 July 2008, application no. 33629/06, *Vajnai v. Hungary,* LEX No. 411923.

that the red star symbol is associated with mass violations of human rights during the communist rule in Hungary. Still, the ECtHR considered that it would be unacceptably onerous, and against the Strasburg freedom of expression standards, to allow an absolute ban on public displays of symbols such as the red star, where there is no link between the prohibition and the propagation of a totalitarian system, and when the prohibition affects a member of a political party with no "totalitarian ambitions".

202. An important aspect of the ECtHR's judgment in the *Vajnai* case is the danger it saw in the direct precedence of the dictates of public and social feeling over binding legal regulations. The court held: "*The Court is of course aware that the systematic terror applied to consolidate communist rule in several countries, including Hungary, remains a serious scar in the mind and heart of Europe. It accepts that the display of a symbol which was ubiquitous during the reign of those regimes may create uneasiness among past victims and their relatives, who may rightly find such displays disrespectful. It nevertheless considers that such sentiments, however understandable, cannot alone set the limits of freedom of expression (…).*"[90]

203. Such a *dictum* clearly shows that the ECtHR is firmly in favor of an extensive construal of freedom of expression relating to statements and conduct with historical connotations, except where they directly involve the Holocaust or the German Nazi past in combination with hate-driven or anti-Semitic motivations or incitement to hatred. This applies even to those references to the past which have special importance to a state or nation and can touch on extremely painful experiences from its past. Use of the "Polish concentration camps" language could likely be held by the ECtHR to be an example of precisely the historical connotations which are particularly painful for the Polish nation. However, that would not in any way be sufficient for the ECtHR to consider that Article 55a INRA is in compliance with the Strasbourg standard of protection.

204. Another source of crucial guidance on the establishment of memory laws and the prevention of defective memory codes, including through the use of legal instruments, is the UN-based universal human rights protection system. A particularly important guideline to be followed by state actors, which in this case include the states that are parties to the International Covenant on Civil and Political Rights ("Covenant")[91], is a fragment of General Comment No. 34 issued in 2011 by the UN Human Rights Committee ("HRC")[92]. In the context of permissible restrictions on freedom of expression and research, it states that laws which penalize the expression of opinions about historical events and facts are incompatible with the provisions of the Covenant relating to the respect for freedom of opinion and expression. The Covenant does not permit any general prohibition in domestic laws of expressions of an erroneous

---

90 Translation taken from A. Gliszczyńska-Grabias, Przeciwdziałanie antysemityzmowi. Instrumenty..., *op.cit.*, pp. 548-549.

91 The International Covenant on Civil and Political Rights, adopted and opened for signature in New York on 19 December 1966 r. (*Journal of Laws* of 1977,No. 38, item 167, att.)

92 General Comment no. 34 of 21 July 2011, CCPR/C/GC/34.

opinion or an incorrect interpretation of past events. On the other hand, the Covenant does permit or even prescribes restrictions on statements which espouse racial, national or religious hatred or incite any discrimination on these grounds. Accordingly, where defective codes of memory have such behavior as their underlying motive, relevant restrictions could possibly be considered to be compatible with the Covenant. That approach is reflected in the HRC decision in *Faurisson v. France,* a case of the criminalization of denial, which will be discussed further below.

205. In conclusion, let us quote from I.C. Kamiński: "the Strasbourg standard seems to be underpinned by the methodological assumption that discussions about history are associated with uncertainty and that, therefore, it is necessary to tolerate minority views even if they are shocking or extravagant. The Court (or the national courts) should not step in to arbitrate such cases."[93]

206. The ECtHR has held on numerous occasions that it is extremely difficult to reach certainty and consensus in matters of history which are controversial and continue to be hotly debated in course of historical research[94] and that therefore legal measures should not, in its opinion, be used to interfere in a confrontation between opposing views and opinions on historical topics.[95] According to the ECtHR, it is an integral part of freedom of expression to seek historical truth, even if the resulting conclusions can hurt national pride or the belief of a nation's or state's positive role in history.[96]

8.3. Criminalization of denial as a special case of admissible freedom of speech restrictions – case law of international human rights institutions

207. While firmly holding that criminal measures against statements about history are incompatible with freedom of expression standards established in international human rights law, both the ECtHR and the HRC endorse the exception to that rule. This is criminalization of denial, but denial basically narrowed down to public statements of the Auschwitz lie only.

208. The need to ensure a more complete criminal law response to denial was invoked by the Polish legislature in justifying the subject amendment to the INRA. However, that reasoning is misplaced in two fundamental respects.

---

93 Opinion for Ombudsman, p. 13.

94 Judgement of 123 September 2006 in *Monnat v. Switzerland*, application no 73604/01. The applicant was a journalist punished after a TV show programme which was highly critical about the conduct of the Swiss authorities and society during WWII and their attitude towards the Holocaust. Formally, he was punished for lack of objectivity and failure to warn viewers that the programme would present a one-sided view of the Swiss history. The ECHR held that there has been a breach of Article 10 of the Convention. The Court emphasized mainly the interest of the society in receiving various, and often conflicting, historical opinions, the need to ensure freedom of expression, the limited discretion of authorities with respect to issues of general interest, and the seriousness of the topic of the journalistic content and of the underlying historical research.

95 Judgement of 10 February 2009, *Guclu v. Turkey*, application no. 27690/03, LEX No. 479618.

96 *Monnat v. Switzerland.*

209. **Firstly**, penal provisions which made public Holocaust denial statements a crime had already been present in the INR Act before the amendment and continue in force to this day.

210. **Secondly**, the law now before the Constitutional ECtHR cannot be equated to criminal prohibition of the Auschwitz lie as such because these two regulations refer to other phenomena which are differently approached by such institutions as the ECtHR.

211. As said, criminal measures to prohibit denial are the most frequent and widely accepted category of memory laws. In the simplest terms, denial means denying the fact that certain crimes (genocide, war crimes, crimes against humanity) occurred.[97]

212. Anti-denial laws typically also ban certain public interpretations of such crimes, involving approval, gross disparagement, trivialization or banalization. Polish law directly addressed the crime of denial in Article 55 INRA even before the INRA Amendment.

213. The nature of such regulations can be illustrated by Czech criminal law, which reads that "whoever publicly denies, questions, approves, or attempts to justify Nazi, Communist or any other genocide or Nazi, Communist or any other crimes against humanity or war crimes or crimes against peace shall be punished by imprisonment of no less than six months and no more than three years (Article 405 of the Czech Civil Code)."[98]

214. In Italy, the Parliament amended the Criminal Code in June 2016 by adding a new article which penalizes disseminating, and instigating or inciting the dissemination of, the "Auschwitz lie" or the denial of other crimes of genocide, crimes against humanity or war crimes. [99]

215. The penalization of denial was taken up at the EU level in 2008 by the Council Framework Decision on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law. Article 1 of the Decision lists acts which the Member States must ensure are punishable if committed intentionally.[100]

216. While "denial" covers an array of techniques by which historical facts are denied, it typically refers to denying the Holocaust. Colloquially, the "Auschwitz lie" means mainly denying the

---

97 Emanuela Fronza, *Memory and Punishment Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, the Hague 2018, pp. 4-9.

98 Penal Code, Act No. 40/2009 Coll. of January 8, 2009.

99 Law no. 115 of June 16, 2016.

100 These acts include the following forms of denial: publicly condoning, denying or grossly trivialising crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes as defined in Articles 6, 7 and 8 of the Statute of the International Criminal ECtHR, directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin when the conduct is carried out in a manner likely to incite to violence or hatred against such a group or a member of such a group; and publicly condoning, denying or grossly trivialising the crimes defined in Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal appended to the London Agreement of 8 August 1945, directed against a group of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin when the conduct is carried out in a manner likely to incite to violence or hatred against such a group or a member of such a group.

Holocaust committed by Nazi Germany during World War II.[101] Although such denial, disparagement, trivialization or other distortion of the truth about German Nazi crimes affects all of us, and none more so than the victims of German genocide and their relatives, particularly but not just Jews, the "Auschwitz lie" most often refers to Jews and is a form of anti-Semitism.[102]

217. It is in this context that "Auschwitz lie" cases have been considered by major international human rights institutions, such as the HRC and the ECtHR. The ECtHR in particular has heard a host of such applications. In some of those cases, the ECtHR has found state interference with Article 10 ECHR rights to be "necessary in a democratic society".[103] In other cases, the ECtHR relied on Article 17 (which prohibits the use of rights to undermine the system for the protection of human rights) to find that applicants' complaints are incompatible *ratione materiae* with the provisions of the ECHR[104]. However, the two crucial precedents on the criminalization of the Auschwitz lie (ECtHR's decision in *Garaudy v. France* and HRC's decision in *Faurisson v. France*) emphasize the link between the Holocaust denying content and the anti-Semitic motivations of the deniers and treat public dissemination of the Auschwitz lie as an example of anti-Semitic statements or conduct.

218. In Garaudy v. France, the ECtHR made it clear that:

> "*Disputing the existence of crimes against humanity was (...) one of the most severe forms of racial defamation and of incitement to hatred of Jews. The denial or rewriting of this type of historical fact undermined the values on which the fight against racism and anti-Semitism was based and constituted a serious threat to public order. It was incompatible with democracy and human rights (...).*"

219. The ECtHR reached a similar decision after hearing the complaint filed by Robert Faurisson, a Holocaust denier. The applicant alleged that the French court had hampered his freedom of expression by convicting him on Holocaust denial charges.[105] The ECtHR decided that the French court had not infringed the applicant's freedom of expression, as his actions were motivated by anti-Semitism and resulted from long-term involvement in the Holocaust denial movement. This aspect of the case law concerning the criminalization of public Holocaust denial, which links the latter to anti-Semitic motives and feelings, should be seen as one of the key elements distinguishing the criminalization of Holocaust denial from that of the statements defined in Article 55a INRA.

---

101 D.E. Lipstadt, *Denying the Holocaust. The Growing Assault on Truth and Memory*, New York 1994.

102 *Ibid.*

103 Decision on inadmissibility, 1 February 2000, *Schimanek v. Austria*, application no. 32307/96, LEX No.520200; Decision on inadmissibility, 7 June 2011, *Gollnisch v. France*, application no. 48135/08, LEX No.846452.

104 Decision on inadmissibility, 24 June 2003, *Garaudy v. France,* application no. 65831/01, LEX No. 285773.

105 Decision issued on November 8, 1996 in re complaint no. 550/1993 *Faurisson v. France*.

220. To justify the need for amendments to the existing INRA provisions protecting historical truth, the drafters of the INRA Amendment relied on excerpts from the judgment of the Grand Chamber in *Perincek v. Switzerland*. The Grand Chamber's judgment in that case is crucial to an assessment of whether the legal solutions adopted in the Polish legislation are permissible and compatible with the European ECHR. However, our analysis reveals that these solutions would most likely be rejected by the ECtHR due to contravening the Strasbourg standard concerning the freedoms of expression and academic research. For this reason, we suggest analyzing in-depth the judgment in the Perincek case in light of the criticism of the INRA Amendment under discussion, having regard to the general trend of the ECtHR's decisions in freedom of expression cases.

221. In all Holocaust denial cases examined by the ECtHR, the applicants were charged with denying or belittling, not with attributing responsibility for the Holocaust to countries other than those guilty of Holocaust crimes (there is a high risk that the ECtHR would see no analogy between the legal grounds for these cases and Article 55a INRA). According to the ECtHR's summary, all cases belonging to this category "*equally concerned statements that variously denied the existence of the gas chambers; described them as a "sham" and the Holocaust as a "myth"; called their depiction the "Shoa business," "mystifications for political ends" or "propaganda"; or called into question the number of dead and in ambiguous terms expressed the view that the gas chambers were a matter for the historians*" (Perincek, para 210). It is clear, then, that none of the cases where the ECtHR found the criminalization of Holocaust denial compatible with the ECHR involved attributing responsibility or joint responsibility to another country.

222. Moreover, in describing cases involving criminalization of the Holocaust denial, the ECtHR referred to Holocaust denial statements as "*almost invariably emanating from persons professing Nazi-like views or linked with Nazi-inspired movements*" (Perincek, para 209). This element is very unlikely to be applicable to persons expressing the views defined in Article 55a INRA. This proves that the ECtHR, which is in favor of criminalizing Holocaust denial, would most likely refuse to give the same treatment to cases affected by Article 55a INRA. In legal bans on Holocaust denial, the ECtHR sees a tool with which to ward off the threat of further dissemination of anti-Semitism and prevent the recurrence of the Holocaust, not a remedy for statements tarnishing the good name of a given state or nation.

223. It should be added that, in referring to the criminalization of Holocaust denial, the ECtHR made it crystal clear that

> "*the justification for making its denial a criminal offense lies not so much in that it is a clearly established historical fact but in that (...) its denial, even if dressed up as impartial historical research, must invariably be seen as connoting an antidemocratic ideology and anti-Semitism. Holocaust denial is thus doubly dangerous, especially in States which have experienced the Nazi horrors, and which may be regarded as*

having a special moral responsibility to distance themselves from the mass atrocities (...) by outlawing their denial." (Perincek, para 243).

224. Clearly, such *ratio legis* for legislation criminalizing Holocaust denial, which, according to the ECtHR, warrants the opinion that it is compatible with the ECHR, cannot apply to Article 55a INRA. The ECHRs key argument is that it is the country **guilty** of the Holocaust which is responsible for punishing Holocaust deniers. A country that **is not guilty** of the Holocaust is under no obligation to punish those who deny the identity of guilty persons (or countries).

225. Regardless of one's opinion on the ECtHR's interpretation and the logical consistency of Holocaust denial judgments with the ECtHR's case law in other cases involving criminal liability for "defective codes of memory" and for statements on historical issues, it is fair to conclude that the ECtHR will decide that the case law on Holocaust denial does not apply to penalties for the statements defined in Article 55a INRA.

226. It should be recalled that the ECtHR has repeatedly stressed that criminal penalties for statements other than those involving Holocaust denial are unusual and essentially incompatible with Article 10 of the ECHR. The ECtHR has ruled, citing its own case law, that a criminal conviction is a serious sanction, having regard to the existence of other means of intervention and rebuttal, particularly through civil remedies. (cf. Perincek, para 273). In this case, the ECtHR has noted that what matters is not so much the severity of the applicant's sentence, but the very fact that Perincek was criminally convicted, "*which is one of the most serious forms of interference with the right to freedom of expression*" (Perincek, para 273).

227. Given the existing ECtHR's case law, it is fair to assume that Article 55a INRA will be subjected to very close scrutiny (if the relevant case is litigated in the ECtHR) and, like other criminal remedies in non-Holocaust denial cases, found inconsistent with Article 10 of the ECHR. That is what the ECtHR did in the case of, for example, Article 261 bis § 4 of the Swiss Penal Code, based on which Perincek was convicted. According to the ECtHR,

> "*Indeed, an interference with the right to freedom of expression that takes the form of a criminal conviction inevitably requires detailed judicial assessment of the specific conduct sought to be punished. In this type of case, it is normally not sufficient that the interference was imposed because its subject-matter fell within a particular category or was caught by a legal rule formulated in general terms; what is rather required is that it was necessary in the specific circumstances*" (Perincek, para 275).

228. In the Perincek case, the ECtHR decided that no such interference was necessary.

229. Moreover, we quote the key passage, as the ECtHR (summarizing its previous reasoning in that case) states all the main reasons why a criminal sanction is not necessary, because all elements involved could also be applied to hypothetical criminalization under Article 55a INRA.

> "*Taking into account all the elements analyzed above – that the international obligation for Switzerland to criminalize such statements, that the Swiss courts appear to have*

censured the applicant for voicing an opinion that diverged from the established ones in Switzerland, and that the interference took the serious form of applicant's statements bore on a matter of public interest and did not amount to a call for hatred or intolerance, that the context in which they were made was not marked by heightened tensions or special historical overtones in Switzerland, that the statements cannot be regarded as affecting the dignity of the members of the Armenian community to the point of requiring a criminal law response in Switzerland, that there is no criminal conviction – the ECtHR concludes that it was not necessary, in a democratic society, to subject the applicant to a criminal penalty in order to protect the rights of the Armenian community at stake in the present case." (Perincek, para 280)

230. This long quotation contains all crucial elements which must be considered in order to determine whether the criminalization of statements (statements and opinions on history) can be regarded as justifying the "necessity" for criminalization as a form of interference with the right under Article 10 of the ECHR. The decisive questions are:

(1) **Does the statement bear on a matter of public interest?** If so, the necessity for criminalization will be very unlikely. Article 55a INRA undoubtedly applies to statements bearing on a matter of public interest;

(2) **Could the statement be treated as a call for hatred or intolerance?** That would strengthen the case for criminalization. However, such interpretation of the statements defined in Article 55a INRA is unlikely;

(3) **Is the context of the statements marked by heightened tensions?** It seems that it is not, given the statements defined in Article 55a INRA;

(4) **Is the context marked by "special historical overtones"?** In an indirect way, such historical overtones might be found in Article 55a INRA (difficult Polish-Jewish relations and history);

(5) **Could the statement described in Article 55a INRA affect the dignity of the persons concerned by it?** Perhaps it could, but then the ECtHR's judgment stresses that such persons should belong to a minority group. That is what makes their position so special and necessitates special protection. As regards Article 55a INRA and the argument that the dignity of Poles might be affected due to attribution of complicity in Nazi crimes, this minority element does not apply;

(6) Is there an international obligation to criminalize all forms of "defective codes of memory"? There is no such obligation with regard to the scope of offenses under Article 55a INRA;

(7) **Is criminalization based on a critical opinion about a statement that was found to divert from the established one?** If so, the ECtHR will deny its necessity. This is true of Article 55a INRA.

(8) **Would interference involve a criminal penalty treated by the ECtHR with particular skepticism?** It would in the case of Article 55a INRA.

231. As this analysis reveals, of the eight elements treated by the ECtHR as relevant to the criminalization of a statement likely to be regarded (for the sake of argument) as similar to the statements defined in Article 55a INRA, only one (4), or possibly two (4 and 5), might be regarded as necessitating criminalization. The other elements clearly indicate that criminalization cannot be deemed compatible with the ECHR.

232. It is also important to indicate the manner in which the ECtHR balanced the values protected by Articles 10 and 8 of the ECHR. With regard to Article 8, the ECtHR decided that it justified protecting "*the identity, and thus the dignity of present-day Armenians*" (*Perincek, para* 156). That said, the ECtHR rejected the argument about the dignity of the victims as such. Presumably, a similar argument might be applied to Article 55a INRA.

233. We doubt whether a similar argument might be applied to the statements defined in Article 55a INRA, i.e. that they seriously affect the dignity of Poles, *construed as an element of their identity*. The main point about Armenians is that the *fact* of genocide is denied in a situation where they are a minority in all countries they inhabit (particularly in Turkey). It is their minority status which has a particular impact on the situation of Armenians. Any person committing the offense criminalized in Article 55a INRA might affect the dignity of many Poles, but it would be difficult to claim that he or she might affect their sense of identity, much less the identity of a minority group.

234. Based on the Perincek case it can be concluded with almost absolute certainty that the ECtHR would find a judgment issued under Article 55 INRA to be in breach of the Strasbourg freedom of expression standards.

8.4. Article 55a INRA – comparative law perspective

235. While various countries have adopted a number of laws classified as memory laws, many of which prohibit acts that offend, insult or deride symbols of state,[106] Article 55a INRA has no equivalent in any other legislation of the Member States of the Council of Europe, the U.S. or Canada.

236. There is only one provision of law, namely Article 301 of the Turkish Penal Code, which might be viewed as similar to Article 55a INRA.

---

106 See the Council of Europe on Defamation and Freedom of Expression, H/ATCM (2003) 1; Legal provisions concerning defamation, libel and insult. Brief overview of related legislation in selected European countries, DH-MM (2003)006 rev.

237. In Turkey, any acts offensive to "Turkishness, the Turkish Republic or its state authorities and institutions" can be prosecuted under Article 301 of the Penal Code, enacted in September and remaining in force since June 2015. The Article stipulated that any person committing the offense so defined was liable to imprisonment from 6 months to 3 years.[107] While Article 31 did not refer expressly to any attribution of responsibility to the Turkish nation or State for specific crimes, it was used by the courts to punish persons who publicly referred to the slaughter of Armenians in 1915-1917 as genocide committed by the Ottoman Empire. Once adopted, Article 301 of the Penal Code was used for numerous litigations against prominent writers and journalists, such as the Noble Prize winner Orhan Pamuk, who in an interview for a Swiss newspaper spoke out about Turkey's responsibility for murdering 30,000 Kurds and one million Armenians.[108]

238. Article 301 was later amended due to widespread criticism, e.g. at the United Nations during the Universal Periodic Review, a periodic review of the human rights records of all UN Member States by the HRC (Human Rights Council).[109] The amended version of Article 31 has been in force since May 2008, yet it continues to draw valid criticism from leading international NGOs and the Venice Commission, among others.[110]

239. In the amended version of Article 301 of the Turkish Penal Code, the phrase "Turkishness" was narrowed down to the "Turkish Nation." The drafters also reduced the maximum penalty for the offense specified in Article 301 (from 3 to 2 years). Moreover, the application of Article 301 now requires prior approval of the Minister of Justice. Finally, the drafters of the amended version removed the part of the original provision which stipulated that if a Turkish citizen abroad made offensive remarks about "Turkishness," the maximum penalty would be increased by 1/3.

240. The original and amended Turkish legislation under discussion has also been challenged by the ECtHR. In *Dink v. Turkey,*[111] the ECtHR expressed serious doubts as to whether it was possible to achieve precision in defining the term "Turkishness," and thus satisfy the condition for the clarity and predictability of legislation. The ECtHR also expressed doubts about the fact that Turkish law protected the state authorities from insults of this sort in a situation where such insults were not accompanied by any calls for violence. In this context, the ECtHR noted

---

107 Statute No. 5237.

108 Moreover, a well-known publisher was sentenced to one year in prison (the sentence was commuted to a fine) for publishing the Turkish translation of a book claiming that Turkey was responsible for the slaughter of Armenians in 1915. A Turkish court has resorted to Article 301 of the Turkish Penal Code in a case involving literary fiction ("The Bastard of Istanbul," a novel by Turkish bestselling author Elif Safak). However, the author was eventually acquitted, due in no small measure to the pressure of the international community.

109 UN DOC. A/HRC/15/13, pp. 20-22.

110 VENICE COMMISSION OPINION ON ARTICLES 216, 299, 301 AND 314 OF THE PENAL CODE OF TURKEY, CDL-AD(2016)002, pp. 20-24.

111 Judgment of September 14, 2009, complaints nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, LEX No. 603519).

that politicians enjoyed less protection in public discourse and stressed its key role with regard to important social issues. The ECtHR also pointed out that criminal penalties for the conduct defined in Article 301 of the Turkish Penal Code could only be applied in extreme cases related to calls for hatred or violence.

241. In another case (*Taner Akçam v. Turkey*[112]), the ECtHR referred to the amended Article 301. It noted that even though the term "Turkishness" was replaced with the "Turkish Nation," Turkish courts essentially had not changed their interpretation of the gist of the criminalized act defined in Article 301. Consequently, Article 301 remains a serious threat to the freedom of expression. **Given the unspecific term "attribution," the form and level of the penalty stipulated in Article 55a INRA, and the fact that this provision will affect historical debates, it is fair to assume that the example of the Turkish legislation and its evaluation by international human rights protection organizations, most notably the ECtHR, clearly indicates the manner in which the Polish legislation will be assessed**.

* * * * *

112 Judgment of October 25, 2011, complaint no. 27520/07, LEX No. 1001020.

We, the undersigned, acting on behalf of The International Association of Jewish Lawyers and Jurists, respectfully submit that the Constitutional Court accept this Amicus Curiae Brief in case no. K 1/28 and the recommendations presented at the beginning hereof.

Meir Linzen
President

Daniel Reisner
Vice President

Encl.:

1) [Statute of the IAJLJ with amendments]
2) [Resolution of the IAJLJ]

Odpisy