

**Artykuł 49 Kodeksu wykroczeń a art. 10
Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.
Ekspertyza prawna**

I. Charakter oraz zakres ekspertyzy

1. Niniejsza ekspertyza prawna powstała w związku z rozpoznawaną przez Trybunał Konstytucyjny sprawą z wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich (sygn. akt K 28/13).
2. Rzecznik Praw Obywatelskich zarzuca, że art. 49 § 1 ustawy z 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 482, ze zm.) jest niezgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.).
3. Kwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis brzmi następująco:

Kto w miejscu publicznym demonstracyjnie okazuje lekceważenie Narodowi Polskiemu, Rzeczypospolitej Polskiej lub jej konstytucyjnym organom, podlega karze aresztu albo grzywny.
4. Przedmiotem ekspertyzy jest wyłącznie orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka stanowiące konsekwencję art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności („Konwencja”). W takim też kontekście prawnym formułowane będą uwagi i oceny na temat relacji art. 49 § 1 Kodeksu wykroczeń z art. 10 Konwencji. Poza zakresem ekspertyzy znajdują się rozważania dotyczące relacji art. 49 § 1 Kodeksu wykroczeń z przepisami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej przywołanymi jako inny wzorzec kontroli przez Rzecznika Praw Obywatelskich.

II. Artykuł 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

5. Przepis art. 10 Konwencji, w tłumaczeniu opublikowanym w Dzienniku Ustaw, stanowi że:
 1. Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsięwzięciom radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych.
 2. Korzystanie z tych wolności 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 publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub

przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

6. Należy podkreślić, że w polskiej literaturze prawniczej zwracano uwagę na błędy tłumaczenia opublikowanego w Dzienniku Ustaw (m.in. L. Gardocki, *Europejskie standardy wolności wypowiedzi a polskie prawo karne*, PiP 1993, nr 3, s. 11; P. Hofmański, *Komentarz do wybranych przepisów Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, w: *Standardy prawne Rady Europy. Tekst i komentarze. Prawo karne*, Warszawa 1997, s. 103; M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1999, s. 404; Ireneusz C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Kraków 2006, s. 18-19; Ireneusz C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, s. 27-28). Poprawne tłumaczenie powinno brzmieć następująco:

1. Każdy ma prawo **do swobody wypowiedzi**. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsięwzięciom radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych.

2. Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są **przewidziane przez prawo i konieczne w społeczeństwie demokratycznym** w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego, ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

7. Błędy występujące w tłumaczeniu opublikowanym w Dzienniku Ustaw nie będą miały merytorycznego znaczenia w kontekście niniejszej ekspertyzy. W ekspertyzie będą się natomiast posługiwał poprawną terminologią.
8. Artykuł 10 Konwencji należy do przepisów zawierających tzw. klauzulę limitacyjną. Swoboda wypowiedzi nie jest wolnością absolutną. Może podlegać ograniczeniom, ale jedynie po łącznym spełnieniu trzech warunków:
- a) legalności – podstawa prawna dla ingerencji musi istnieć w obowiązującym prawie sformułowanym z dostateczną precyzją i adekwatnie dostępnym;¹
 - b) celowości – ingerencja musi realizować co najmniej jeden z celów enumeratywnie wskazanych w ustępie 2 art. 10;
 - c) konieczności – ingerencja musi być konieczna w demokratycznym społeczeństwie, co oznacza istnienie dla ingerencji „pilnej potrzeby społecznej” (ang.: *pressing social need*, fr.: *besoin social impérieux*), uzasadnienie ingerencji istotnymi i dostatecznymi (ang.: *relevant and sufficient*, fr.: *pertinents et suffisants*) racjami oraz zachowanie proporcjonalności między użytym środkiem prawnym a chronionym celem.²

¹ Dwa aspekty legalności ingerencji, polegające na adekwatnej dostępności prawa i dostatecznej jego precyzyjności, zostały zidentyfikowane w wyroku *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii (nr 1)*, wyrok z 26 kwietnia 1979 r. (skład plenarny), skarga nr 6538/74, Series A. 30, par. 49.

² Te „normatywne parametry” składające się na konieczność ingerencji zostały zidentyfikowane w wyroku *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 7 grudnia 1976 r. (skład plenarny), skarga nr 5493/72, Series A. 24, par. 48 i 50.

III. Nakaz legalności ingerencji

9. Przepis art. 49 § 1 k.w. znalazł się w tekście należycie promulgowanego Kodeksu wykroczeń. Nie rodzi więc wątpliwości, że spełniony został wymóg „należytej dostępności” prawa, który stanowi jeden z dwóch aspektów („wymiarów”) legalności ingerencji w znaczeniu wypracowanym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka („ETPCz”).
10. Obok „należytej dostępności” prawo musi zostać ponadto sformułowane „z dostateczną precyzją” (drugi aspekt legalności). W kontekście art. 49 § 1 k.w. nakaz ten odnosi się tak do określenia znamion czynu zabronionego, jak i sankcji prawnych.
11. ETPCz tylko wyjątkowo orzekał, że krajowa reguła prawna, która stanowiła podstawę dla ingerencji, nie realizowała nakazów legalności. Jeżeli jednak dojdzie do zakwestionowania legalności ingerencji, a dodatkowo krajowy przepis stanowiący podstawę ingerencji należy do prawa karnego, pozwala to na orzeczenie przez ETPCz, że obok złamania art. 10 doszło też do naruszenia zakazu karania bez podstawy prawnej (art. 7 Konwencji).
12. Artykuł 49 § 1 k.w. przewiduje sankcje dla osoby, która w miejscu publicznym demonstracyjnie okazuje lekceważenie Narodowi Polskiemu, Rzeczypospolitej Polskiej lub jej konstytucyjnym organom. Jednocześnie w polskim Kodeksie karnym znalazły się przepisy dotyczące publicznego znieważenia Narodu Polskiego lub Rzeczypospolitej Polskiej (art. 133 k.k.) oraz publicznego znieważenia lub poniżenia konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej (art. 226 § 3 k.k.). Czyn stanowiący wykroczenie polegałby zatem jedynie na okazywaniu lekceważenia (w sposób publiczny i demonstracyjnie), a będący przestępstwem – na znieważaniu. Dochodziłoby zatem do swoistej gradacji czynu kierowanego przeciwko Narodowi Polskiemu, Rzeczypospolitej Polskiej bądź jej konstytucyjnym organom. W kategoriach prawnych określane jest to jako przepołowienie czynu zabronionego lub bitypizacja (używane jest również pojęcie zbiegu przestępstwa i wykroczenia)³.
13. Odnosząc się do obecności w przepisie (regule) prawa krajowego pojęć takich jak „zniewaga”, „znieważa”, które odwołują się do podlegających ewolucji społecznych kryteriów ocennych oraz innych przesłanek, jak m.in. okoliczności wypowiedzi, ETPCz nie stwierdzał naruszenia wymogu legalności (np. *Markt intern Verlag GmbH i Klaus Beermann przeciwko Niemcom*, wyrok z 20 listopada 1989 r. (skład plenarny), skarga nr 10572/83, Series A. 165, par. 29; *Tammer przeciwko Estonii*, wyrok z 6 lutego 2001 r., skarga nr 41205/98, ECHR 2001-I, par. 37-38). Nigdy w strasburskim orzecznictwie nie doszło natomiast do rozważań o pojęciu „(okazywania) lekceważenia” i możliwości odróżnienia (rozgraniczenia) – w kontekście danego systemu krajowego – takiego czynu i znieważenia.
14. ETPCz nie wymaga, by postanowienia krajowego prawa były formułowane z absolutną ścisłością; weryfikuje jednak, czy w przypadku „problematicznego prawa” adresat prawa miał do dyspozycji dostateczne wskazówki dotyczące danego przepisu (reguły). Wyjaśnienia prawa, będącego konsekwencją jego wykładni, dokonuje przede wszystkim orzecznictwo. W kontekście art. 49 § 1 k.w. należy zauważyć, że takie orzecznictwo właściwie nie istnieje. Również rozważania zawarte w komentarzach do Kodeksu wykroczeń

³ Przykładowo J. Raglewski, *Konstrukcja tzw. czynów przepołowionych*, w: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu* (red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger), Lublin 2011.

są w związku z art. 49 § 1 k.w. niezwykle lakoniczne. Pewni autorzy koncentrują się na paragrafie drugim artykułu 49 k.w. (naruszenie przepisów o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej), paragrafowi pierwszemu nie poświęcając niemal uwagi (M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2011; W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009).

15. Komentatorzy w bardzo ogólny sposób starają się zrekonstruować cechy czynności stanowiącej wykroczenie z art. 49 § 1 k.w. Wskazują, że okazywanie lekceważenia to „zachowanie uzewnętrznione w jakikolwiek sposób, tj. czynem, gestem, słowem, itd., które cechuje się pogardliwym stosunkiem do czegoś, wyrażaniem pogardy, brakiem szacunku, bagatelizowaniem” (M. Mozgawa [red.], *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 172; niemal identyczne określenia u T. Grzegorzcyka [red.], *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013). Demonstracyjne zachowanie to natomiast „zachowanie manifestacyjne, ostentacyjne, obliczone na efekt, dokonywane na pokaz, nakierowane na to, aby było ono zauważone przez większą liczbę osób” (M. Mozgawa, wyd. cyt., s. 172). Miejsce publiczne to miejsce dostępne dla ogółu, gdzie wstęp ma każdy, jak i takie, do którego wejście wymaga określonej karty wstępu (M. Mozgawa, wyd. cyt., s. 173; T. Grzegorzcyk, wyd. cyt.).
16. Należy zauważyć, że komentatorzy różnią się w określeniu, które organy należy uznać za „konstytucyjne”. Część autorów zalicza do tej kategorii wszystkie organy wymieniane w Konstytucji RP, inni dokonują ograniczeń. Wątpliwości (rozbieżności) dotyczą Najwyższej Izby Kontroli, Rzecznika Praw Obywatelskich, Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, Prezesa Narodowego Banku Polskiego, sądów powszechnych, administracyjnych i wojskowych oraz organów samorządu terytorialnego (M. Mozgawa, wyd. cyt., s. 172-173).
17. Wskazane poważne różnice w rekonstrukcji katalogu konstytucyjnych organów mogą rodzić zastrzeżenia ETPCz. Trudno jednak jednoznacznie rozstrzygnąć, czy strasburscy sędziowie byliby skłonni tę niejasność – oczywiście analizowaną w kontekście danej indywidualnej skargi – lokować w obszarze dozwolonej nieokreśloności prawa („naturalnej ogólności”) czy też już niedopuszczalnej „nieprzewidywalności” prawa. Judykаты ETPCz ujawniają jednak daleko idące przyzwolenie na „naturalną ogólność” prawa, akceptowaną nawet w obszarze prawa karnego.⁴
18. Krytyczną uwagę ETPCz mogłyby zwrócić te przypadki, w których dyspozycję art. 49 § 1 k.w. mówiącą o okazywaniu lekceważenia stosowano by do sytuacji bagatelizowania czy braku szacunku, a więc – jak można sądzić – nie tyle do pewnego działania co raczej powstrzymywania się od pewnego postępowania. Takie wątpliwości ETPCz byłby jednak skłonny bardziej łączyć – jak sądzę – z wymogiem konieczności (ingerencji) w demokratycznym społeczeństwie niżli legalnością (przewidywalnością) ingerencji.

IV. Nakaz celowości ingerencji

⁴ Zob. moje przeglądy najnowszego orzecznictwa ETPCz związanego z art. 7 Konwencji: *Zakaz karania bez podstawy prawnej – orzecznictwo ETPCz za lata 2011–2014*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 8; *Zakaz karania bez podstawy prawnej – orzecznictwo ETPCz za lata 2008–2010*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 11.

19. W komentarzach do Kodeksu wykroczeń przedmiotami ochrony wiązanyymi z art. 49 wskazywane są porządek publiczny i spokój publiczny (np. M. Mozgawa, wyd. cyt., s. 171) lub poszanowanie Narodu Polskiego, państwa i jego konstytucyjnych organów (T. Grzegorzczak, wyd. cyt.; M. Bojarski, W. Radecki, wyd. cyt., s. 357-358). W pierwszej z propozycji porządek publiczny jest określany jako „uporządkowany właściwymi przepisami niezakłócony bieg życia zbiorowego”, a spokój publiczny to „wolny od zakłóceń stan równowagi psychicznej nieokreślonej grupy osób”. W drugim z ujęć chroniona byłaby cześć (godność, dobre imię) Narodu Polskiego, państwa i jego konstytucyjnych organów.
20. W kontekście strasburskiego orzecznictwa należy odróżnić czyny, które są traktowane jako okazywanie lekceważenia (a) Narodowi Polskiemu i państwu oraz (b) konstytucyjnemu organowi. W pierwszym przypadku ETPCz nie będzie traktował krajowej ingerencji jako służącej ochronie „praw innej osoby”, lecz – co najwyżej – jako mającą na celu zapobieżenie zakłóceniu porządku publicznego. Jedyna sprawa, jaka trafiła do ETPCz z tego obszaru, to skarga *Dink przeciwko Turcji*. Jej autorem był znany literat, skazany na podstawie art. 301 tureckiego kodeksu karnego za czyn uznany za znieważenie narodu tureckiego i państwa (były to wypowiedzi mówiące o tureckim sprawstwie rzezi dokonanej na Ormianach w roku 1915). Odnosząc się do wymogu celowości ingerencji, ETPCz wyraźnie zaznaczył swoje zastrzeżenia w tej kwestii. Ostatecznie postanowił jednak nie rozstrzygać, czy ingerencja odpowiadała celowi określonemu w Konwencji, uznając to zagadnienie za ściśle związane z wymogiem konieczności w demokratycznym społeczeństwie. Jednocześnie ETPCz zaakceptował, że o zagrożeniach dla porządku trudno mówić, jeśli wypowiedź nie jest połączona z wezwaniem do użycia przemocy (*Dink przeciwko Turcji*, wyrok z 14 września 2010 r., skargi 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 i 7124/09, par. 116)⁵.
21. Przypadki zniesławienia lub znieważenia (i analogicznie ETPCz powinien postąpić w przypadku sankcji wymierzonych w hipotetycznej skardze dotyczącej okazywania lekceważenia) konstytucyjnego organu ETPCz analizował natomiast jako dotyczące ochrony praw innych osób pełniących dany urząd. Jedynie dodatkowo akceptowano w starszym orzecznictwie strasburskim, że ingerencja mogła służyć zachowaniu porządku publicznego (*Castells przeciwko Hiszpanii*, wyrok z 23 kwietnia 1992 r., skarga nr 11798/85, Series A. 236, par. 39). Obecność takiego dodatkowego celu ETPCz zaakceptował tylko dlatego, że zakwestionowana wypowiedź (sugerująca udział „rządu” w skrytobójczych morderstwach na baskijskich aktywistach niepodległościowych) padła w niezwykle trudnym okresie przechodzenia od autorytarnego reżimu do państwa demokratycznego (1979 r.), gdy dochodziło do licznych zamachów i zabójstw. W wyroku *Otegi Mondragon przeciwko Hiszpanii* ETPCz analizował natomiast obraźliwą wypowiedź sformułowaną pod adresem hiszpańskiego monarchy wyłącznie jako atak na jego dobre imię (nawet jeśli królowi zarzucono odpowiedzialność za tortury jakim są poddawani „baskijscy bojownicy”), chociaż zastosowany przepis hiszpańskiego kodeksu karnego znajduje się w rozdziale zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko Koronie” (*Delitos contra la Corona*) – wyrok z 15 marca 2011 r., skarga nr 2034/07, par. 47. Analogicznie ETPCz postąpił wcześniej w dwóch tureckich wyrokach, które dotyczyły sankcji (odpowiednio karnej i cywilnej) wymierzonych w związku z wypowiedziami uznanymi za obrazę prezydenta kraju: *Artun i*

⁵ Na temat ochrony prawnej narodu i państwa piszę w artykule *Kontrowersje prawne wokół przestępstwa polegającego na pomawianiu narodu o popełnienie zbrodni*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2010, vol. VIII. Powstał on jednak jeszcze przed wyrokiem ETPCz w sprawie *Dink przeciwko Turcji*.

Güvener przeciwko Turcji, wyrok z 26 czerwca 2007 r., skarga 75510/01, niepubl. par. 24; *Pakdemirli przeciwko Turcji*, wyrok z 22 lutego 2005 r., skarga nr 35839/97, niepubl., par. 42.

22. Jedynie w przypadku ingerencji, którą ETPCz zakwalifikuje jako zmierzającą do ochrony bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, państwu–stronie Konwencji będą przysługiwały szerokie uprawnienia decyzyjne, zwane marginesem swobody ocen (ang.: *margin of appreciation*, fr.: *marge d'appréciation*). W swoim nowszym orzecznictwie ETPCz zasadniczo łączy zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego z wezwaniem do przemocy obecnym w wypowiedzi (taki standard pochodzi przede wszystkim z 13 tureckich wyroków wydanych przez ETPCz jako Wielka Izba w dniu 8 lipca 1999 r.; zob. Ireneusz C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi...*, s. 109-128). Należy podkreślić, że związek wypowiedzi i wezwania do przemocy został określony przez ETPCz jako obiektywnie istniejący (sformułowanie „wzywa do przemocy”; ang.: *incites to violence*; fr.: *incite à l'usage de la violence*), a nie jako możliwość ujęta w formę trybu hipotetycznego („może wzywać”). Szerokie uprawnienia ocenne państwa nie występują już natomiast w przypadku ingerencji mającej inny cel – „zapobieżenie zakłóceniu porządku” (co warunkowo ETPCz dopuścił w wyroku *Castells przeciwko Hiszpanii*).
23. W świetle strasburskiego orzecznictwa należy założyć, że cel ingerencji w wypowiedź zakwalifikowaną jako okazywanie lekceważenia Narodowi Polskiemu lub państwu ETPCz będzie ujmował jako co najwyżej zmierzający do zapobieżenia zakłóceniu porządku, a nie zachowaniu porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. Sankcje za okazywanie lekceważenia konstytucyjnym organom ETPCz zasadniczo połączy natomiast wyłącznie z ochroną praw innych osób – jednostek sprawujących dany urząd.

V. Nakaz konieczności ingerencji. Podstawowe zasady

24. Począwszy od „formacyjnego wyroku” *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii* ETPCz konsekwentnie przyznaje kluczowe znaczenie swobodzie wypowiedzi pośród wolności gwarantowanych na mocy Konwencji. ETPCz wskazał, że swoboda wypowiedzi stanowi „jeden z zasadniczych filarów (demokratycznego – ICK) społeczeństwa, jeden z podstawowych warunków jego postępu i rozwoju każdej osoby. (...) Nie ogranicza się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie, uważane za nieobraźliwe lub neutralne, lecz odnosi się także do tych, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub części społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji, otwartości na inne poglądy, bez których nie istnieje »demokratyczne społeczeństwo«” (par. 49). W wyroku *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii (nr 1)* ETPCz sformułował natomiast regułę dotyczącą relacji ustępu 1 (który określa chronioną swobodę) i ustępu 2 (który dozwala na dokonanie ingerencji): „Trybunał nie staje wobec potrzeby dokonania wyboru między dwiema zasadami, znajdującymi się w konflikcie, lecz wobec swobody wypowiedzi, poddanej wyjątkom, które należy wąsko interpretować” – par. 65.
25. Pośród zróżnicowanych rodzajów wypowiedzi ETPCz szczególną rangę i ochronę wiąże z wypowiedzią polityczną (*Lingens przeciwko Austrii*, wyrok z 8 lipca 1986 r. (skład plenarny), skarga nr 9815/82, Series A. 103, par. 42) oraz zrównaną z nią wypowiedzią „w sprawach mających publiczne znaczenie” (ang.: *matters of public interest*; fr.: *questions d'intérêt général*) – *Thorgeir Thorgeirson przeciwko Islandii*, wyrok z 25 czerwca 1992

r., skarga nr 13778/88, Series A. 239, par. 64. W odniesieniu do tych dwóch typów wypowiedzi władze krajowe posiadają bardzo wąskie marginesy swobody ocen (np. *Lombardo i inni przeciwko Malcie*, wyrok z 24 kwietnia 2007 r., skarga nr 7333/06, par. 62). Ponadto w wyroku *Feldek przeciwko Słowacji* ETPCz oznajmił, że „przyzwolenie na szerokie ograniczenia wypowiedzi politycznej w indywidualnych przypadkach musiałoby w nieunikniony sposób rodzić szerokie konsekwencje dla swobody wypowiedzi w danym kraju” (wyrok z 12 lipca 2001 r., skarga nr 29032/95, ECHR 2001-VIII, par. 83). W konsekwencji ETPCz bardzo rzadko akceptował krajową ingerencję w wypowiedź polityczną i chronioną równorzędnie wypowiedź w sprawach mających publiczne znaczenie (Ireneusz C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi...*, rozdz. III i IV, zwłaszcza s. 177-182).

26. W wyroku *Lingens przeciwko Austrii* ETPCz wskazał, że „granice dopuszczalnej krytyki są szersze w stosunku do polityków niż osób prywatnych. [Politycy – ICK] inaczej niż [osoby prywatne – ICK] wystawiają świadomie i w sposób nieunikniony każde swoje słowo i działanie na dogłębną kontrolę dziennikarzy i opinii publicznej. Muszą zatem wykazać większy stopień tolerancji” (par. 42). Oznacza to istnienie standardu słabszej ochrony dobrego imienia oraz innych praw polityka niż osoby prywatnej. Jeszcze słabszej ochronie podlega rząd lub inne instytucje władzy państwowej (z wyjątkiem sądowniczej, tu jednak niedawny wyrok Wielkiej Izby z 23 kwietnia 2015 r. w sprawie *Morice przeciwko Francji*, skarga nr 29369/10) – *Karataş przeciwko Turcji*, wyrok z 8 lipca 1999 r. (Wielka Izba) skarga 23168/94, ECHR 1999-IV, par. 50.
27. W zakresie swobody wypowiedzi podlegającej ochronie na mocy art. 10 Konwencji została włączona również wypowiedź obraźliwa. ETPCz odrzucił pogląd, że krytyczna wypowiedź (ocena) może podlegać ochronie jedynie pod warunkiem, że nie ma znieważającego charakteru. W konsekwencji ETPCz stwierdził, że doszło do naruszenia art. 10, gdy sankcje, czasami niewielkie, zostały wymierzone np. za nazwanie kontrowersyjnego polityka „idiotą” (*Oberschlick przeciwko Austrii (nr 2)*, wyrok z 1 lipca 1997 r., skarga 20834/92, RJD 1997–IV) prezydenta – „kłamcą”, „oszczercą”, „politycznym inwalidą”, „ograniczonym umysłem” (*Pakdemirli przeciwko Turcji*), czy też kandydata w wyborach municypalnych – „osobą ideologicznie groteskową i chamską”, „niezwykłym połączeniem reakcyjnego prostactwa, faszystowskiej bigoterii i prymitywnego antysemityzmu”, „uosobieniem samozadowolenia i tego, co jest zjełczałe i śmieszne” (*Lopes Gomes da Silva przeciwko Portugalii*, wyrok z 28 września 2000 r., skarga 37698/97, ECHR 2000-X). W ostatnim z przytoczonych wyroków ETPCz wskazał nawet, że w demokratycznym społeczeństwie ryzyko inwektywy towarzyszy wolnej grze i debacie politycznej (par. 34).
28. ETPCz wskazał również, że autor wypowiedzi może posłużyć „pewnym stopniem przesady, a nawet prowokacji” (*Prager i Oberschlick przeciwko Austrii*, wyrok z 26 kwietnia 1995 r., skarga nr 15974/90, Series A. 313, par. 38), a ochronie podlega nie tylko treść wypowiedzi, ale i jej forma (*Oberschlick przeciwko Austrii (nr 1)*, wyrok z 23 maja 1991 r. (skład plenarny), skarga nr 11662/85, Series A. 204, par. 63).
29. W debacie politycznej i wokół spraw o publicznym znaczeniu szczególną rolę odgrywają dziennikarze i media, pełniący zadanie „publicznego kontrolera” (ang.: *public watchdog*, fr.: *chien de garde*) – *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii (nr 1)*, par. 65. W takim kontekście „aktywne” uprawnienie dziennikarzy i mediów do przekazania swojego komunikatu ETPCz powiązał z „biernym” uprawnieniem opinii publicznej do uzyskania takiego komunikatu. Dlatego każdy przypadek ingerencji w swobodę wypowiedzi mediów wy-

stępujących w roli „publicznego kontrolera” muszą uzasadniać szczególnie przekonujące racje.

30. W kontekście debaty politycznej i wokół spraw o publicznym znaczeniu każda ingerencja wywiera ogólne negatywne skutki na gotowość udziału jednostki w publicznych dyskusjach. Dlatego ETPCz badał, czy w danych okolicznościach wymierzona sankcja nie rodziła tzw. mrozącego skutku (*chilling effect*), zarówno w odniesieniu do podmiotu, którego dotyczyła sankcja, jak i innych osób. ETPCz był gotów zakwestionować nawet sankcję polegającą na wypłaceniu symbolicznego jednofrankowego zadośćuczynienia, połączonego z publikacją przeprosin (np. *Lehideux i Isorni przeciwko Francji*, wyrok z 23 września 1998 r. (Wielka Izba), skarga 24662/94, RJD 1998-VII; *De Haes i Gijssels przeciwko Belgii*, wyrok z 24 lutego 1997 r., skarga 19983/92, RJD 1997-I).
31. Ze względu na „mrozący skutek” szczególnie groźne następstwa rodzą sankcje karne, zwłaszcza kara pozbawienia wolności.
32. Orzecznictwo ETPCz dotyczące sankcji karnych podlegało ewolucji. W wyroku *Castells przeciwko Hiszpanii*, który dotyczył zniesławienia rządu, ETPCz oznajmił, że „ze względu na dominującą pozycję, jaką zajmuje rząd, musi on wykazać powściągliwość w uciekaniu się do środków karnych, szczególnie gdy dostępne są mu inne środki udzielenia odpowiedzi na nieuzasadnione ataki lub krytykę pochodzące ze strony mediów oraz opozycji. Kompetentne władze mogą jednak – działając jako gwarant porządku publicznego – wprowadzić środki, nawet o charakterze karnym, które są potrzebne jako odpowiednia i umiarkowana reakcja na zniesławiające oskarżenia pozbawione podstaw lub formułowane w złej wierze” (par. 46). ETPCz zgodził się więc na użycie sankcji karnych, choć poddał ich zastosowanie rygorowi zasady powściągliwości oraz wskazał okoliczności, które uzasadnią posłużenie się prawem karnym. Należy dodać, że w wyroku *Castells przeciwko Hiszpanii* ETPCz jednogłośnie orzekł, że doszło do złamania art. 10, gdyż ingerencja wykraczała poza rygor wskazany w wyroku.
33. Obecny standard dotyczący sankcji karnych ETPCz zawarł w wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Cumpănă i Mazăre przeciwko Rumunii* (wyrok z 17 grudnia 2004 r., skarga nr 33348/96, ECHR 2004-XI). Dokonując przeglądu grupy sankcji wymierzonych w postępowaniu karnym, w tym kary siedmiu miesięcy pozbawienia wolności, ETPCz jednogłośnie uznał te sankcje za „w oczywisty sposób” nieproporcjonalne (par. 120).⁶ Wskazano równocześnie, że orzeczenie kary pozbawienia wolności będzie zgodne z art. 10 jedynie w wyjątkowych okolicznościach. Te ostatnie to poważne naruszenie innych praw podstawowych, na przykład nawoływanie do nienawiści lub stosowania przemocy (par. 115).
34. Określając przypadki dozwolonego przez Konwencję skazania na karę pozbawienia wolności, ETPCz stwierdził w wyroku *Cumpănă i Mazăre przeciwko Rumunii* (WI), że jest to możliwe w wyjątkowych okolicznościach. Jako przykład sędziowie wskazali wypowiedź podburzającą do nienawiści lub przemocy. Oznacza to, że katalog takich sytuacji musi być wąsko i precyzyjnie określony i zasadniczo nie należy – moim zdaniem – wykraczać poza te dwa wyraźnie zidentyfikowane wypadki. Kary pozbawienia wolności nie powinny się orzekać w odniesieniu do „prostych” naruszeń dobrego imienia, czyli takich, którym nie towarzyszą ogólniejsze sformułowania dotyczące lub godzące w większą grupę ludzi.

⁶ We wcześniejszym wyroku izby w sprawie *Cumpănă i Mazăre przeciwko Rumunii* ETPCz stwierdził stosunkiem pięciu głosów do dwóch, że wymierzone sankcje były zgodne z Konwencją (wyrok z 10 czerwca 2003 r.).

35. Wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Cumpănă i Mazăre przeciwko Rumunii* należy odczytywać w kontekście ewolucji europejskiego standardu, która perspektywicznie zmierza do depenalizacji zniesławienia i zniewagi (poza wyjątkowymi sytuacjami). Chociaż ETPCz dotychczas nie uznał, że zachodząca ewolucja konwencyjnego standardu już dzisiaj uprawnia do zakwestionowania sankcji karnych,⁷ to użycie sankcji tego rodzaju podlega drobiazgowej i rygorystycznej kontroli dokonywanej przez ETPCz. Doszło tym samym do odejścia przez ETPCz od „kanonicznej tezy”, że wybór i określenie sankcji prawnych stanowi zasadniczo uprawnienie krajowych sądów, które posiadają w tej kwestii znaczny margines swobody ocen.⁸
36. Konsekwencją drobiazgowej i rygorystycznej weryfikacji sankcji oraz środków karnych było np. stwierdzenie naruszenia art. 10, gdy orzeczona kara pozbawienia wolności została warunkowo zawieszona (np. *Malisiewicz–Gąsior przeciwko Polsce*, wyrok z 6 kwietnia 2006 r., skarga nr 43797/98, niepubl.; *Salov przeciwko Ukrainie*, wyrok z 6 września 2005 r., skarga nr 65518/01, ECHR 2005–VIII.), a także grzywny (np. *Lepojić przeciwko Serbii*, wyrok z 9 grudnia 2007 r., skarga nr 13909/05, niepubl.; *Sokołowski przeciwko Polsce*, wyrok z 29 marca 2005 r., skarga nr 75955/01, niepubl.).

VI. Nakaz konieczności ingerencji. Wykroczenie polegające na publicznym i demonstracyjnym okazywaniu lekceważenia

37. ETPCz jest uprawniony do rozstrzygnięcia w konkretnej przedłożonej mu w skardze sprawie, ale może też zwrócić uwagę – jak wielokroć czynił – na przepis (regułę) krajowego prawa, która była podstawą dla wydania indywidualnego orzeczenia kwestionowanego przez skarżącego. Strasburscy sędziowie formułowali więc ogólniejsze oceny mówiące o niekorespondowaniu z Konwencją przepisu (reguły) krajowego prawa, np. *Colombani i inni przeciwko Francji*, wyrok z 25 czerwca 2002 r., skarga nr 51279/99, ECHR 2002-V, par. 68-69; *Artun i Güvener przeciwko Turcji*, wyrok z 26 czerwca 2007 r., skarga 75510/01, niepubl. par. 31; *Otegi Mondragon przeciwko Hiszpanii*, wyrok z 15 marca 2011 r., skarga nr 2034/07, par. 55.
38. Dotychczas ETPCz nie był konfrontowany z przypadkiem ukarania za czyn, który nie polegał na zniesławieniu lub znieważeniu, lecz jedynie na publicznym i demonstracyjnym okazywaniu lekceważenia. Już ta okoliczność będzie musiała zwrócić uwagę strasburskich sędziów. Może to prowadzić do zebrania porównawczego materiału w celu ustalenia, czy analogiczna reguła jak znajdująca w art. 49 § 1 polskiego k.w. występuje też w innych krajowych porządkach prawnych.
39. Strasburscy sędziowie mogą ponadto zauważyć, że art. 49 § 1 k.w. pochodzi z aktu prawnego uchwalonego w czasach systemu komunistycznego. W pierwotnej wersji przepis miał następujące brzmienie: „*Kto w miejscu publicznym demonstracyjnie okazuje lekce-*

⁷ Pogląd o potrzebie zakwestionowania już dzisiaj sankcji bądź środka karnego jako takiego (a więc drogi prawa karnego) pojawia się w zdaniach sędziowskich dołączonych do wyroków: np. zdanie równoległe sędziego Nicolasa Bratzy (prezesa izby) do wyroku *Długolecki przeciwko Polsce* (wyrok 24 lutego 2009 r., skarga nr 23806/03, niepubl.) i wspólne zdanie odrębne sędziów Christosa Rozakisa, Nikolasa Bratzy, Françoise Tulkens i Jána Šikuty (pierwsza trójka to obecni prezesi izb i wiceprezesi ETPCz) do wyroku Wielkiej Izby z 22 października 2007 r. w sprawie *Lindon, Otchakovsky-Laurens i July przeciwko Francji* (skargi nr 21279/02 i 36448/02, ECHR 2007–XI).

⁸ *Tolstoy Miloslavsky przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 13 lipca 1995 r., skarga nr 18139/91, Series A. 316-B, par. 48.

ważenie dla Narodu Polskiego, Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, jej ustroju lub naczelných organów, podlega karze aresztu albo grzywny". Zmiany redakcji przepisu dokonano po upadku systemu autorytarnego. W okresie komunistycznej władzy przepis miał niewątpliwie służyć do tłumienia publicznej krytyki władzy i ówczesnego ustroju.

40. „Komunistyczny rodowód” przepisu (instytucji prawnej) był dla ETPCz argumentem dla nie tylko jednostkowego stwierdzenia, iż doszło do naruszenia Konwencji w sprawie *Wiżerkaniuk przeciwko Polsce*, ale i do sformułowania ogólnych zastrzeżeń wobec instytucji autoryzacji jako takiej. W paragrafie 84 tego wyroku oznajmiono: *“Trybunał zauważa, że ustawa – prawo prasowe została przyjęta w 1984 r., dwadzieścia siedem lat temu. Przyjęto ją przed upadkiem systemu komunistycznego w Polsce w 1989 r. W tym systemie wszystkie media były poddane prewencyjnej kontroli. Ustawa – prawo prasowe z 1984 r. była szeroko nowelizowana 12 razy. Ale jej przepisy art. 14 i 49, na mocy których skazano skarżącego, nie zostały zmienione, pomimo głębokich politycznych i gospodarczych reform podjętych w Polsce w okresie przejściowym. Nie jest rolą Trybunału spekulowanie, dlaczego polska legislatura nie zdecydowała się na uchYLENIE tych przepisów. Ale Trybunał musi zauważyć, że te przepisy zastosowane tak jak w niniejszej sprawie nie mogą zostać uznane za zgodne z celami demokratycznego społeczeństwa i ze znaczeniem, jakie swoboda wypowiedzi ma w takim społeczeństwie”* (wyrok z 5 lipca 2011 r., skarga nr 18990/05).
41. Inną ważną okolicznością w generalnej perspektywie dotyczącej art. 49 § 1 k.w. jest istnienie w polskim prawie karnym przepisów odnoszących się do publicznego znieważenia Narodu Polskiego, państwa i konstytucyjnych organów (art. 133 i art. 226 § 3 k.k.). Prawo karne zapewnia więc ochronę przed najpoważniejszymi aktami mogącymi rodzić zagrożenia dla porządku lub dobrego imienia (czci) jednostek.
42. Artykuł art. 49 § 1 k.w. jest wyrazem przekonania, że instytucje (organy) publiczne wymagają mocniejszej ochrony przed nadużyciami wolności słowa (swobody wypowiedzi) niż jednostki. Również w Kodeksie karnym sankcje przewidziane w przypadku znieważenia konstytucyjnego organu (art. 226 § 3 k.k.) są istotnie wyższe niż w razie znieważenia jednostki (art. 216 k.k.). Takie podejście pozostaje jednak w konflikcie ze standardem wypracowanym w strasburskim orzecznictwie. Dodatkowo w ramach Kodeksu wykroczeń zabezpieczeniu przed aktem publicznego manifestacyjnego lekceważenia podlegają wyłącznie konstytucyjne organy państwa, a nie jednostki. Uzasadnienie przyznania w takiej sytuacji (demonstracyjnego okazywania lekceważenia) ochrony jednostce byłoby trudne, a nawet karkołomne; problematyczne jest wszakże i znalezienie racji dla uznania za wykroczenie demonstracyjnego lekceważenia organu państwa.
43. W świetle strasburskiego orzecznictwa kluczowe dla oceny hipotetycznej ingerencji dokonanej wskutek zastosowania art. 49 § 1 k.w. okażą się dwie okoliczności. Po pierwsze, konstrukcja publicznego, demonstracyjnego lekceważenia może zostać wykorzystana dla tłumienia krytyki. Cechą demokratycznego społeczeństwa, akcentowaną przez ETPCz, jest otwarta debata wokół zagadnień politycznych i budzących publiczne zainteresowanie. Lekceważenie Narodu Polskiego, państwa lub jego konstytucyjnych organów jest pojęciem na tyle szerokim, że może obejmować i wiele krytycznych wypowiedzi, zwłaszcza gdy zostają one połączone z pewnymi formami ekspresji. Dodatkowo cechy publiczności i demonstracyjności należy zakładać jako zrozumiałe i pożądane aspekty wypowiedzi, jeśli ma ona dotrzeć do innych osób; stają się one jednak obciążające dla autora wypowiedzi.

44. Po drugie, ETPCz – o czym była już mowa powyżej – połączy celowość ingerencji w okolicznościach, do których odnosi się art. 49 § 1 k.w., z zapobieżeniem zakłóceniu porządku (gdy okazywanie lekceważenia jest kierowane przeciwko Narodowi Polskiemu lub Rzeczypospolitej Polskiej) albo z ochroną innych osób (jednostek realizujących funkcję konstytucyjnego organu państwa). Zagrożenia dla porządku zachodzą jednak wtedy, gdy są połączone z wezwaniem do użycia przemocy. Trudno więc uznać, że samo demonstracyjne okazywanie lekceważenia może być kiedykolwiek tożsame z takim wezwaniem. Jeśli natomiast akceptowanym przez ETPCz celem ingerencji byłaby w przypadku czynu skierowanego do konstytucyjnego organu ochrona jednostki, oznaczałoby to, że specyficznej ochronie będzie podlegał określony funkcjonariusz publiczny. W obu sytuacjach dla ingerencji brakuje – mówiąc językiem stosowanym przez ETPCz – pilnej potrzeby społecznej.
45. Podczas analizy należy też zauważyć karny charakter sankcji wymierzanych sprawcom czynu określonego w art. 49 § 1 k.w. Kary przewidziane za akt demonstracyjnego okazywania lekceważenia to areszt (od pięciu do 30 dni) i grzywna (od 20 do 5000 złotych). Tymczasem kary wolnościowe ETPCz dopuszcza zasadniczo jedynie w przypadku mowy nienawiści i wezwania do użycia przemocy. Chociaż strasburscy sędziowie akceptowali w przypadkach nadużycia swobody wypowiedzi kary grzywny, zwłaszcza w niewygórowanej wysokości odpowiadającej również górnemu progowi 5 tysięcy złotych z polskiego Kodeksu wykroczeń (np. *Willem przeciwko Francji*, wyrok ETPCz z 16 lipca 2009 r., skarga 10883/05), zastrzeżenie ETPCz będzie rodzić w razie użycia art. 49 § 1 k.w. samo dokonanie (zasadność) ingerencji, a nie jej skala.
46. Dodatkowo ETPCz może dostrzec negatywne następstwa dla swobody wypowiedzi („mrozący efekt”) wynikające z użycia wobec autora wypowiedzi prawa karnego, którego częścią jest prawo wykroczeń. Już samo posłużenie się prawem karnym negatywnie oddziałuje na oskarżonego (obwinionego). Tę sytuację wzmacnia odwołanie się do przepisów pozwalających na orzeczenie kar wolnościowych. Skazanie skutkuje też wpisem w krajowym rejestrze skazanych (w przypadku Kodeksu wykroczeń w razie orzeczenia kary aresztu), rodząc szereg negatywnych następstw dla skazanego (np. *Długolecki przeciwko Polsce*, wyrok 24 lutego 2009 r., skarga nr 23806/03, niepubl., par. 47; *Kurlowicz przeciwko Polsce*, wyrok 22 czerwca 2010 r., skarga nr 41029/06, niepubl., par. 54; *Lewandowska-Malec przeciwko Polsce*, wyrok 18 września a 2012 r., skarga nr 39660/07, niepubl., par. 70).

VII. Konkluzje

Orzecznictwo ETPCz uprawnia do sformułowania następujących konkluzji:

- a) **Chociaż pewne pojęcia znajdujące się w tekście art. 49 § 1 k.w. rodzą wątpliwości interpretacyjne, można uznać, że mieszczą się w ramach dozwolonej niedookreśloności prawa akceptowanej przez ETPCz.**
- b) **ETPCz byłby zapewne gotów też zaakceptować, że ingerencja dokonywana na podstawie art. 49 § 1 k.w. realizuje dopuszczalny cel (cele) wskazany w ustępie 2 art. 10 Konwencji. Te cele byłyby jednak inne niż identyfikowane w ramach polskiego prawa wykroczeń. W przypadku czynu polegającego na publicznym demonstracyjnym okazaniu lekceważenia Narodowi Polskiemu lub Rzeczypospolitej Polskiej ETPCz przyjąłby (być może jednocześnie oznajmia-**

- jąc, że czyni to z wahaniem), iż w grę wchodzi zapobieżenie zakłóceniu porządku (a nie – jak w polskiej doktrynie prawa wykroczeń – ochrona porządku publicznego). Okazanie lekceważenia konstytucyjnemu organowi ETPCz łączyłby natomiast zasadniczo z ochroną praw innej osoby – funkcjonariusza sprawującego daną funkcję.
- c) Bardzo prawdopodobne jest natomiast uznanie przez ETPCz, że ingerencja dokonywana na podstawie art. 49 § 1 k.w. nie jest konieczna w demokratycznym społeczeństwie. Co ważne, strasburscy sędziowie mogliby tę konstatację połączyć z oceną, że dla ingerencji brakuje „pilnej potrzeby społecznej”. Przy zagrożeniu zakłócenia porządku ETPCz wymaga bowiem, by wypowiedź zawierała wezwanie do użycia przemocy. Takie treści nie wystąpią w przypadku aktu kwalifikowanego jako jedynie okazywanie lekceważenia. Sankcja będąca reakcją na akt stanowiący okazanie lekceważenia konstytucyjnemu organowi byłaby natomiast łączona przez ETPCz z ochroną funkcjonariusza państwowego. Oznaczałoby to jednak, że polskie prawo przyznało specyficzną ochronę funkcjonariuszowi państwowemu, wobec którego zakres dozwolonej krytyki jest szerszy niż „zwykłej jednostki”.
 - d) Wątpliwości ETPCz rodziłoby ściganie za akt „okazywania lekceważenia”, inny i „słabszy” niż akt znieważenia, co może ograniczać krytykę.
 - e) ETPCz zauważyłby też zapewne specyficzny charakter sankcji karnych oraz ich negatywny wpływ na swobodę wypowiedzi.
 - f) Być może wreszcie ETPCz dostrzegłby brak przepisów analogicznych do art. 49 § 1 k.w. w innych państwach Konwencji i wprowadzenie wykroczenia z art. 49 § 1 k.w. do polskiego prawa w czasach komunistycznych.