RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 12 lutego 2013 r.

PG VIII TK 132/12
SK 65/12

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
KANCELARIA
wpł. dnia 13. 02. 2013
L.dz. ..... L. zał. .....

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku ze skargą konstytucyjną B. R , wnioskującego o stwierdzenie, że „art. 256 Kodeksu karnego jest niezgodny z:
(1) art. 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 w związku z art. 2 Konstytucji RP w zakresie, w jakim operuje nieprecyzyjnymi zwrotami <nawołuje do nienawiści> oraz <inny totalitarny ustrój państwa>;
(2) art. 54 ust. 1 i art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 w związku z art. 2 Konstytucji RP, ponieważ operowanie przez ustawodawcę określeniami <nawołuje do nienawiści> oraz <inny totalitarny ustrój państwa> nie daje gwarancji jasnego i precyzyjnego określenia zakresu tego przepisu, stwarzając niebezpieczeństwo dla wolności słowa oraz wolności badań naukowych"

- na podstawie art. 33 w związku z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) -

przedstawiam następujące stanowisko:

1) art. 256 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), w części obejmującej wyrazy „nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych i rasowych", jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 i art. 54 ust. 1 w związku art. 31 ust. 3 oraz nie

jest niezgodny z art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

2) na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) postępowanie w pozostałym zakresie podlega umorzeniu, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

UZASADNIENIE

B. R wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego ze skargą konstytucyjną, przytoczoną na wstępie niniejszego stanowiska.

Skarga ta została wniesiona na tle następującego stanu faktycznego i prawnego.

Wyrokiem z dnia lutego 2010 r., sygn. akt , Sąd Rejonowy w B Wydział Karny uznał oskarżonego B. R za winnego tego, że: w okresie od czerwca 2005 r. do października 2005 r. w W , B i innych miejscowościach na terenie Polski w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, publicznie znieważał grupy ludności z powodu przynależności narodowej do ras innych niż „Rasa Biała" w szczególności żydowskiej oraz nawoływał do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych i rasowych poprzez publikację w czasopiśmie N , ukazującym się jako dodatek do dwumiesięczników A nr oraz T nr , artykułów , w których propagował muzykę nacjonalistycznych zespołów i przytaczał teksty piosenek zespołów D , K - opatrując ją swoim aprobującym komentarzem, m.in. [redacted]

[redacted] i za ten czyn, na mocy art. 256 k.k. w zbiegu z art. 257 k.k. w związku z art. 12 k.k. w związku z art. 11 § 2 k.k., skazał B. R , zaś na mocy art. 257 k.k. w związku z art. 11 § 3 k.k. wymierzył temu oskarżonemu karę pozbawienia wolności, której wykonanie, na mocy art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k., warunkowo zawiesił tytułem próby na okres

Sąd Okręgowy w B Wydział Karny Odwoławczy - po rozpoznaniu apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego B. R - wyrokiem z dnia maja 2011 r., sygn. akt , zmienił wyrok Sądu Rejonowego w B z dnia lutego 2010 r. między innymi w ten sposób, że w kwalifikacji prawnej oraz podstawie skazania czynu przypisanego oskarżonemu w miejsce art. 256 k.k. przyjął art. 256 § 1 k.k. W pozostałym zakresie wyrok Sądu Rejonowego w B utrzymał w mocy.

W pierwszej części uzasadnienia skargi B. R wyjaśnił, dlaczego przepis art. 256 k.k. jest niezgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 w związku z art. 2 Konstytucji RP w zakresie, w jakim operuje zwrotami „nawołuje do nienawiści" oraz „inny totalitarny ustrój państwa".

Odnosząc się do zwrotu „nawoływanie do nienawiści" Skarżący podniósł, że „nie chodzi w nim o nawoływanie do określonego zachowania się, lecz do określonej emocji - nienawiści. Brzmi to bardzo niejasno i trudno zrozumieć, co ustawodawca konkretnie miał na myśli. Czy w tym przepisie chodzi tylko o nawoływanie do manifestowania nienawiści (bezpośrednie

nawoływanie do nienawiści), czy również o wywoływanie nienawiści poprzez propagowanie negatywnych wypowiedzi o pewnych grupach osób (pośrednie nawoływanie do nienawiści)? Uzasadnienie projektu Kodeksu karnego nie zawiera w tym zakresie żadnego uzasadnienia. *Widocznie przepis ten wydał się twórcom projektu na tyle ważny, by go wprowadzić, ale nie aż tak ważny, by go uzasadniać* - zauważa prof. L. Gardocki. Nie ulega wątpliwości, że stosowanie przepisu art. 256 § 1 k.k. w tym brzmieniu może w praktyce utrudniać korzystanie z wolności słowa, kiedy ustalenie, czy miało miejsce przestępstwo, zależy od oceny, czy zachowanie się sprawcy, np. krytykującego przedstawicieli jakiejś nacji łączyło się z zamiarem nawoływania do nienawiści, czy też było dopuszczalną krytyką albo neutralną prezentacją określonego zjawiska. Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, iż ustawodawca nie definiuje terminu nienawiść. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego, nienawiść jest to uczucie silnej niechęci, wrogości do kogoś lub do czegoś. W praktyce odróżnienie niechęci od nienawiści może nastręczać organom ścigania i sądom wiele trudności, ponieważ trudno jest wskazać kryteria pozwalające na odróżnienie tych dwóch emocji" (uzasadnienie skargi, s. 6).

Następnie Skarżący przedstawił argumenty przemawiające, w Jego przekonaniu, za niedostateczną określonością zawartego w art. 256 § 1 k.k. wyrażenia „innego totalitarnego ustroju państwa", po czym skonstatował, że „[t]aka redakcja art. 256 § 1 k.k. w zakresie sformułowań <nawołuje do nienawiści> oraz <inny totalitarny ustrój państwa> godzi w zasadę *nullum crimen sine lege* (<nie ma przestępstwa bez ustawy>), która jest najważniejszą zasadą współczesnego procesu karnego, chroniącego jednostkę przed arbitralnym posługiwaniem się represją karną przez organy państwowe. Zasada ta pozostaje niekwestionowanym składnikiem idei państwa prawa. Została zamieszczona w art. 42 ust. 1 Konstytucji, a także w art. 7 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych i art. 11

Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. jako **zawierająca jedno z podstawowych praw człowieka**" (uzasadnienie skargi, s. 7)

Dalej Skarżący omówił treść, jaką zawiera zasada *nullum crimen sine lege* sformułowana w art. 42 ust. 1 Konstytucji oraz w art. 1 § 1 k.k., po czym stwierdził, że w przedmiotowej sprawie „szczególnego znaczenia nabiera zasada *nullum crimen sine lege certa,* zwierająca adresowany do ustawodawcy postulat, żeby formułował przepisy w taki sposób, aby ich odbiorca mógł je zrozumieć i ich przestrzegać" i dodał, że „[j]ak słusznie zauważa prof. L. Gardocki, przepisy karne niezrozumiałe, niejasne, ogólnikowe można porównać do zaminowanego pola, na które wstęp jest wzbroniony, ale jego granice są niezbyt wyraźnie oznaczone" (uzasadnienie skargi, s. 8).

Zdaniem Skarżącego, używanie znamion ocennych, takich jak „nawoływanie do nienawiści" oraz „inny totalitarny ustrój państwa", dopuszczające różne ich rozumienie, powoduje, że przestępstwo z art. 256 § 1 k.k. jest niedostatecznie określone. Skarżący wskazuje, iż „[j]est oczywiste, że w państwie praworządnym nie powinny obowiązywać przepisy karne, których ustawodawca nie potrafi sformułować dokładnie ani nie ma na to szans w drodze orzecznictwa Sądu Najwyższego. Ustawodawca nie może bowiem wymagać od obywatela uświadomienia sobie zakresu zakazu karnego i przestrzegania go, jeżeli sam nie jest w stanie określić wyraźnie jego granic" (tamże).

Zdaniem Skarżącego, regulacja z art. 256 § 1 k.k., w zakresie użytych zwrotów „nawołuje do nienawiści" oraz „inny totalitarny ustrój państwa", narusza też zasadę proporcjonalności, wyrażoną art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W przedmiocie tego zarzutu Skarżący stwierdza, że „[o]graniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Przyjęta klauzula ogólna, ograniczająca zakres korzystania z konstytucyjnych wolności, winna mieć zastosowanie do wszystkich wolności i praw regulowanych przez Konstytucję, a więc także do

zasady praworządności (*nullum crimen sine lege).* Ustalenie, co jest istotą poszczególnych wolności i praw będzie musiało nastąpić później w drodze wykładni praktycznej i doktrynalnej. Wprawdzie w doktrynie podkreśla się, że tego typu rozwiązanie nie jest znane standardom międzynarodowym, dotyczącym praw człowieka, które **klauzule ograniczające przypisują każdorazowo poszczególnym prawom poddanym działaniu takich ograniczeń,** a nie formułują klauzuli ogólnej, ale miarodajny jest obowiązujący stan prawny w tym zakresie.

Wobec powyższego brak przejrzystego i zrozumiałego zredagowania art. 256 § 1 k.k. w zakresie użytych przez ustawodawcę zwrotów <nawołuje do nienawiści> oraz <inny totalitarny ustrój państwa> narusza art. 31 ust. 3 Konstytucji w związku z art. 42 ust. 1 Konstytucji" (uzasadnienie skargi, s. 9).

Jako pomocniczy wzorzec kontroli Skarżący wskazał przepis art. 2 Konstytucji występujący - w Jego przekonaniu - „w powiązaniu z art. 42 ust. 1 Konstytucji i art. 31 ust. 3 Konstytucji". W tej części wywodów Skarżący podniósł, że „[w]zględy demokratycznego państwa prawnego nakładają na ustawodawcę szczególny wymóg precyzji i dookreśloności prawa. Przepis ten został przywołany dla wzmocnienia i uzupełnienia argumentacji dotyczącej naruszenia gwarantowanej konstytucyjnie zasady przejrzystego i zrozumiałego zredagowania zakazu karnego" oraz że „[z]asada poprawnej legislacji, wyrażona w art. 2 Konstytucji, została naruszona przez nieprecyzyjność zaskarżonej regulacji w zakresie terminów <nawołuje do nienawiści> oraz <inny totalitarny ustrój państwa>" (uzasadnienie skargi, s. 9-10).

Na koniec wywodów przedstawionych w tej części uzasadnienia skargi konstytucyjnej B. R podkreślił, że „**istota problemu konstytucyjnego sprowadza się nie do oceny konstytucyjnej dopuszczalności penalizacji przestępstwa propagowania faszyzmu i totalitaryzmu,** lecz **do oceny poprawności konkretnego rozwiązania normatywnego, które zostało przyjęte na gruncie art. 256 § 1 k.k.** Nadmierna restryktywność

odpowiedzialności karnej, narzucającej, co najmniej pośrednio, bariery dla swobody wypowiedzi - zwłaszcza wtedy, gdy łączy się ze znaczącą swobodą oceny wyróżnionych znamion przestępstwa - może prowadzić do niedopuszczalnej ingerencji w sferę gwarantowanej wolności konstytucyjnej. **Podstawą oceny w takim wypadku pozostaje więc przede wszystkim kwestia, czy badana regulacja prawnokarna dostatecznie uwzględnia standardy wolności wypowiedzi w państwie demokratycznym, a zatem czy właściwie (poprawnie) balansuje wchodzące w grę wartości konstytucyjne**" (uzasadnienie skargi, s. 10).

Uzasadniając w drugiej części skargi niezgodność art. 256 § 1 k.k. z art. 54 ust. 1 i art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 w związku z art. 2 Konstytucji Skarżący podniósł, że „[p]rzepis art. 256 § 1 k.k. w obecnym brzmieniu może w istotnym zakresie ograniczać wolność słowa oraz możliwość politycznych działań opozycyjnych lub działań mieszczących się w ramach tzw. obywatelskiego nieposłuszeństwa, które - dopóki nie przekształcają się w nawoływanie do przemocy - mogą być często pozytywnym wariantem aktywności społecznej w demokratycznym państwie. Operowanie przez ustawodawcę określeniami <nawołuje do nienawiści> oraz <inny totalitarny ustrój państwa> nie daje gwarancji jasnego i precyzyjnego określenia zakresu tego przepisu, stwarzając niebezpieczeństwo dla wolności słowa oraz wolności badań naukowych" (tamże).

Następnie Skarżący, powołując się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, stwierdził, że „[s]woboda wypowiedzi jest jednym z fundamentów społeczeństwa demokratycznego, warunkiem jego rozwoju i samorealizacji jednostek. **Swoboda ta nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne.** Rolą dziennikarzy jest rozpowszechnianie informacji i idei dotyczących spraw będących przedmiotem publicznego zainteresowania i mających publiczne znaczenie. Pozostaje to w ścisłym

związku z prawem opinii publicznej do otrzymywania informacji. Oczywiście na gruncie Konstytucji (art. 31 ust. 3) swoboda wypowiedzi może doznawać ograniczeń. Nie ulega jednak wątpliwości, że najbardziej elementarnym warunkiem ograniczenia tej swobody jest wymóg regulacji ustawowej. **Wzgląd na fundamentalną rolę wolności słowa w demokratycznym państwie prawnym nakazuje szczególnie surowo kontrolować precyzję przepisów ustaw wprowadzających ograniczenia w korzystaniu z tej wolności**" (uzasadnienie skargi, s. 11).

Odnośnie wzorca kontroli z art. 73 Konstytucji Skarżący zaznaczył, że wyrażona w tym przepisie wolność nauki, której elementami składowymi są: wolność badań naukowych oraz wolność ogłaszania ich wyników, nabiera szczególnego znaczenia w niniejszej sprawie. Argumentując niezgodność art. 256 § 1 k.k. z art. 73 Konstytucji Skarżący stwierdził, że „[w] doktrynie wskazuje się, iż swoboda badań naukowych obejmuje także prawo do błędu i fałszywości teorii naukowej, co może być przyczyną wyłączenia jej poza zakres ochrony art. 73 Konstytucji. Wobec powyższego **Konstytucja RP dopuszcza możliwość wygłaszania poglądów kontrowersyjnych i społecznie nieakceptowanych, a także chroni wolność publikowania wyników badań naukowych, w tym teorii błędnych lub fałszywych.** Co za tym idzie, publiczne wypowiedzi dotyczące zagadnień historycznych, winny korzystać z ochrony gwarantowanej w art. 54 ust. 1 Konstytucji, nawet wówczas gdy wprowadzają niepokój i w odbiorze społecznym zasługują na potępienie. Zasada ta w sposób oczywisty odnosi się do publikacji naukowych, jako że stanowią one szczególną formę wyrażania poglądów - chronioną przez art. 73 Konstytucji" (uzasadnienie skargi, s. 12).

Skarżący stwierdził dalej, że norma z art. 256 § 1 k.k. jest niezgodna z art. 31 ust. 3 Konstytucji przez to, iż jej kształt, „opierający się na przesłankach ocennych, relatywnych, niepoddających się pełnej obiektywizacji, stwarza zagrożenie ingerencji w sferę wolności wypowiedzi w większym stopniu niż w

wypadku rozwiązań opartych na jasnych i precyzyjnych sformułowaniach ustawowych" (uzasadnienie skargi, s. 12).

Skarżący dodał, że **„[p]rzy ocenie przesłanki konieczności w państwie demokratycznym w odniesieniu do badanego instrumentu prawnokarnego, nie można abstrahować od istniejącej praktyki organów prokuratorskich.** Jest ona - jak wskazują sygnatury postępowań wszczętych z art. 256 k.k. - niejednolita i nie opiera się na przejrzystych, wyraźnie określonych kryteriach. W sytuacjach zbliżonych lub podobnych dochodzi do wszczęcia postępowania karnego lub też do odmowy jego wszczęcia. **Taka praktyka nie tylko nie sprzyja budowaniu autorytetu instytucji publicznych państwa prawa, ale wręcz może prowadzić do obniżania tego autorytetu przez stosowanie nierównej miary, a w konsekwencji wyróżniania określonych osób lub grup osób jako silniej chronionych niż inne podmioty działające w sferze publicznej** (uzasadnienie skargi, s. 12).

Przed przejściem do rozważań merytorycznych konieczne jest określenie dopuszczalnego zakresu skargi konstytucyjnej B. R

Warunki formalne, jakim musi odpowiadać skarga konstytucyjna, stanowiły przedmiot licznych odniesień Trybunału Konstytucyjnego.

Trybunał wielokrotnie wskazywał, że w świetle art. 79 ust. 1 Konstytucji skarga konstytucyjna, w odróżnieniu od wniosków kierowanych przez podmioty wymienione w art. 191 ust. 1 pkt 1-5 Konstytucji, nie jest środkiem uruchamiania tzw. kontroli abstrakcyjnej, a więc realizowanej w oderwaniu od płaszczyzny stosowania kwestionowanych przepisów. Wobec tego nie ulega wątpliwości, iż jedynym dopuszczalnym przedmiotem skargi konstytucyjnej może być unormowanie wykazujące złożoną (dwojaką) kwalifikację. Po pierwsze - winno być ono podstawą prawną ostatecznego orzeczenia, z wydaniem którego wiąże skarżący zarzut naruszenia przysługujących mu w świetle postanowień Konstytucji praw lub wolności. Po

drugie - to w normatywnej treści uregulowań kwestionowanych w skardze konstytucyjnej tkwić winna bezpośrednia przyczyna niedozwolonej ingerencji organów stosujących prawo w sferę konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych skarżącego (*vide* na przykład - postanowienia TK z dnia: 22 października 2007 r., sygn. Ts 291/06, OTK ZU, seria B, nr 5/2007, poz. 241, s. 700-701 oraz 18 lipca 2007 r., sygn. Ts 153/06, OTK ZU, seria B, nr 6/2007, poz. 273, s. 802-803).

O konieczności wykazania związku pomiędzy przedmiotem skargi a ostatecznym rozstrzygnięciem o wolnościach, prawach lub obowiązkach skarżącego Trybunał Konstytucyjny przypominał także w licznych późniejszych orzeczeniach.

W postanowieniu z dnia 23 listopada 2009 r., sygn. Ts 91/09, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż *„przedmiotem kontroli w trybie skargi konstytucyjnej może być tylko taki przepis ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego orzeczono ostatecznie o przysługujących skarżącemu konstytucyjnych wolnościach i prawach. Doprecyzowując tę przesłankę, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że może to być tylko przepis, który zdeterminował w taki sposób treść opartego na jego podstawie rozstrzygnięcia, iż doprowadziło ono do naruszenia wskazanych w skardze praw lub wolności. Uznanie zaskarżonego przepisu za niekonstytucyjny - wskutek rozpatrzenia skargi przez Trybunał Konstytucyjny - prowadzić ma bowiem do jego wyeliminowania z systemu prawa, a poprzez ponowne rozpoznanie przez odpowiednie organy sprawy, w związku z którą wniesiono skargę, do usunięcia istniejącego naruszenia konstytucyjnych praw lub wolności"* (LEX nr 737227; *vide* też – postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 września 2010 r., sygn. Ts 154/09, OTK ZU seria B nr 5/2010, poz. 365; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. Ts 150/08, OTK ZU seria B nr 6/2010, poz. 417 oraz postanowienie Trybunału Konstytucyjnego

z dnia 26 listopada 2010 r., sygn. Ts 281/09, OTK ZU seria B nr 6/ 2010, poz. 461).

W postanowieniu z dnia 27 września 2010 r., sygn. Ts 85/08, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż *„[w] świetle przesłanek skargi konstytucyjnej, zakreślonych w art. 79 ust. 1 Konstytucji, nie budzi wątpliwości, że kontroli sprawowanej przez Trybunał w trybie skargi konstytucyjnej może podlegać tylko ta norma, której zastosowanie spowodowało skutek oceniany przez skarżącego w kategoriach naruszenia jego praw lub wolności (art. 47 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK)"* [LEX nr 737131; *vide* też – postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. Ts 64/08, OTK ZU seria B nr 6/2010, poz. 413].

Biorąc pod uwagę jednolite orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i powracając na grunt skargi konstytucyjnej B. R , należy stwierdzić, że przedmiotem tej skargi może być jedynie art. 256 § 1 k.k., podczas gdy Skarżący zakwestionował całość tego artykułu Kodeksu karnego.

Wszak podstawę ostatecznego orzeczenia o prawach i wolnościach Skarżącego, w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji, stanowił wyłącznie przepis art. 256 § 1 k.k.

Tym ostatecznym orzeczeniem był bowiem wyrok Sądu Okręgowego w B Wydział Karny Odwoławczy z dnia maja 2011 r., w którym sąd odwoławczy, w kwalifikacji prawnej oraz podstawach skazania B. R , w miejsce art. 256 k.k., powołanego przez sąd pierwszej instancji, przyjął tylko § 1 tego artykułu.

Ponadto, w opisie przypisanego przez sądy obu instancji B. R czynu z art. 256 § 1 k.k., nie występowało, zawarte w tym przepisie, znamię określające czynność sprawczą w postaci „propagowania innego totalitarnego ustroju państwa".

Sądy obu instancji zakwalifikowały bowiem czyn B. R jako znieważenie ludności narodowości żydowskiej, wyczerpujące dyspozycję art.

257 k.k. (przepis ten nie został objęty skargą konstytucyjną) oraz, określone w art. 256 § 1 k.k., nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych i rasowych (*vide* - uzasadnienie wyroku sądu pierwszej instancji, s. 63-64, oraz uzasadnienie wyroku sądu odwoławczego, s. 26).

Mając na uwadze to, że kontrola inicjowana skargą konstytucyjną nie może być realizowana w oderwaniu od płaszczyzny stosowania kwestionowanych przepisów, wskazany przez B. R przedmiot zaskarżenia należało ograniczyć do art. 256 § 1 k.k. oraz do zawartego w tym przepisie wyrażenia „nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych i rasowych".

W pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) [dalej: ustawa o TK].

Przechodząc do rozważań merytorycznych należy zauważyć, iż w ocenie Skarżącego zakwestionowana regulacja godzi w zasadę określoności przepisów prawa, a w szczególności w zasadę określoności przepisów karnych, stanowiąc jednocześnie nieproporcjonalne ograniczenie wolności wyrażania poglądów oraz wolności badań naukowych.

Skarżący utrzymuje, że nieokreśloność kwestionowanej regulacji Kodeksu karnego stanowi zagrożenie dla wolności słowa, ponieważ skutkuje kryminalizacją takich wypowiedzi, które są ekspresją poglądów chronioną na podstawie art. 54 ust. 1 Konstytucji. Z podobnych przyczyn zaskarżona norma ogranicza - w Jego przekonaniu - wolność badań naukowych chronioną na podstawie art. 73 Konstytucji

Mając powyższe na uwadze, za główne wzorce kontroli konstytucyjnej w niniejszej sprawie należało przyjąć art. 42 ust. 1 Konstytucji, wyrażający zasadę określoności przepisów karnych, i art. 2 Konstytucji, wyrażający ogólną

zasadę określoności przepisów prawnych, zaś art. 54 ust. 1 Konstytucji, ustanawiający wolność wyrażania poglądów, i art. 73 Konstytucji, statuujący wolność badań naukowych - uznać za wzorce pomocnicze.

Wynik kontroli zgodności art. 256 § 1 k.k., w części obejmującej wyrazy „nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych i rasowych", z art. 54 ust. 1 i art. 73 Konstytucji jest bowiem uzależniony od odpowiedzi na pytanie, czy kwestionowana regulacja spełnia wymogi określoności przepisów prawa karnego (przepisów prawa w ogólności).

Wynik badania zgodności zaskarżonej normy z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji przesądzi też rezultat badania zgodności tej normy z, uznanym przez samego Skarżącego tylko za wzorzec związkowy, art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Ogólna zasada określoności, wynikająca z art. 2 Konstytucji, oraz zasada określoności przepisów prawa karnego (prawa represyjnego), wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji, stanowiły przedmiot licznych wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego.

Na wzajemny związek tych dwóch zasad, a także na wyjątkowe znaczenie zasady określoności w obszarze szeroko rozumianego prawa karnego (represyjnego), Trybunał Konstytucyjny wskazał w wyroku z dnia 22 czerwca 2010 r., sygn. akt SK 25/08 (OTK ZU seria A, nr 5/2010, poz. 51).

Z kolei w wyroku z dnia 19 lipca 2011 r., sygn. akt K 11/10, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że *„[n]akaz określoności przepisów karnych należy widzieć w kontekście ogólnego nakazu określoności przepisów prawnych (...). Nakaz ten znajduje swoje źródło w zasadzie demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), stanowiąc jedną z dyrektyw poprawnej legislacji; ma zastosowanie w wypadku wszelkich regulacji, kształtujących pozycję prawną obywatela (...). W wyroku w sprawie Kp 3/09 (...). Trybunał, orzekając w pełnym składzie, stwierdził, że na ustawodawcy ciąży obowiązek tworzenia przepisów prawa możliwie najbardziej określonych zarówno pod względem ich*

treści, jak i formy. Trybunał orzekł też o konieczności przeprowadzenia testu określoności prawa, który powinien być odnoszony do kontrolowanej regulacji. Na test ten składa się: 1) precyzyjność regulacji prawnej, 2) jasność przepisu oraz 3) jego legislacyjna poprawność. Precyzyjność (precyzja) „winna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na wyegzekwowanie" (wyrok z 21 marca 2001 r., K 24/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 51...). Jasność przepisu oznacza jego klarowność i zrozumiałość dla adresatów, którzy mają prawo oczekiwać od racjonalnego ustawodawcy tworzenia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw (...). Poprawność przepisu oznacza natomiast jego właściwą konstrukcję z punktu widzenia językowego i logicznego i jest warunkiem podstawowym, pozwalającym na ocenę przepisu w aspekcie pozostałych kryteriów - jasności i precyzyjności (tamże). Podczas konstytucyjnej kontroli określoności danej regulacji konieczne jest przeprowadzenie wskazanego testu, a następnie odniesienie we właściwej proporcji do charakteru badanej regulacji (...). W tym ostatnim aspekcie znaczenie ma rodzaj regulowanej materii, kategoria adresatów, do których przepisy są kierowane, oraz stopień ingerencji proponowanych regulacji w konstytucyjne wolności i prawa.

Trybunał w rozstrzyganej sprawie podtrzymuje swe utrwalone w orzecznictwie poglądy na temat przestrzegania przez prawodawcę nakazu określoności przepisów prawa w ogólności oraz szczególnych wymogów stawianych przepisom prawa karnego, a mianowicie:

1) przepis prawa karnego powinna cechować precyzyjność, jasność oraz legislacyjna poprawność;

2) adresat normy prawnokarnej powinien być w stanie zrekonstruować, jedynie na podstawie określających ją przepisów, a więc z zastosowaniem wyłącznie językowych reguł wykładni, zasadnicze znamiona czynu zabronionego;

3) jednostka nie powinna być w stanie niepewności co do tego, czy pewne zachowanie stanowi czyn zabroniony;
4) 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;
5) użycie zwrotów niedookreślonych lub wieloznacznych w obszarze prawa karnego wymaga istnienia szczególnych gwarancji proceduralnych, zapewniających przejrzystość i ocenność praktyki wypełniania nieostrego zwrotu konkretną treścią przez organ państwa" (OTK ZU seria A nr 6/2011, poz. 60, s. 1009-1010),

O wymogu określoności przepisów prawa Trybunał Konstytucyjny kompleksowo wypowiedział się w wyroku z dnia 28 czerwca 2005 r., sygn. SK 56/04, stwierdzając, że *„[n]akaz określoności przepisów prawnych, rozumiany jako wymaganie formułowania tychże przepisów w sposób zapewniający dostateczny stopień precyzji w ustaleniu ich znaczenia i skutków prawnych, traktuje się jako jeden z elementów zasady ochrony zaufania obywatela do państwa, wynikający z art. 2 Konstytucji (...) ...**nie oznacza to, że ustawodawca nie może określać pewnych zachowań stanowiących czyn zabroniony w sposób na tyle ogólny, aby w ich zakresie mieściły się różne działania, które są zabronione, np. ze względu na cel, jaki ma być osiągnięty przez ich realizację. Wniosek przeciwny należałoby uznać za nieuprawniony, bowiem w krańcowym ujęciu prowadziłoby to do konieczności zaprzeczenia abstrakcyjnego i ogólnego charakteru normy prawnej*** (podkr. wł.) oraz że *w* piśmiennictwie wskazuje się m.in., iż *„<w państwie praworządnym nie powinny obowiązywać przepisy karne, których ustawodawca nie potrafi sformułować dokładnie ani nie ma na to szans w praktyce orzeczniczej. Ustawodawca nie może bowiem wymagać od obywatela uświadomienia sobie zakresu zakazu karnego i przestrzegania go, jeżeli sam nie jest w stanie określić wyraźnie jego granic> (L. Gardocki, Prawo karne, wyd. 9, Warszawa 2003, s.*

16). Jednocześnie jednak uznaje się dopuszczalność używania przez ustawodawcę, obok znamion opisowych czynu zabronionego, również znamion (w większym lub mniejszym stopniu) ocennych. Zrozumiała preferencja dla tych pierwszych <tam, gdzie jest to możliwe> nie jest naturalnie równoznaczna z generalnym zanegowaniem poprawności norm prawnokarnych zawierających znamiona ocenne (zob. L. Gardocki, op.cit.). Jeszcze wyraźniej myśl tę wyraża piśmiennictwo z zakresu prawa wykroczeń, które podkreśla, że postulat posługiwania się przez ustawodawcę <w miarę możliwości> znamionami opisowymi, ostrymi, a unikania znamion ocennych, nie zawsze da się zrealizować (zob. A. Marek, Prawo wykroczeń (materialne i procesowe), wyd. 4, Warszawa 2004, s. 37). Podobnie uważa P. Sarnecki, który stwierdza, iż wyłączność ustawy w zakresie ustalania katalogu przestępstw nie oznacza, że ustawy te muszą być <zamknięte> w tym sensie, że wszelkie elementy zabronionych czynów muszą być wyczerpująco ustalone w ustawie. Również w zakresie typizacji przestępstw dopuszczalne jest, w zastanym przez Konstytucję rozumieniu tego zagadnienia, odwołanie się przez te przepisy do pewnych sformułowań ocennych (np. <ciężkie> uszkodzenie ciała, <silne> wzburzenie, <znaczna> wartość mienia, itd.), pozostawiających orzekającemu organowi (sądowi) ostateczną decyzję o występowaniu lub nie pewnego zarzucanego czynu (zob. P. Sarnecki, komentarz do art. 42 [w:] Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, t. III, Warszawa 2003, s. 5)".

W końcowym fragmencie tej części uzasadnienia powołanego wyroku z dnia 28 czerwca 2005 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż „*[z] dotychczasowych rozważań wynika w sposób niewątpliwy, że ocena dopuszczalności posługiwania się przez ustawodawcę pojęciami ocennymi, również w przepisach o charakterze karnym (sankcyjno-represyjnym), powinna następować in casu. Nie sposób pokusić się w tej mierze o jakiekolwiek generalizowanie, czy też automatyzm ocen. W ujęciu abstrakcyjnym można jedynie formułować pewne ogólne kryteria, na podstawie których ocena taka*

powinna następować. Ocena posłużenia się przez ustawodawcę pojęciami niedookreślonymi - stwierdził Trybunał w sprawie o sygn. SK 34/03 - zależy od dwóch okoliczności: po pierwsze - chodzi o <jakość> samych pojęć, która przekłada się na określoność samego przepisu, po drugie zaś - o procedurę, nakazującą sądowi dokładne zbadanie przesłanek oraz pozwalającą na weryfikację ich zastosowania przez sąd" (OTK ZU seria A nr 6/2005, poz. 67, s. 887 - 890).

Problematyka określoności prawa, w tym określoności szeroko rozumianego prawa karnego (represyjnego), była też podejmowana w doktrynie.

Zdaniem W. Sokolewicza, „[o]kreśloność prawa jest zasadą pochodną drugiego stopnia, która wywodzi się z zasad prawidłowej legislacji" (komentarz W. Sokolewicza do art. 2 Konstytucji [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* Tom V, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, s. 48).

W. Sokolewicz, rozważając określoność prawa w kontekście praw jednostki, stwierdził, że „[w]ymóg określoności bez żadnej wątpliwości i w sposób kategoryczny odnosi się do relacji między państwem i obywatelami - adresatami danej regulacji, którzy mają prawo oczekiwać jej czytelności, przejrzystości, poszanowania zasad systemowych, a także nierozmijania się jej skutków z intencjami prawodawcy (...). Bowiem <niejasność przepisów jest wyrazem niedostatecznej troski ustawodawcy o podmiotowe traktowanie adresatów prawa, co odbiera im poczucie bezpieczeństwa prawnego i skutkuje utratą zaufania do państwa> (SK 4/02 z 15 IV 2003, OTK w 2003, cz. I, poz. 21, s. 402).

Stąd wszelkie przepisy ograniczające realizację wolności i praw jednostki muszą być dostatecznie określone (...), zaś ich należyta precyzja ma znaczenie szczególne (...). Dotyczy to w większym stopniu prawa karnego i prawa daninowego (...). Dzieje się tak dlatego, że od precyzyjnego wyznaczenia dopuszczalnego zakresu ingerencji państwa oraz określenia trybu, w jakim ograniczony w swych prawach podmiot mógłby się bronić przed

nieuzasadnionymi naruszeniami jego dóbr osobistych, zależy skuteczność tej obrony" (W. Sokolewicz, op. cit., s. 48-49).

W kolejnym fragmencie swojej wypowiedzi W. Sokolewicz, definiując określoność prawa oraz jej konsekwencje, zauważył, iż z zasady tej „wynika, że każdy przepis aktu prawotwórczego (normatywnego) [...], zwłaszcza zaś dotyczący wolności i praw jednostki lub przewidujący możliwość stosowania wobec niej sankcji, powinien być sformułowany w sposób **poprawny, jasny i precyzyjny**, tym samym zapewniający **przewidywalność** skutków jego zastosowania (...). Poprawność w tym zestawieniu obejmuje zarówno jego warstwę językową, jak i strukturę logiczną; jasność oznacza klarowność i zrozumiałość dla adresatów, zaś precyzja powinna gwarantować, że nałożone nim obowiązki będą sformułowane na tyle konkretnie, by ich treść była oczywista i umożliwiała egzekucję (...). Musi m. in. w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny definiować wszystkie, w tym podmiotowe, znamiona czynów zagrożonych karą (...).

Zagrożenia dla przewidywalności prawa występują wtedy, gdy: 1) przesłanki zwrotu niedookreślonego są determinowane elementami subiektywnymi; 2) zwrotom takim nie nadaje się brzmienia, które zagwarantowałoby jednolitość linii orzeczniczej; 3) ustalenie pojęć nieostrych powierza się organom stosującym te przepisy, zwłaszcza gdy są to organy administracji publicznej; czyni to z nich faktycznie organy prawotwórcze (...).

Wymóg określoności nie wyklucza posługiwania się przez ustawodawcę **pojęciami pozaprawnymi**, nawet nieostrymi, odwołującymi się do funkcjonujących w społeczeństwie przekonań i ocen <jeśli mają ugruntowaną w świadomości prawnej jednostek podstawę aksjologiczną, z której wynika konkretny normatywny imperatyw> (K 11/99 z 15 IX 1999, OTK ZU 1999, nr 6, poz. 115...). Przepis zawierający takie pojęcia powinien jednak być zredagowany w sposób umożliwiający jego dookreślenie we względnie jednolitej praktyce orzeczniczej oraz dopełniony gwarancjami proceduralnymi

chroniącymi przed arbitralnością organów stosujących prawo" (ibidem, s. 49-50).

W. Sokolewicz dodaje, że zasada określoności dopuszcza „nie tylko używanie pojęć pozaprawnych i ocennych, ale także takich, które ze swej istoty wymagają wykładni lub odwołują się do regulacji zawartych w innych gałęziach prawa" oraz że zasada określoności „nie wymaga nawet - w zakresie regulacji penalnej stawiającej, jak wiadomo, ustawodawcy wyższe wymagania - jasności i komunikatywności w stopniu absolutnym wyrażenia określonego zakazu lub nakazu" i konkluduje, iż obrażający Konstytucję może być nie każdy brak określoności, „lecz tylko brak określoności odpowiedniej w danych okolicznościach, co możemy nazwać **nieokreślonością kwalifikowaną**", którą autor ten nazywa też „swoistym **maksimum nieokreśloności"** i definiuje jako „niedopowiedzenia prawodawcy skutkujące regulacją niekompletną (jeżeli nie są to luki pozostawione intencjonalnie, w usprawiedliwionym celu), uniemożliwiającą przekonujące ustalenie treści normy prawnej przy zastosowaniu ogólnie przyjętych reguł wykładni, w tym wykładni <zgodnej z konstytucją>" (ibidem, s. 51-52).

Nawiązując do, wskazanych w powołanych wyrokach Trybunału Konstytucyjnego oraz wypowiedziach W. Sokolewicza, wymogów określoności przepisu prawa karnego należy stwierdzić, że zawarte w art. 256 § 1 k.k. wyrażenie „nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych i rasowych" w praktyce orzeczniczej sądów nie nasuwa wątpliwości interpretacyjnych. W doktrynie prawa karnego zarzut braku dostatecznej określoności tego wyrażenia również nie jest podnoszony.

Przykładowo, w wyroku z dnia 5 lutego 2007 r., w sprawie sygn. akt IV KK 406/06, Sąd Najwyższy stwierdził, że „[n]awoływanie do nienawiści z powodów wymienionych w art. 256 KK w tym na tle różnic narodowościowych sprowadza się do tego typu wypowiedzi, które wzbudzają uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób lub

całych grup społecznych czy wyznaniowych bądź też z uwagi na formę wypowiedzi podtrzymują i nasilają takie negatywne nastawienia i podkreślają tym samym uprzywilejowanie, wyższość określonego narodu, grupy etnicznej, rasy lub wyznania" (http://legalis/misc.do?link=ORZ[] 65094017).

Należy zauważyć, że na interpretację kwestionowanego wyrażenia zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2007 r. wprost powołały się sądy obu instancji w uzasadnieniach wyroków w sprawie Skarżącego (*vide* - uzasadnienie wyroku sądu pierwszej instancji, s. 63, oraz uzasadnienie wyroku sądu odwoławczego, s. 29).

W piśmiennictwie przez „nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość" rozumie się zachowanie polegające na sianiu nienawiści, czyli uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wrogości, a nawet wściekłości z tych powodów do poszczególnych osób lub całych grup społecznych albo też podtrzymywanie i nasilanie tego nastawienia. Nawoływanie może przybierać postać słowną, pisemną, a także odbywać się za pomocą gestów. Dla realizacji znamienia „nawoływanie do nienawiści" wystarczy, że sprawca nawołując, zmierza do pojawienia się uczucia wrogości wobec określonych w przepisie osób. Takie uczucie zamierza wzbudzić. Nawoływanie musi zatem zawierać takie treści, które są w stanie wzbudzić nienawiść, to jest wrogość, silną niechęć do kogoś. Przestępstwo to ma charakter bezskutkowy (formalny) i może być popełnione umyślnie wyłącznie z zamiarem bezpośrednim (*vide* - komentarz Z. Ćwiąkalskiego do art. 256 k.k. [w:] *Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 k.k.,* Tom II, Oficyna Wydawnicza a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 1177-1178; komentarz E. Pływaczewskiego i A. Sakowicza do art. 256 k.k. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222-316*, Tom II pod red. A. Wąska i R. Zawłockiego, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2010 r., s. 489; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Oficyna Wydawnicza a Wolters

Kluwer business, Warszawa 2010, s. 553; komentarz M. Mozgawy do art. 256 k.k. [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Oficyna Wydawnicza a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 525).

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że:

- po pierwsze, zaskarżona skargą konstytucyjną B. R norma art. 256 § 1 k.k. zawiera się, co oczywiste, w przepisie karnym, zatem ogólne wymaganie określoności przepisów prawnych może mieć do niej zastosowanie „w łączności merytorycznej" z, konkretyzującym wymaganie określoności przepisów prawnych na gruncie prawa karnego (ogólnie – prawa represyjnego), art. 42 ust. 1 Konstytucji,

- po drugie, zaskarżona norma pozytywnie przechodzi konfrontację z wymaganiami wynikającymi zarówno z art. 2, jak i z art. 42 ust. 1 Konstytucji, a u podstaw tego wniosku legły następujące argumenty.

Bezsporne jest, że wyrażenie „nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych i rasowych" ma charakter niedookreślony i *ex definitione* ocenny. Występuje ono jednak nie w języku potocznym, lecz w języku prawnym, w przepisach przewidujących odpowiedzialność karną za czyny zabronione określone w art. 256 § 1 k.k. Zakwestionowanie precyzyjności takiego wyrażenia wymaga zatem wykazania, że zachowuje on wieloznaczność w języku prawnym, funkcjonując w określonym kontekście normatywnym i funkcjonalnym.

W tej sytuacji adekwatnym testem określoności kwestionowanej w skardze konstytucyjnej normy będą doświadczenia wynikające z procesu stosowania prawa. W przypadku użycia - wśród ustawowych znamion przestępstwa - znamion ocennych, niezmiernie bowiem istotne jest, na co wielokrotnie wskazywał Trybunał Konstytucyjny, kształtowanie prawidłowej wykładni przepisów przez organy orzecznicze, jak również wyjaśnienie tych przepisów w opracowaniach naukowych, które wprawdzie nie są obowiązujące dla praktyki, ale wywierają na nią istotny wpływ. Tylko ocena sądowego

rozumienia przepisu, zawierającego zwrot niedookreślony, może dać odpowiedź na pytanie, czy zapewnia on przewidywalność rozstrzygnięcia sądowego. Chodzi przy tym nie o poszczególne przypadki, lecz o ukształtowanie się linii orzeczniczej, pozwalającej udzielić odpowiedzi na to pytanie (*vide* - na przykład - wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 października 2000 r., sygn. SK 5/99, OTK ZU nr 7/2000, poz. 254).

W tym kontekście upatrywanie przez Skarżącego w zakwestionowanej normie tak znaczących niejasności, że nie mogą być one wyjaśnione nawet przez Sąd Najwyższy, należy uznać za nieuprawnione.

Skarżący nie zauważył bowiem jednoznacznego, co wcześniej wykazano, stanowiska Sądu Najwyższego oraz nauki prawa w przedmiocie interpretacji tego wyrażenia. Nawet w prowadzonej przeciwko Niemu sprawie karnej sądy obu instancji nie miały wątpliwości co do zakresu znaczeniowego wyrażenia „nawołuje do nienawiści".

W rezultacie należy przyjąć, że przepis art. 256 § 1 k.k., w kwestionowanym przez Skarżącego zakresie, czyni zadość konstytucyjnemu wymaganiu określoności przepisów prawa represyjnego.

Nie można wszak nie zauważać, iż zakwestionowana norma znalazła zastosowanie w ramach procedury sądowej, co *per se* zapewnia realizację, wypowiadanego wielokrotnie przez Trybunał Konstytucyjny, postulatu sądowej kontroli sposobu interpretacji pojęcia niedookreślonego.

Reasumując, art. 256 § 1 k.k., w części obejmującej wyrazy „nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych i rasowych", jest zgodny z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji.

Oznacza to jednocześnie, nawiązując do tego, o czym wcześniej była mowa, że zaskarżone wyrażenie pozostaje w zgodzie także z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Odnosząc się z kolei do sformułowanego przez Skarżącego zarzutu niezgodności zaskarżonej normy z art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji należy podnieść następujące kwestie.

Przepis art. 73 Konstytucji, jak wyjaśnia L. Garlicki, „obejmuje kilka wolności, które łączy tzw. twórczy charakter (...), ale które dotyczą odmiennych sfer życia społecznego:

- wolność twórczości artystycznej (wolność sztuki);

- wolność badań naukowych (uzupełniona wolnością ogłaszania ich wyników) oraz wolność nauczania, razem składające się na wolność nauki;

- wolność korzystania z dóbr kultury.

Pomijając tę ostatnią, pozostałe wolności są blisko związane z wolnością wyrażania poglądów (art. 54) i można je uznać za szczególne formy realizacji tej wolności" (komentarz L. Garlickiego do art. 73 Konstytucji [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz,* Tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 2).

Skarżący kwestionuje zgodność art. 256 § 1 k.k., w określonym zakresie, z wymogami odnoszącymi się do, wyrażonej w art. 73 Konstytucji, wolności badań naukowych uzupełnionej wolnością ogłaszania ich wyników (uzasadnienie skargi konstytucyjnej, s. 12).

Tymczasem zachowania, za które Skarżący poniósł odpowiedzialność karną, nie były przez Niego podejmowane w ramach badań naukowych.

Poczynione w tym względzie ustalenia sądów obu instancji nie mogą budzić żadnych wątpliwości.

W uzasadnieniu wyroku sąd pierwszej instancji podkreślił bowiem, że „artykuł zamieszczony w <A > nr oraz <T > nr , nie ma przymiotu realizacji badań naukowych i nie ma możliwości analizowania w nim treści w kontekście naukowej pracy badawczej" (s. 65). Ten pogląd sądu pierwszej instancji w pełni podzielił sąd

odwoławczy (*vide* - uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w B , s. 26).

Konsekwencją tych ustaleń, na co należy zwrócić szczególną uwagę, było przyjęcie w prawomocnym i jednocześnie ostatecznym w tej sprawie, w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji, orzeczeniu kwalifikacji prawnej czynu Skarżącego **z art. 256 § 1 k.k.**, co jest nader istotne, dlatego że **tylko w przypadku zakwalifikowania czynu sprawcy z art. 256 § 2 k.k. mogą mieć zastosowanie przesłanki wyłączenia odpowiedzialności karnej zawarte w art. 256 § 3 k.k., w tym przesłanka dopuszczenia się czynu z art. 256 § 2 k.k. w ramach działalności naukowej.**

W przedstawionych warunkach bezpodstawne jest wskazywanie przez Skarżącego na naruszenie w prowadzonej przeciwko Niemu sprawie karnej konstytucyjnej wolności badań naukowych.

Reasumując, w sprawie zainicjowanej skargą konstytucyjną B. R przepis art. 73 Konstytucji jest nieadekwatnym wzorcem kontroli, co oznacza, że art. 256 § 1 k.k., w części obejmującej wyrazy „nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych i rasowych", nie jest niezgodny z art. 73 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji.

Z tych względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego