

*Dr hab. Andrzej Sakowicz, prof. UwB\**

## **Propagowanie symboli ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej (uwagi na podstawie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka)**

### **Wprowadzenie**

Systemy totalitarne w XX wieku, zwłaszcza nazizm oraz komunizm, pozostawiły trwałe ślady w dziejach Europy<sup>1</sup>. Nie tylko przyniosły miliony ofiar, lecz także wpłynęły na istnienie państw, systemy polityczne i gospodarcze drugiej połowy XX wieku, rozwój cywilizacyjny oraz stały się powodem cierpień milionów obywateli. Nie można zapominać i o tym, że funkcjonowanie społeczności w takim systemie wiązało się ze spustoszeniem w psychice człowieka, które miało wpływ na całe jego późniejsze życie.

175

Wydawać by się mogło, że obywatele państw dotkniętych wyniszczającą ideologią nazistowską i komunistyczną odrobili lekcję z historii oraz na trwałe zanegowali wszelaką gloryfikację systemów zbrodniczych. W konsekwencji wykluczyli możliwość negacji Holokaustu bądź faktu i skali pogromów na tle religijnym oraz narodowościowym. Nic podobnego. Zaniedbania w sferze edukacyjnej kolejnych pokoleń, a czasami także ciche przyzwolenie ze strony przedstawicieli władzy, skutkują odwoływaniem się przez członków różnych organizacji do gloryfikacji ideologii, które stały się źródłem inspiracji dla twórców ustrojów

---

\* Uniwersytet w Białymstoku, Wydział Prawa, Katedra Postępowania Karnego.

<sup>1</sup> Na temat powstania systemów totalitarnych H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, Warszawa 2014, *passim*; B. Olszewska-Dyoniziak, *Antropologia totalitaryzmu europejskiego XX wieku*, Wrocław 1999, s. 10 i n.; R. Scruton, *Źródło totalitaryzmu*, [w:] M. Kuniński (red.), *Totalitaryzm a zachodnia tradycja*, Kraków 2006, s. 57 i n.; R. Legutko, *Totalitaryzm i dusza ludzka*, [w:] M. Kuniński (red.), *Totalitaryzm a zachodnia tradycja*, Kraków 2006, s. 46 i n.

totalitarnych. Przestają dziwić sytuacje, gdy grupa osób urządza obchody urodzin Adolfa Hitlera, a w sprawie marszy określanych mianem patriotycznych pojawiają się symbole rasistowskie bądź nazistowskie, symbole w istotę których wpisana jest nienawiść i pogarda dla ludzi innych narodowości, pochodzenia etnicznego czy wyznania. Następuje to wbrew obowiązującym normom prawnym, które zakazują posługiwanie się symboliką nazistowską lub komunistyczną celem propagowania faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, jak np. treści art. 256 k.k.

Tytułowa problematyka jest bliska obszarom badawczym Jubilata, który w licznych publikacjach zgłębiał od strony normatywnej używanie symboliki nazistowskiej zarówno w prawie III Rzeszy, jak i współczesnym prawie karnym Republiki Federalnej Niemiec i Polski<sup>2</sup>. Dedykuję więc Jubilatowi garść przemyśleń na temat propagowania symboli ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał). Perspektywa standardu strasburskiego może być cenną wskazówką przy wykładni przepisów krajowych. Nie można przy tym zapominać, że Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC lub Konwencja)<sup>3</sup> jest umową międzynarodową należącą do grupy umów objętych postanowieniami art. 91 ust. 1–2 (w zw. z art. 241 ust. 1) Konstytucji RP. Oznacza to, że Konwencja stanowi część krajowego porządku prawnego; podlega bezpośredniemu stosowaniu przez wszystkie organy władzy publicznej oraz ma pierwszeństwo przed ustawami, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z Konwencją. Ranga Konwencji oraz jej organów powoduje, że moc wyroków Trybunału występuje nie tylko *inter partes*, lecz także wywiera istotny wpływ na wykładnię standardu przepisów prawa krajowego poza ramami jednostkowego rozstrzygnięcia. Skutek *res interpretata* wyroków ETPC wynika nie tylko z wyrażonego w art. 1 EKPC obowiązku przestrzegania praw człowieka w płaszczyźnie materialnej<sup>4</sup>, lecz także z zasady subsydiarności, która nakazuje, aby w jak największym stopniu przestrzegać Konwencji na poziomie krajowym, tak aby państwo nie dawało podstaw do kierowania

<sup>2</sup> Por. W. Kulesza, „Polskie obchody” rocznicy urodzin Hitlera w świetle prawa karnego III Rzeszy, Republiki Federalnej Niemiec i Polski, „Państwo i Prawo” 2018, nr 7, s. 5–22; idem, *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboli w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego*, [w:] W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesora Marii Szeuwczyk*, Warszawa 2013, s. 201–216.

<sup>3</sup> Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

<sup>4</sup> L. Garlicki, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom 1. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 27.

skarg do Trybunału, oraz z treści przepisu art. 32 EKPC, który stanowi, że to ETPC jest jedynym organem upoważnionym do interpretacji Konwencji i Protokołów dodatkowych<sup>5</sup>.

## Propagowanie symboli ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

I. Wprowadzenie przez państwa – Strony Konwencji przepisów zakazujących pod groźbą kary posługiwania się symboliką nazistowską oraz komunistyczną oznaczało, że wcześniej bądź później zostanie wniesiona skarga do ETPC kwestionująca istnienie takich zakazów w kontekście prawa do wolności wyrażania opinii. Zgodnie z art. 10 ust. 1 EKPC każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów, otrzymywania i przekazywania informacji oraz idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. W kluczowym wyroku ETPC *Handyside v. Wielka Brytania* dotyczącym swobody ekspresji stwierdzono, że stanowi ona

jeden z filarów demokratycznego społeczeństwa, podstawę jego rozwoju i warunek samorealizacji jednostki. [...] Nie może obejmować wyłącznie informacji i poglądów odbieranych przychylnie albo postrzeganych jako nieszkodliwe lub obojętne, ale i takie, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie albo w jakiejś grupie społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji i otwartości, bez których demokratyczne społeczeństwo nie istnieje<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> A. Paprocka, *Wpływ orzecznictwa ETPC na rozumienie konstytucyjnych praw i wolności w Polsce – kilka uwag na marginesie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] M. Zubik (red.), *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r. Księga jubileuszowa dedykowana Zdzisławowi Jaroszowi*, Warszawa 2012, s. 81; zob. interesujące uwagi A. Bodnara, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Warszawa 2018, s. 140 i n.

<sup>6</sup> Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1976 r., w sprawie *Handyside v. Wielka Brytania*, skarga nr 5493/72, A. 12, § 49; M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2013, s. 814. Powyższe stanowisko znalazło potwierdzenie w późniejszej linii orzecniczej ETPC, zob. np. wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r., w sprawie *Lingens v. Austria*, skarga nr 8815/82; wyrok ETPC z dnia 23 kwietnia 1992 r., w sprawie *Castells v. Hiszpania*, skarga nr 11798/85; wyrok ETPC z dnia 1 lipca 1997 r., w sprawie *Oberschlick v. Austria*, skarga nr 20834/92; wyrok ETPC z dnia 25 listopada 1999 r., w sprawie *Nilsen i Johnsen v. Norwegia*, skarga nr 23118/93.

Z orzecnictwa strasburskiego wynika, że ochrona wolności wyrażania opinii rozciąga się na wszystkie rodzaje wypowiedzi wyrażających opinie, idee albo informacje, niezależnie od ich treści oraz sposobu komunikowania się. Wskazano w nim, że wolność wypowiedzi staje się najcenniejsza właśnie wtedy, kiedy prezentowane są idee, które uderzają, szokują i kwestionują ustalony porządek<sup>7</sup>. Uwaga ta dotyczy również debaty historycznej, w której nie da się osiągnąć pewności<sup>8</sup>.

Analiza orzecnictwa ETPC dowodzi, że zakres przedmiotowy normy wyrażonej art. 10 EKPC obejmuje nie tylko wypowiedzi słowne bądź pisemne, lecz także np. flagę, obraz, fotografię, karykaturę czy publiczne prezentowanie symbolu związanego z politycznym ruchem lub określoną ideologią<sup>9</sup>. Chroni on także wypowiedzi przybierające postać konkretnego zachowania<sup>10</sup>. Każda z tych form realizacji wolności wyrażania opinii stanowi przejaw demokracji oraz pluralizmu politycznego<sup>11</sup>. Swoboda wyrażania opinii nie ma charakteru nieograniczonego. Jak wynika z art. 10 ust. 2 EKPC, korzystanie z wolności, o których mowa w ust. 1, pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa<sup>12</sup>. Każdorazowe stosowanie wskazanych ograniczeń powinno następować z uwzględnieniem art. 17 EKPC, który to przepis

<sup>7</sup> Wyrok ETPC z dnia 3 lutego 2009 r., w sprawie *Women on Waves i inni v. Portugalia*, skarga nr 31276/05, § 30; Ch. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights. Commentary*, München–Oxford–Baden–Baden–Basel 2014, s. 254; D.J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London–Dublin–Edinburgh 1995, s. 373; W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, London 2015, s. 451.

<sup>8</sup> Wyrok ETPC z dnia 21 września 2006 r., w sprawie *Monnat v. Szwajcaria*, skarga nr 73604/01, § 63.

<sup>9</sup> W.A. Schabas, *The European...*, s. 455.

<sup>10</sup> Wyrok ETPC z dnia 21 października 2014 r., w sprawie *Murat Vural v. Turcja*, skarga nr 9540/07, § 56; W.A. Schabas, *The European...*, s. 455; Ch. Grabenwarter, *European...*, s. 253.

<sup>11</sup> Jak zauważył TK w wyroku z dnia 12 maja 2008 r., istota wolności wyrażania swoich poglądów (wolność słowa) w funkcjonowaniu demokratycznego państwa przejawia się w trzech aspektach: „po pierwsze: wolność słowa zapewnia obywatelom informacje niezbędne do brania udziału w społecznych debatach i w sprawowaniu demokratycznych rządów, po drugie: wolność krytyki umożliwia poddanie osób sprawujących władzę kontroli w celu wyeliminowania korupcji oraz arbitralności i po trzecie: wolność słowa sprzyja procesowi identyfikacji interesów przez obywateli oraz ich reprezentantów, a także wspieraniu kształtowania prawidłowych relacji pomiędzy rządzonymi i rządzącym”, por. wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, nr 4, poz. 57.

<sup>12</sup> Na temat ograniczeń zob. szerzej L. Garlicki, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz...*, s. 599 i n. oraz podane tam orzecznictwo.

wyklucza interpretowanie swobody wypowiedzi (wyrażania opinii) jako pozwalającej komukolwiek na „podjęcie działań lub dokonanie aktu zmierzającego do znieważenia praw i wolności wymienionych w Konwencji”. Jeżeli wypowiedź będzie odpowiadała tej charakterystyce, to stanie się „wypowiedzią niechronioną”, wyłączoną z zakresu zastosowania art. 10 EKPC<sup>13</sup>.

Z takiej możliwości ETPC korzysta ostrożnie, w zasadzie tylko w sytuacjach „najbardziej drastycznych”. W dotychczasowej praktyce miało to miejsce w sprawach dotyczących m.in. szerzenia doktryny nazistowskiej, negowania Holokaustu i naruszania w ten sposób godności ofiar, szerzenia poglądów rasistowskich, nawołujących do dyskryminacji<sup>14</sup>.

II. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na szczegółowe przedstawienie wszystkich judykatów ETPC dotyczących propagowania symboli ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej. Dlatego też uwaga zostanie skoncentrowana tylko na tych, które pozwalają nakreślić standard, jaki wyłania się z interpretacji art. 10 EKPC. W pierwszej kolejności należy odnieść się do wyroku ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*<sup>15</sup>, w którym wskazano, że przepis art. 269/B ust. 1 węgierskiego Kodeksu karnego nie spełnia kryterium niezbędności w społeczeństwie demokratycznym. Wskazany przepis Kodeksu stanowił, że odpowiedzialności karnej podlega ten, kto rozpowszechnia, publicznie używa, wystawia na widok publiczny swastykę, insygnia SS, symbol strzałokrzyżowców, sierp i młot, czerwoną gwiazdę pięcioramienną lub symbol je zawierający, popełnia występki i podlega karze grzywny. Odpowiedzialność za wskazane zachowanie była wyłączona, gdy osoba prezentowała ww. symbolikę w celu związanym z rozpowszechnianiem wiedzy, edukacją, nauką, sztuką albo informowaniem o wydarzeniach historycznych lub aktualnych (ust. 2). Trybunał nie ocenił całości tej regulacji, lecz z uwagi na stan faktyczny odniósł się jedynie do symboliki komunistycznej, a dokładnie noszenia na ubraniu przez A. Vajnaiego, wiceprzewodniczącego partii lewicowej Munkáspárti, symbolu gwiazdy pięcioramiennej o średnicy 5 cm podczas publicznej demonstracji w Budapeszcie. Analizując skargę, ETPC stwierdził, że skazanie skarżącego za występowanie w trakcie legalnego i pokojowego zgromadzenia

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 596 oraz wskazane tam orzecznictwo.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 597.

<sup>15</sup> Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87404> (dostęp: 21.03.2020). Na temat tej sprawy zob. A. Grzelak, *Opinia prawna na temat zasadności dodania w art. 256 Kodeksu karnego § 2 w brzmieniu uchwalonym przez Sejm 25 września 2009 r.*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 2010, nr 1, s. 167–170.

z czerwoną gwiazdą stanowiło naruszenie art. 10 EKPC. W ocenie ETPC rząd węgierski nie wykazał, że konieczność ograniczenia wyrażania poglądów politycznych (a takim jest noszenie także symboli na ubraniach) była podyktowana „wyraźną, nagłą i szczególną potrzebą społeczną” (ang. *clear, pressing and specific social need*)<sup>16</sup>. W konsekwencji przy stosowaniu restrykcji musi być zachowana najwyższa ostrożność, zwłaszcza gdy wchodzi w grę symbole wieloznaczne. W takich sytuacjach istnieje ryzyko, że wprowadzenie bezwzględnego ich zakazu może doprowadzić do ograniczenia posługiwania się nimi również wtedy, gdy nie ma do tego podstaw<sup>17</sup>.

W kontekście stanu faktycznego sprawy oraz węgierskich doświadczeń historycznych ETPC stwierdził, że upłynęły dwie dekady od zapoczątkowania demokratycznych przemian na Węgrzech. Nie wystąpiły zatem żadne okoliczności, które sugerowałyby istnienie rzeczywistego zagrożenia odrodzenia się systemu komunistycznego<sup>18</sup>. Trybunał dodał, że rząd Węgier nie zdołał wykazać, że wykorzystanie czerwonej gwiazdy jednoznacznie łączyło się z propagowaniem komunizmu, było obraźliwe oraz szokujące<sup>19</sup>. W ocenie ETPC czerwona gwiazda jest symbolem wieloznacznym. Oznacza to, że stosowanie restrykcji w posługiwaniu się nią powinno być niezwykle ostrożne. Istnieje bowiem duże ryzyko, że zakazanie tych symboli może doprowadzić do ograniczenia posługiwania się nimi również wtedy, gdy nie ma do tego podstaw. Trybunał podkreślił, iż symbolu czerwonej gwiazdy nie można wiązać wyłącznie z totalitarnymi rządami komunistycznymi czy też masowymi naruszeniami praw człowieka pod rządami komunizmu. Choć doszło do zdyskredytowania tego symbolu pod rządami komunizmu, nie można czerwonej gwiazdy łączyć jedynie z systemem totalitarnych rządów komunistycznych. Gwiazda ta nadal symbolizuje międzynarodowy ruch robotniczy, ubiegający się o bardziej sprawiedliwe społeczeństwo<sup>20</sup> oraz pewne legalne partie polityczne

<sup>16</sup> Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, § 51.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Rząd węgierski w trakcie postępowania twierdził, że zaskarżone przepisy zostały wprowadzone do Kodeksu karnego, ponieważ dyktatura komunistyczna wyrządziła ogrom cierpień narodowi węgierskiemu. W tym kontekście prezentowanie symboli związanych z dyktaturą wywołuje uczucia strachu wielu obywateli i niekiedy również naruszenie ich praw oraz praw ich rodzin. W ocenie rządu węgierskiego noszenie symboli partii dyktatorskiej publicznie jest absolutnie sprzeczne z zasadą państwa prawa i musi być postrzegane jako demonstracja przeciwko demokracji pluralistycznej, por. wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, § 33.

<sup>19</sup> Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, § 53.

<sup>20</sup> Skarżący twierdził, że w międzynarodowym ruchu robotniczym czerwona gwiazda jest od XIX w. symbolem walki o sprawiedliwość socjalną, wyzwolenie robotników

działające w różnych państwach Konwencji. W odniesieniu do realiów rozpoznawanej sprawy ETPC zauważył również, że prezentowanie symbolu komunistycznego (przypięcie do marynarki czerwonej gwiazdy podczas legalnej demonstracji) nie może być *in abstracto* uznane za propagowanie totalitaryzmu. Uznał, że w tym względzie zakaz jest zbyt szeroki ze względu na wielorakie znaczenie symbolu czerwonej gwiazdy. Zdaniem ETPC przepis art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego nie wymaga związku między pokazywaniem symbolu a propagandą totalitarną. Co więcej, ustawodawca węgierski nawet nie podjął próby wskazania takiego związku. Łatwo dostrzec, że niepewność prawna w tym zakresie może wywierać skutek mrozący (ang. *chilling effect*) dla debaty publicznej i być źródłem autocenzury. Trybunał podkreślił, że art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego – w sposób błędny – nie wymaga dowodu, że posłużenie się danym symbolem stanowiło propagowanie reżimu totalitarnego. Użycie go jest bowiem automatycznie traktowane jako propagowanie, chyba że służy to celom naukowym, artystycznym, informacyjnym bądź edukacyjnym. Trybunał przesądził też, że podstawą ograniczenia w prawie karnym wolności słowa nie może być wyłącznie obawa przed propagowaniem za pomocą danego symbolu ustroju totalitarnego. Co zaś się tyczy rozpoznawanej skargi to – zdaniem ETPC – rząd węgierski nie wykazał, by noszenie czerwonej gwiazdy oznaczało jakąkolwiek identyfikację z poglądami totalitarnymi, zwłaszcza wówczas gdy doszło do tego podczas legalnej demonstracji pokojowej, zorganizowanej przez legalnie działającą partię lewicową, która w żaden sposób nie zagraża państwu prawa.

Ostatecznie ETPC uznał zakres normowania art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego za zbyt szeroki, a przez to naruszający art. 10 ust. 1 EKPC przy braku wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 10 ust. 2 EKPC<sup>21</sup>. Trybunał przyjął, że noszenie czerwonej gwiazdy w miejscu publicznym należy uważać za sposób wyrażania poglądów politycznych, a symbole tego typu (noszone np. na ubraniach) objęte są ochroną art. 10 EKPC<sup>22</sup>. Tym samym ETPC odmiennie niż węgierski Trybunał

i wolność ludzi. Podniósł również, że w 1945 r. Węgry były wyzwolane spod władzy nazistowskiej przez żołnierzy sowieckich noszących czerwoną gwiazdę. Dla wielu ludzi w tych krajach czerwona gwiazda jest związana z ideą antyfaszyzmu i wolnością od totalitaryzmu prawnicowego.

<sup>21</sup> Trybunał uznał, że można odmówić ochrony na podstawie Konwencji ideom lub zachowaniom wyłącznie z tego względu, że mogą one wywoływać zaniepokojenie grup obywateli bądź dlatego, że ktoś może postrzegać je jako obraźliwe, por. wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, § 57. Na temat interpretacji wymogu określenia ograniczenia wolności wypowiedzi przez ustawę zob. W.A. Schabas, *The European...*, s. 469–471 oraz podane tam orzecznictwo.

<sup>22</sup> Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, § 54. Na marginesie należy wskazać, że nowy węgierski Kodeks karny z dnia 13 lipca

Konstytucyjny ocenił przepis art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego, który w wyroku z dnia 9 maja 2000 r. uznał, że wskazany przepis czyni zadość zasadzie określoności, nie przełamuje zasady proporcjonalności w wolność ingerencji oraz pozostaje w zgodzie z przepisami węgierskiej ustawy zasadniczej i prawa międzynarodowego. Zarówno węgierski Trybunał Konstytucyjny<sup>23</sup>, jak i krytycy orzeczenia ETPC w sprawie *Vajnai v. Węgry* podnosili, że *rato legis* art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego należy wiązać z poszanowaniem zasad demokracji, godności ofiar oraz strachem wywoływanym oglądaniem symboli nazistowskich bądź komunistycznych przez osoby, które doznały krzywd w okresie rządów totalitarnych<sup>24</sup>.

III. Sprawa *Vajnai v. Węgry* nie była jedyną, która dotyczyła symbolu czerwonej gwiazdy. W niemalże identycznym stanie faktycznym, w sprawie *Fratanoló v. Węgry*, Trybunał uznał za niezgodne z art. 10 EKPC tworzenie zakazów posługiwania się symboliką bez uprzedniego wykazania zagrożenia, ponieważ może ograniczać jej wykorzystywanie w kontekstach, w których żadne ograniczenie nie byłoby uzasadnione (ang. *the use of that symbol might also restrict its use in contexts in which no restriction*

2012 r. przewiduje w art. 335 przestępstwo dystrybuowania, wykorzystania przed ogółem społeczeństwa (np. przez publikację w prasie bądź na stronie internetowej), publicznego eksponowania swastyki, symboli SS, symbol strzałokrzyżowców (węg. *Nyilaskereszt*), sierpa i młota, pięcioramiennej czerwonej gwiazdy lub innych symboli je zawierających. Na temat kryminalizacji symboli w różnych państwach zob. A. Fijalkowski, *The Criminalisation of Symbols of the Past: Expression, Law and Memory*, „International Journal of Law in Context” 2014, nr 3, s. 304–310; S. Stegbauer, *The Ban of Right-Wing Extremist Symbols According to Section 86a of the German Criminal Code*, „German Law Journal” 2007, nr 2, s. 173–184; D. Sternberg-Lieben, [w:] A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2010, s. 1224–1228; K. Kühl, M. Heger, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2014, s. 630–633.

<sup>23</sup> Należy dodać, że dnia 19 lutego 2013 r. (sygn. IV/2478/2012) węgierski Trybunał Konstytucyjny uznał zakaz posługiwania się symboliką systemów totalitarnych za niekonstytucyjny, gdyż nie realizuje on wymogu określoności, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności w orzecznictwie sądów, zob. R. Uitz, *Hungarian Ban of Totalitarian Symbols: The Constitutional Court Speaks up Again*, <https://verfassungsblog.de/hungarian-ban-of-totalitarian-symbols-the-constitutional-court-speaks-up-again/> (dostęp: 21.03.2020).

<sup>24</sup> A. Fijalkowski, *The Criminalisation...*, s. 309. W piśmiennictwie niemieckim twierdzi się, że przestępstwo rozpowszechniania symboliki konstytucyjnie zakazanej organizacji jest przestępstwem z abstrakcyjnego narażenia, zaś jego celem jest ochrona porządku konstytucyjnego, zasad demokratycznego państwa prawa oraz pokój publiczny (lub polityczny) w państwie (por. D. Sternberg-Lieben, [w:] A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch...*, s. 1224; K. Kühl, M. Heger, *Strafgesetzbuch...*, s. 630).

would be justified)<sup>25</sup>. Trybunał powtórzył wcześniejsze ustalenia w sprawie *Vajnai v. Węgry*, iż zakres normowania art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego jest nazbyt szeroki wobec wieloznacznego charakteru czerwonej gwiazdy. Daje on bowiem możliwość objęcia jego zakresem zachowań oraz idei, które znajdują ochronę w treści art. 10 EKPC. Trybunał dodał, że opis znamion typu czynu zabronionego w art. 269/B węgierskiego Kodeksu karnego nie pozwala na przeprowadzenie rozgraniczenia między wypowiedziami szokującymi, które są chronione przez art. 10 ust. 1 EKPC, a wypowiedziami w sposób nieuzasadniony obraźliwymi, które tracą prawo do tolerancji w demokratycznym społeczeństwie. Co więcej, Trybunał stwierdził, że potencjalne propagowanie ideologii komunistycznej nie może stanowić jedyne go powodu dla ograniczenia posługiwania się czerwoną gwiazdą pod groźbą wymierzenia sankcji karnej. Nie wykluczył jednak możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby, która posługuje się wskazaną symboliką. Taka sytuacja może zaistnieć, gdy wystąpi rzeczywiste i aktualne zagrożenie, iż jakiś ruch polityczny lub jakaś partia przywróci dyktaturę komunistyczną (ang. *a real and present danger of any political movement or party restoring the Communist dictatorship*)<sup>26</sup>. Penalizacja zachowania skarżącego byłaby uzasadniona, gdyby posługiwanie się czerwoną gwiazdą łączyło się wyłącznie z poglądami totalitarnymi, tymczasem skarżący użył tego symbolu podczas legalnie zorganizowanej i pokojowej demonstracji<sup>27</sup>.

183

IV. Kolejne orzeczenie także dotyczyło Węgier. Otóż za naruszenie art. 10 w zw. z art. 11 EKPC Trybunał uznał ukaranie kontrdemonstranta za odmowę zwinięcia flagi z pasami Arpadów i opuszczenia miejsca manifestacji<sup>28</sup> w trakcie wiecu Węgierskiej Partii Socjalistycznej przeciwko rasizmowi i nienawiści<sup>29</sup>. K. Fáber odwołał się od tej decyzji do sądu, jednak sędziowie uznali, że skarżący zachowywał się prowokacyjnie (tj. trzymał flagę z pasami Arpadów) w kontekście demonstracji socjalistów. Sąd uznał, że zachowanie skarżącego w postaci wywieszenia flagi z pasami Arpadów było prowokacyjne wobec manifestantów oraz mogło doprowadzić do naruszenia porządku publicznego. W skardze

<sup>25</sup> Wyrok ETPC z dnia 3 listopada 2011 r., w sprawie *Fratanoló v. Węgry*, skarga nr 29459/10, § 25, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-107307> (dostęp: 21.03.2020).

<sup>26</sup> *Ibidem*, § 25.

<sup>27</sup> *Ibidem*, § 27.

<sup>28</sup> Flaga z pasami Arpadów przez niektóre środowiska w chorwackim życiu politycznym uważana jest za symbol faszyzmu, gdyż stanowiła element flagi strzałokrzyżowców.

<sup>29</sup> Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2012 r., w sprawie *Fáber v. Węgry*, skarga nr 40721/08, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112446> (dostęp: 21.03.2020).

do Trybunału skarżący zarzucił naruszenie art. 10 i 11 EKPC z powodu ukarania go za próbę wyrażenia swojego poglądu politycznego podczas pokojowego zgromadzenia. I na tym wątku skoncentrowała się główna oś rozważań ETPC.

W uzasadnieniu wyroku ETPC w sprawie *Fáber v. Węgry* podkreślono wagę prawa do wolności zgromadzenia. Wskazano, że uczestnicy kontrademonstracji mają pełne prawo do wyrażenia swej niezgody z demonstrantami, zaś obowiązkiem pozytywnym państwa jest ochrona prawa do zgromadzania się obu demonstrujących grup oraz powinność zastosowania li tylko takich ograniczeń, które co do zasady umożliwiają przeprowadzenie obu demonstracji<sup>30</sup>. Podkreślono też – co jest istotne w kontekście prowadzonej analizy – że ograniczanie prawa do wolności wypowiedzi politycznej przy użyciu symboli powinno następować z jak największą ostrożnością, zwłaszcza w przypadku symboli wieloznacznych. Tylko dokładne zbadanie kontekstu może umożliwić istotne rozróżnienie między językiem szokującym i napastliwym, ale chronionym w art. 10 EKPC, i tym, który nie może być tolerowany w społeczeństwie demokratycznym<sup>31</sup>. Samo użycie flagi, której symbol nie jest jednoznaczny, choć było prowokacyjne i mogło wywołać u manifestantów socjalistycznych dyskomfort, to nie zakłóciło ich demonstracji, a władze węgierskie nie udowodniły, że kontrademonstranci swoimi zachowaniami eskalowali konflikt, stwarzali zagrożenie dla społeczeństwa bądź utrudniali realizację prawa do manifestacji przez grupy socjalistyczne. Trybunał dostrzegł, że nawet gdyby niektórzy demonstranci mogli uważać flagę z pasami Arpadów za obraźliwą, szokującą albo nawet „faszystowską”, samo jej eksponowanie nie było w stanie ani zakłócić porządku publicznego, ani utrudnić korzystania przez demonstrantów z prawa do zgromadzania się<sup>32</sup>. Nawet istnienie niepokoju czy oburzenie nie może oznaczać pilnej potrzeby społecznej działania władz celem ograniczenia w posługiwania się flagą, która w analizowanej sprawie nie była symbolem zakazanym. Płynie z tego wniosek, że działanie państwa wymierzone w jednostki, które używają symboli wieloznacznych w czasie demonstracji politycznych, musi być tym bardziej ostrożne, im bardziej dany symbol może być różnie interpretowany<sup>33</sup>. Dla wprowadzenia zakazu posługiwania się określonym symbolem, który w okresie reżimu totalitarnego był wszechobecny, nie wystarczy niepokój ofiar wydarzeń

<sup>30</sup> Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2012 r., w sprawie *Fáber v. Węgry*, skarga nr 40721/08, § 43.

<sup>31</sup> *Ibidem*, § 36.

<sup>32</sup> *Ibidem*, § 56.

<sup>33</sup> R. Barosz, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 24 czerwca 2012 r., skarga nr 40721/08*, Lex 2012.

z przeszłości i ich rodzin. Osoby te mogą słusznie uznawać określony symbol za brak szacunku, niemniej jednak takie uczucia, chociaż zrozumiałe, nie mogą ustalać granic wolności wypowiedzi. Przyjęcie odmiennej perspektywy oznaczałoby ograniczenie wolności wypowiedzi na zasadzie tzw. weta zagłuszanego (ang. *heckler's veto*), czyli ograniczenie tego prawa ze względu na możliwość wystąpienia gwałtownych reakcji oponentów, polegających na naruszeniu porządku publicznego<sup>34</sup>. Słusznie, że ta koncepcja została odrzucona. Przyjęcie jej na gruncie konwencji EKPC oznaczałoby, że „wypowiedzi mogące być uznane za kontrowersyjne, prowokacyjne, byłyby przez państwo bezkarnie rugowane niezależnie od tego, czy faktycznie skutkowałyby negatywnymi konsekwencjami dla innych jednostek”<sup>35</sup>.

Trybunał, konkludując swoje stanowisko w sprawie *Fáber v. Węgry*, stwierdził, że nie zawsze każda wypowiedź bądź użycie symbolu (nawet wieloznacznego) jest dozwolone. Przykładowo posłużenie się symbolem, także wieloznacznym, w miejscu masowego morderstwa może zostać uznane za przejaw identyfikowania się ze sprawcami zbrodni. Dotyczy to państw, które mają bolesne doświadczenia historyczne. W ich przypadku potrzeba ochrony prawa do uhonorowania zamordowanych oraz poszanowania uczuć ich krewnych może wymagać ingerencji w prawo do wolności wypowiedzi i być uprawniona, gdyż ze względu na miejsce i czas chroniona wypowiedź może bezdyskusyjnie zmienić swoje znaczenie, stając się *de facto* gloryfikacją zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości lub ludobójstwa<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2012 r., w sprawie *Fáber v. Węgry*, skarga nr 40721/08, § 57; na temat *heckler's veto* zob. Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011, s. 92. Zob. też R. McGaffey, *The Heckler's Veto*, „Marquette Law Review” 1973, t. 57, s. 39–64; Ch.A. Leanza, *The Heckler's Veto Case Law as a Resource for Democratic Discourse*, „Hofstra Law Review” 2007, nr 3, s. 1305–1320.

<sup>35</sup> R. Barosz, *Glosa...*

<sup>36</sup> Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2012 r., w sprawie *Fáber v. Węgry*, skarga nr 40721/08, § 58; z kolei w zdaniu zgodnym sędziowie Popovica i Berro-Lefèvre stwierdzili, że skoro w świetle wcześniejszego orzecznictwa Trybunału dopuszczalne jest stosowanie symboli tzw. lewicowych, to bez względu na konsekwencje dopuszczalne powinno być używanie w debacie publicznej symboli związanych z prawicą. Tylko w ten sposób możliwe jest zapewnienie równowagi w traktowaniu organizacji politycznych. Z kolei sędzia Pinto de Albuquerque stwierdził, że państwa dysponują niewielkim marginesem swobody w ograniczaniu wypowiedzi w przestrzeni publicznej. Ulega on poszerzeniu, gdy miejsce lub czas wyrażania poglądów ma związek z historią danego państwa. Nie oznacza to, że kontekst historyczny może być panaceum na kontrolę wolności wypowiedzi. Zauważył, że państwo nie musi pełnić funkcji strażnika oficjalnej wersji historii, ponieważ coś takiego nie istnieje.

V. Należy zwrócić uwagę na dwa najnowsze orzeczenia ETPC w sprawie propagowania symboli ideologii nazistowskiej. Obie skargi indywidualne zostały odrzucone na podstawie art. 34 ust. 3 lit. a i ust. 4 EKPC. Pierwsza ze spraw, tj. *Nix v. Niemcy*<sup>37</sup>, dotyczyła obywatela Niemiec, który został skazany na podstawie § 86a § 1 pkt 1 oraz § 86 ust. 2 niemieckiego Kodeksu karnego<sup>38</sup> za przestępstwo publicznego udostępniania materiałów propagandowych zakazanych organizacji oraz przestępstwo wykorzystania symbolu zakazanej organizacji przez umieszczenie na swoim blogu wpisu wraz ze zdjęciem Heinricha Himmlera w mundurze SS ze swastyką na ramieniu. Analizując niniejszą sprawę, Trybunał nie miał wątpliwości, że art. 10 EKPC ma zastosowanie do Internetu jako do środka komunikacji, a publikacja zdjęć w Internecie wchodzi w zakres stosowania prawa do wolności wyrażania opinii. Z tego wynika, że skazanie skarżącego za umieszczenie na swoim blogu internetowym ww. informacji stanowi ingerencję w prawo do wolności wyrażania opinii. Aby taka ingerencja nie naruszała postanowień EKPC, powinna spełniać przywołane na wstępie art. 10 ust. 2 EKPC przesłanki. Konieczne jest zatem ustalenie, czy była ona „przewidziana przez ustawę”, czy realizowała jeden lub więcej uzasadnionych prawnie celów wskazanych w tym ustępie oraz czy była „niezbędna w społeczeństwie demokratycznym” dla osiągnięcia tychże celów<sup>39</sup>.

W zakresie sprawy *Nix v. Niemcy* ETPC nie miał wątpliwości, że przesłanki uzasadniające ingerencję w wolność wyrażania opinii zostały zrealizowane. Po pierwsze, ETPC nie miał wątpliwości co do zasadności kryminalizacji zachowań polegających na posługiwaniu się symboliką nazistowską, zwłaszcza z perspektywy państw, które doświadczyły okrucieństw nazizmu. Na takich państwach spoczywa szczególnie odpowiedzialność moralna, by zdystansować się od masowych potworności popełnionych przez nazistów. Celem zaś istnienia takiego zakazu w Niemczech jest utrzymanie spokoju politycznego oraz zapobieżenie odrodzeniu się nazizmu<sup>40</sup>. Po drugie, ETPC uznał, że przepisy § 86 i 86a niemieckiego Kodeksu karnego nie budzą wątpliwości w świetle art. 10 ust. 2 Konwencji, ponieważ precyzyjnie określają granice

<sup>37</sup> Decyzja ETPC z dnia 13 marca 2018 r., w sprawie *Nix v. Niemcy*, skarga nr 35285/16, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182241> (dostęp: 21.03.2020).

<sup>38</sup> Zob. D. Sternberg-Lieben, [w:] A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch...*, s. 1224–1228; K. Kühl, M. Heger, *Strafgesetzbuch...*, s. 630–633; w literaturze polskiej na temat regulacji niemieckiego Kodeksu karnego zob. W. Kulesza, *Propagowanie...*, s. 201–216.

<sup>39</sup> Decyzja ETPC z dnia 13 marca 2018 r., w sprawie *Nix v. Niemcy*, skarga nr 35285/16, § 43.

<sup>40</sup> *Ibidem*, § 47.

zakazu posługiwania się symboliką konstytucyjnie zakazanych organizacji. Ustawodawca niemiecki zastrzega zarazem, iż dotyczy to wyłącznie materiałów skierowanych bezpośrednio przeciwko wolnościowemu demokratycznemu porządkowi ustrojowemu, wykluczając możliwość stosowania tych przepisów w wypadku materiałów służących edukacji obywatelskiej, zwalczaniu niekonstytucyjnych ruchów, promowaniu sztuki lub nauki, badaniom naukowym lub nauczaniu oraz informowaniu o bieżących i historycznych wydarzeniach, a także podobnym celom. Po trzecie, ETPC nie miał wątpliwości, że symbol wykorzystany przez skarżącego – zdjęcie Heinricha Himmlera w mundurze SS ze swastyką na ramieniu – nie może zostać uznany za symbol o jakimkolwiek innym znaczeniu niż związany z ideologią nazistowską. Zarówno mundur formacji SS, swastyka, jak i postać jednego z przywódców III Rzeszy jednoznacznie wskazują na symbolikę nazistowską. Co więcej, o świadomości naganności zachowania skarżącego świadczy fakt, że kilka tygodni wcześniej przed opublikowaniem przedmiotowego wpisu został on skazany za zamieszczenie na blogu zdjęcia Angeli Merkel w nazistowskim mundurze i z wąsikiem na wzór Adolfa Hitlera<sup>41</sup>.

Odrzucając skargę w sprawie *Nix v. Niemcy*, ETPC dostrzegł, że skarżący nie miał zamiaru rozpowszechniania totalitarnej propagandy, podżegania do przemocy, groźby lub stosowania mowy nienawiści. Wpis skarżącego nie zawierał także żadnych odniesień lub widocznego odesłania do wcześniejszych wpisów skarżącego, co mogłoby sugerować, że jest elementem debaty publicznej. Niemniej jednak, co podkreślił ETPC, skarżący wykorzystał symbole nazistowskie, aby przyciągnąć uwagę czytelników swojego blogu. Takie zachowanie skarżącego wpisywało się w opis czynu zabronionego § 86 i 86a niemieckiego Kodeksu karnego, obejmującego nie tylko kryminalizację propagowania symboliki organizacji nazistowskiej, lecz także użycie takiego symbolu. Trybunał nie zanegował takiej możliwości. Biorąc pod uwagę względy historyczne, ETPC dopuścił możliwość pociągnięcia osób do odpowiedzialności karnej, nawet gdy symbole ideologii nazistowskiej są wykorzystywane krytycznie. Trybunał zwrócił uwagę, że dopiero wykazanie jasnego i oczywistego sprzeciwu wobec ideologii nazistowskiej może zwolnić osobę od odpowiedzialności karnej. W konsekwencji ETPC nie zanegował regulacji obowiązujących w Niemczech, które zakazują używania symboliki nazistowskiej. Stał na stanowisku, że karalne powinno być nie tylko propagowanie faszyzmu, lecz także wykorzystywanie przedmiotowej symboliki, która ma na celu przyciągnąć uwagę

<sup>41</sup> *Ibidem*, § 13.

czytelnika. Celem takiego zabiegu jest bowiem uniemożliwienie przyzwyczajania ludzi do symboli ideologii nazistowskiej bądź dopuszczenia do ich tolerowania<sup>42</sup>.

Ostatnia, najnowsza sprawa *Šimunić v. Chorwacja*<sup>43</sup> była związana z ukaraniem przez sąd chorwacki skarżącego, który będąc piłkarzem, zwrócił się do kibiców na meczu piłkarskim okrzykiem *Za dom* (tłum. za ojczyznę), a tłum kilku tysięcy widzów odpowiedział *Spremni* (tłum. gotowi). Następnie skarżący powtórzył ten sam okrzyk trzykrotnie, tłum zaś trzykrotnie mu odpowiedział. Sąd krajowy dostrzegł, że wskazany okrzyk występuje w literaturze, jednak współcześnie jest jednoznacznie kojarzony z okresem II wojny światowej, jako oficjalne pozdrowienie członków Chorwackiego Ruchu Rewolucyjnego (tzw. ustaszy), oraz w okresie istnienia opartego na ideologii faszystowskiej Niepodległego Państwa Chorwackiego (1941–1945). Wydając wyrok wobec skarżącego, sąd nie miał wątpliwości, że ruch ustaszy nawiązał do ideologii faszyzmu, rasizmu, a zatem symbolizował nienawiść w stosunku do ludzi różnych wyznań lub tożsamości etnicznych. Mając to na względzie, sądy krajowe uznały skarżącego winnym wykroczenia w postaci kierowania do widzów meczu piłkarskiego wypowiedzi, których treść wyrażała nienawiść ze względu na rasę, narodowość i wyznanie i podzegała do takiej nienawiści<sup>44</sup>.

Trybunał nie miał wątpliwości co do zasadności skazania skarżącego przez sądy krajowe. Zdaniem ETPC skarżący miał świadomość użycia pozdrowienia stosowanego w okresie reżimu ustaszy oraz możliwości jego negatywnego wpływu na zachowanie publiczności. Powinien był zatem powstrzymać się przed takim zachowaniem, zwłaszcza będąc doświadczonym i znanym piłkarzem oraz wzorem dla wielu fanów piłki

<sup>42</sup> Na tzw. tabu komunikacyjne zwrócił uwagę ETPC w § 31 decyzji z dnia 13 marca 2018 r., w sprawie *Nix v. Niemcy*, skarga nr 35285/16. Zob. szerzej postanowienie Bundesverfassungsgerichtu z dnia 1 czerwca 2006 r., 1 BvR 150/03, Rn. 18; postanowienie Bundesverfassungsgerichtu z dnia 18 maja 2009 r., 2 BvR 2202/08, Rn. 13; postanowienie Bundesgerichtshofu z dnia 1 października 2008 r., 3 StR 164/08, „Neue Zeitung für Strafrecht” 2009, nr 2, s. 88–89; wyrok Bundesgerichtshofu z dnia 28 lipca 2005 r., 3 StR 60/05, „Neue Juristische Wochenschrift” 2005, nr 44, s. 3223. W piśmiennictwie niemieckim wskazuje się, że celem takiego zakazu jest zatamowanie wewnętrznego oddziaływania symbolu ideologii nazistowskiej na grupę bądź umacnianie się tak samo myślących osób, które odwołują się do ideologii sprzecznej z ustawą zasadniczą, zob. H.W. Laufhütte, A. Kuschel, *Kommentar zu § 86a*, [w:] H.W. Laufhütte et al. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Bd IV. §§ 80–109k*, Berlin 2007, s. 103–104; W. Kulesza, *Propagowanie...*, s. 210.

<sup>43</sup> Decyzja ETPC z dnia 22 stycznia 2019 r., w sprawie *Šimunić v. Chorwacja*, skarga nr 20373/17, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189769> (dostęp: 21.03.2020).

<sup>44</sup> *Ibidem*, § 3–5.

nożnej<sup>45</sup>. W konkluzji decyzji Trybunał stwierdził, że sądy krajowe zachowały sprawiedliwą równowagę między interesem skarżącego wyrażającym się w postaci swobody wypowiedzi z jednej strony, a interesem społeczeństwa w promowaniu tolerancji i wzajemnego szacunku w trakcie imprez sportowych oraz zwalczaniu dyskryminacji przez sport z drugiej strony<sup>46</sup>.

## Wnioski

Analiza orzecznictwa ETPC w kwestii propagowania symboli ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej prowadzi do następujących wniosków. Po pierwsze, ETPC powściągliwie dopuszcza możliwość ograniczenia wolności wypowiedzi. Standard, jaki został ukształtowany wyrokiem *Handyside v. Wielka Brytania*, wyznacza także linię orzeczniczą w sprawach związanych z tzw. symboliką totalitarną. Zasadniczo akceptowane jest posługiwanie się symbolem czerwonej gwiazdy, która w ocenie ETPC jest symbolem wieloznacznym, oraz negowane jest tzw. weto zagłuszane.

Po drugie, ETPC, oceniając regulacje krajowe, które przewidują możliwość penalizacji posługiwania się symbolem ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej, akcentuje zasadę proporcjonalności. Stwierdza, że na prawodawcy ciąży obowiązek wykazania rzeczywistej potrzeby ingerencji w prawa bądź wolności jednostki. Ingerencja w sferę wolności wypowiedzi jednostki musi pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie. Co więcej, art. 10 EKPC trzeba interpretować z uwzględnieniem art. 17 EKPC, tak by wykluczyć pojmowanie swobody wypowiedzi w sposób pozwalający komukolwiek na podjęcie działań lub dokonanie aktu zmierzającego do zniweczenia praw i wolności wymienionych w Konwencji.

Po trzecie, ETPC dopuszcza możliwość penalizacji używania symboli ideologii nazistowskiej ze względu na potrzebę wzmocnienia ochrony demokratycznego sposobu funkcjonowania państwa i społeczeństwa, wolnego od totalitaryzmu oraz nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych oraz wyznaniowych. Uzasadnienie to może także łączyć się z przeciwdziałaniem wypowiedziom pobudzającym nienawiść, opartą na uprzedzeniach religijnych, etnicznych czy kulturowych.

<sup>45</sup> *Ibidem*, § 45.

<sup>46</sup> *Ibidem*, § 48.

Mimo że wskazane konstatacje ETPC łączyły się ze sprawami dotyczącymi symboli ideologii nazistowskiej, nie można wykluczyć, że tezy z *Šimonić v. Chorwacja* czy *Nix v. Niemcy* zostaną rozciągnięte na używanie symboli ideologii komunistycznej. Ważne, aby takie regulacje spełniały kryterium określoności.

Po czwarte wreszcie, przy ocenie regulacji krajowych, które przewidują penalizację posługiwania się symbolami ideologii nazistowskiej oraz komunistycznej, niezbędnym warunkiem oceny jest element historyczny. Zasadniczo zakaz propagowania tzw. symboli totalitarnych wynika z historycznych doświadczeń danego państwa, zazwyczaj uwikłanego w XX w. w system totalitarny.

## Literatura

- Arendt H., *Korzenie totalitaryzmu*, Warszawa 2014.
- Barosz R., *Glosa do wyroku ETPC z dnia 24 czerwca 2012 r., skarga nr 40721/08*, Lex 2012.
- Bodnar A., *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Warszawa 2018.
- Fijalkowski A., *The Criminalisation of Symbols of the Past: Expression, Law and Memory*, „International Journal of Law in Context” 2014, nr 3.
- Garlicki L., [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom 1. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010.
- Grabewarther Ch., *European Convention on Human Rights. Commentary*, München–Oxford–Baden–Baden–Basel 2014.
- Grzelak A., *Opinia prawna na temat zasadności dodania w art. 256 Kodeksu karnego § 2 w brzmieniu uchwalonym przez Sejm 25 września 2009 r.*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 2010, nr 1.
- Harris D.J., O’Boyle M., Warbrick C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London–Dublin–Edinburgh 1995.
- Kulesza W., „Polskie obchody” rocznicy urodzin Hitlera w świetle prawa karnego III Rzeszy, Republiki Federalnej Niemiec i Polski, „Państwo i Prawo” 2018, nr 7.
- Kulesza W., *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboli w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego*, [w:] W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szezwczyk*, Warszawa 2013.
- Kühl K., Heger M., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2014.
- Laufhütte H.W., Kuschel A., *Kommentar zu § 86a*, [w:] H.W. Laufhütte et al. (Hrsg.) *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Bd IV. §§ 80–109k*, Berlin 2007.
- Leanza Ch.A., *The Heckler’s Veto Case Law as a Resource for Democratic Discourse*, „Hofstra Law Review” 2007, t. 35.

- Legutko R., *Totalitaryzm i dusza ludzka*, [w:] M. Kuniński (red.), *Totalitaryzm a zachodnia tradycja*, Kraków 2006.
- Machaj Ł., *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011.
- McGaffey R., *The Heckler's Veto*, „Marquette Law Review” 1973, t. 57.
- Nowicki M.A., *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2013.
- Olszewska-Dyoniziak B., *Antropologia totalitaryzmu europejskiego XX wieku*, Wrocław 1999.
- Paprocka A., *Wpływ orzecznictwa ETPC na rozumienie konstytucyjnych praw i wolności w Polsce – kilka uwag na marginesie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] M. Zubik (red.), *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r. Księga jubileuszowa dedykowana Zdzisławowi Jaroszowi*, Warszawa 2012.
- Schabas W.A., *The European Convention on Human Rights*, London 2015.
- Scruton R., *Źródło totalitaryzmu*, [w:] M. Kuniński (red.), *Totalitaryzm a zachodnia tradycja*, Kraków 2006.
- Stegbauer S., *The Ban of Right-Wing Extremist Symbols According to Section 86a of the German Criminal Code*, „German Law Journal” 2007, nr 2.
- Sternberg-Lieben D., [w:] A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2010.
- Uitz R., *Hungarian Ban of Totalitarian Symbols: The Constitutional Court Speaks up Again*, <https://verfassungsblog.de/hungarian-ban-of-totalitarian-symbols-the-constitutional-court-speaks-up-again/> (dostęp: 21.03.2020).

## Orzecznictwo

- Decyzja ETPC z dnia 13 marca 2018 r., w sprawie *Nix v. Niemcy*, skarga nr 35285/16, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182241> (dostęp: 21.03.2020).
- Decyzja ETPC z dnia 22 stycznia 2019 r., w sprawie *Šimunić v. Chorwacja*, skarga nr 20373/17, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189769> (dostęp: 21.03.2020).
- Postanowienie Bundesgerichtshofu z dnia 1 października 2008 r., 3 StR 164/08, „Neue Zeitung für Strafrecht” 2009, nr 2.
- Postanowienie Bundesverfassungsgerichtu z dnia 1 czerwca 2006 r., 1 BvR 150/03, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/06/rk20060601\\_1bvr015003.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/06/rk20060601_1bvr015003.html) (dostęp: 21.03.2020).
- Postanowienie Bundesverfassungsgerichtu z dnia 18 maja 2009 r., 2 BvR 2202/08, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/05/rk20090518\\_2bvr220208.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/05/rk20090518_2bvr220208.html) (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok Bundesgerichtshofu z dnia 28 lipca 2005 r., 3 StR 60/05, „Neue Juristische Wochenschrift” 2005, nr 44, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 17 grudnia 1976 r., w sprawie *Handyside v. Wielka Brytania*, skarga nr 5493/72, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499> (dostęp: 21.03.2020).

- Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 1986 r., w sprawie *Lingens v. Austria*, skarga nr 8815/82, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 23 kwietnia 1992 r., w sprawie *Castells v. Hiszpania*, skarga nr 11798/85, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57772> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 1 lipca 1997 r., w sprawie *Oberschlick v. Austria*, skarga nr 20834/92, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58044> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 25 listopada 1999 r., w sprawie *Nilsen i Johnsen v. Norwegia*, skarga nr 23118/93, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58364> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 21 września 2006 r., w sprawie *Monnat v. Szwajcaria*, skarga nr 73604/01, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76947> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2008 r., w sprawie *Vajnai v. Węgry*, skarga nr 33629/06, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87404> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 3 lutego 2009 r., w sprawie *Women on Waves i inni v. Portugalia*, skarga nr 31276/05, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91113> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 3 listopada 2011 r., w sprawie *Fratanoló v. Węgry*, skarga nr 29459/10, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-107307> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2012 r., w sprawie *Fáber v. Węgry*, skarga nr 40721/08, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112446> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok ETPC z dnia 21 października 2014 r., w sprawie *Murat Vural v. Turcja*, skarga nr 9540/07, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147284> (dostęp: 21.03.2020).
- Wyrok TK z dnia 12 maja 2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008, nr 4, poz. 57.

## Akty prawne

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).