



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Irena LIPOWICZ

RPO-722097-II/13/MK/KSz

00-090 Warszawa Tel. centr. 22 551 77 00
Al. Solidarności 77 Fax 22 827 64 53

Warszawa, 26. VI. 2013

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.)

wnoszę o

stwierdzenie niezgodności art. 49 § 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r.- Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2013 r., poz. 482) - z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

Uzasadnienie

I.

Zgodnie z art. 49 § 1 Kodeksu wykroczeń (dalej: k.w.): *„Kto w miejscu publicznym demonstracyjnie okazuje lekceważenie Narodowi Polskiemu, Rzeczypospolitej Polskiej lub jej konstytucyjnym organom, podlega karze aresztu albo grzywny”*.

Ratione legis uregulowania z art. 49 § 1 k.w. sprowadza się do zapewnienia poszanowania należnemu Narodowi Polskiemu, Rzeczypospolitej Polskiej lub jej konstytucyjnym organom. Celem tego przepisu jest bowiem zapewnienie ochrony Narodowi Polskiemu, Rzeczypospolitej Polskiej lub jej konstytucyjnym organom przed publicznym, demonstracyjnym lekceważeniem.

W naukach społecznych nie ma jednej, powszechnie uznanej definicji narodu, aczkolwiek z pewnością rdzeniem definicji dla większości z nich jest fakt, że jest to historycznie ukształtowana wspólnota ludzi, członkom której towarzyszy poczucie przynależności do niej i odrębności od innych narodów, która posiada wspólny język, kulturę, tradycję i zamieszkuje określone terytorium. Jak podkreśla się w doktrynie, „Narodem Polskim” jest historycznie ukształtowana społeczność, mówiąca polskim językiem, związana wspólną historią i kulturą mająca wspólne interesy polityczne i gospodarcze, charakteryzująca się istnieniem poczucia państwowego, urzeczywistnionego przez fakt posiadania polskiego obywatelstwa. Pojęcie Narodu Polskiego obejmuje wszystkich obywateli Rzeczypospolitej Polskiej, niezależnie od miejsca zamieszkania. „Rzeczpospolita Polska” w świetle art. 1 Konstytucji RP, jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli. Termin ten oznacza „Państwo Polskie” (por. Kozłowska - Kalisz P., *Komentarz do art. 49 Kodeksu wykroczeń*, LEX 2009 i cytowane tam stanowiska doktryny). Do konstytucyjnych organów Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z Konstytucją z 1997 r., należą: w zakresie władzy ustawodawczej - Sejm i Senat; w zakresie władzy wykonawczej - Prezydent RP i Rada Ministrów (jej Prezes i Ministrowie); w zakresie władzy sądowniczej - Sądy (Sąd Najwyższy, sądy powszechne, administracyjne i wojskowe) Trybunał Konstytucyjny i Trybunał Stanu; oraz organy

ustanowione poza organami władzy, a spełniające funkcje kontrolne i ochrony prawa - tj. Rzecznik Praw Obywatelskich, Najwyższa Izba Kontroli i Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (por. Jankowski W., *Komentarz do art. 49 Kodeksu wykroczeń*, LEX 2010). Podkreślić jednak w tym miejscu należy, że w kwestii wykładni, jakie organy Rzeczypospolitej Polskiej zostały uznane za konstytucyjne organy, które *ipso facto* podlegają ochronie na gruncie art. 49 § 1 k.w., pojawiła się w doktrynie rozbieżność. Część prawników, dokonuje tzw. szerokiej wykładni, prezentując pogląd, iż są to wszystkie organy, które podstawę swej działalności opierają na Konstytucji (tak np. Jankowski W., *Komentarz do art. 49 Kodeksu wykroczeń*, LEX 2010). Prezentowany jest także pogląd, zgodnie z którym nie wszystkie konstytucyjne organy Rzeczypospolitej Polskiej objęte są dyspozycją art. 49 § 1 k.w., albowiem wśród organów tych znajdują się takie, które choć są konstytucyjne, to nie są jednak organami Rzeczypospolitej Polskiej - np. Najwyższa Izba Kontroli, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, czy Rzecznik Praw Obywatelskich (por. Kardas P. [w:] Zoll A., *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. II, Kraków 2006, s. 75-76).

Wykroczenie z art. 49 § 1 k.w. można popełnić jedynie umyślnie i to w zamiarze bezpośrednim.

Czynność sprawcza wykroczenia z § 1 art. 49 k.w. polega na demonstracyjnym okazywaniu lekceważenia. Zachowanie demonstracyjne to zachowanie manifestacyjne, ostentacyjne, obliczone na efekt, dokonywane na pokaz, nakierowane na to, aby było ono zauważone przez większą liczbę osób. Okazywanie lekceważenia polega na zachowaniu uzewnętrznionym w jakikolwiek sposób, tj. czynem, gestem, słowem itd., które cechuje się pogardliwym stosunkiem do czegoś, wyrażaniem pogardy, brakiem należnego szacunku, bagatelizowaniem czegoś (Kozłowska- Kalisz P., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX 2013, podobnie: Bojarski M., Radecki W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 331).

Co istotne, przepis art. 49 § 1 k.w. zawiera konstrukcję tzw. czynu przepoławionego czyli takiego, który ustawodawca spenalizował zarówno w Kodeksie wykroczeń jak i w Kodeksie karnym. W kontekście powyższego należy bowiem wskazać, że w przypadku gdy

zachowanie się sprawcy wypełnia znamiona publicznego znieważenia Narodu i Rzeczypospolitej Polskiej, to czyn taki stanowi przestępstwo z art. 133 k.k., które zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat 3. Natomiast publiczne znieważanie lub poniżanie konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej wypełnia znamiona czynu z art. 226 § 3 k.k. i zagrożone jest karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. W stosunku do art. 226 § 3 przepisem specjalnym jest art. 135 § 2 k.k., zgodnie z którym „kto publicznie znieważa Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

Dobrem chronionym w powyższych przepisach Kodeksu wykroczeń i Kodeksu karnego jest zatem Naród i Rzeczpospolita Polska oraz konstytucyjne organy Rzeczypospolitej Polskiej. Działanie sprawcy wypełni znamiona czynów zabronionych określonych w art. 49 § 1 k.w. oraz w art. 133 k.k., art. 226 § 3 k.k. i art. 135 § 2 k.k., jeżeli sprawca publicznie, a więc w miejscu, do którego ma dostęp większa, bliżej nieokreślona liczba ludzi popełni czyn, w konsekwencji którego naruszony zostanie szacunek oraz nastąpi uchybienie godności w/w dobrom chronionym (por. M. Bojarski, Radecki W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 331). Przy czym należy zauważyć, iż w art. 49 § 1 k.w. mowa jest o „lekceważeniu”, natomiast w art. 133 k.k., 226 § 3 k.k. i 135 § 2 k.k. - o „znieważaniu”. Oba sformułowania są pojęciami niedookreślonymi i ocennymi, ani Kodeks wykroczeń ani Kodeks karny nie precyzują tych pojęć.

Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego „lekceważyć” oznacza traktować kogoś „pogardliwie”, „bez szacunku”, czy „bagatelizować” (por. *Słownik języka polskiego*, (red.) W. Doroszewski, t. IV, Warszawa 1963, s. 74). Natomiast „znieważać” oznacza zachowywać się względem kogoś w sposób „obraźliwy”, „lżyć”, „profanować”, „bezczęścić”, czy „hańbić” (por. *Słownik języka polskiego*, (red.) W. Doroszewski, t. X, Warszawa 1968, s. 1240).

Taki tok myślenia skłania do konstatacji, iż *lekceważenie* i *znieważanie* przynależą do tego samego gatunku działania, bowiem mają na celu postępowanie urągające godności dobrom, o których mowa w przytaczanych w niniejszym wniosku przepisach.

Taką argumentację potwierdzają stanowiska doktryny. Przykładowo A. Marek stwierdza, że: „Przez znieważanie należy rozumieć uwłaczające lub obelżywe (wyrażające pogardę, lekceważenie) wypowiedzi, wizerunki lub nawet gesty powszechnie odbierane jako uwłaczające” (A. Marek, *Kodeks karny. Komentarze*, LEX 2010). Także P. Kardas wskazuje, że artykuł 133 k.k. posługujący się terminem <znieważa>, nie zawiera jego bliższej charakterystyki, w szczególności zaś nie wskazuje, jakiego rodzaju zachowania stanowią znieważenie. Kodeks pozostawia więc kwestię interpretacji pojęcia "znieważa" funkcjonującemu w społeczeństwie systemowi ocen, a rozumienie tego znamienia winno odpowiadać treściom, jakie nadaje mu język potoczny. Znieważanie, według P. Kardasa, oznacza „zachowanie mające obelżywy, obraźliwy charakter, polegające na uczynieniu sobie z Narodu lub Rzeczypospolitej Polskiej pośmiewiska, okazywaniu pogardy czy uwłaczaniu szacunkowi oraz czci przysługującej Narodowi oraz Rzeczypospolitej Polskiej. Istotą znamienia "znieważa" jest niemożliwość dokonania oceny takiego zachowania w kategoriach wartości logicznej prawdy lub fałszu. Znieważanie ma bowiem charakter niezracjonalizowany, przejawiający się w zmierzaniu sprawcy do zdyskredytowania określonych wartości, przeciwko którym jest skierowane w oderwaniu od faktów (...) Pojęcie <znieważa> należy do kategorii terminów ocennych, których treść i znaczenie nie ma jednoznacznego, raz na zawsze ustalonego zakresu. Z uwagi na charakter znamienia <znieważa> ma ono dużą pojemność znaczeniową pozostawiającą szerokie pole dla wykładni, której nie należy jednak dokonywać w sposób maksymalnie rozciągający zakres tego terminu (...) W literaturze powszechnie przyjmuje się, że jego interpretacja powinna być dokonywana w oparciu o kryteria maksymalnie zobiektywizowane. Znieważenie oznacza takie zachowanie, które według zdeterminowanych kulturowo i powszechnie przyjętych ocen społecznych stanowi wyraz pogardy, ośmieszenia czy uwłaczania Narodowi lub Rzeczypospolitej Polskiej." Jak wskazuje również ten autor *znieważanie* może przyjmować postać słowną (polegającą na ustnym wypowiedzeniu słów obelżywych), formę pisemną (polegającą na zawarciu w piśmie określonej treści, wyrażonej zarówno przy pomocy słów, jak i określonych rysunków, symboli czy znaków), czy również może ono także polegać na

przesyłaniu lub rozpowszechnianiu pisma, druku, rysunku itp. wyrażającego treści obelżywe lub przybierać postać jakiegokolwiek postaci sztuki plastycznej, np. rzeźby, malowidła, instalacji, grafiki itp. (Kardas P., *Komentarz do art. 133 Kodeksu karnego*, LEX 2006 i cytowane tam stanowiska doktryny).

W podobnym tonie wypowiedział się również Sąd Apelacyjny w Krakowie, który w postanowieniu z dnia 29 października 2008 r. (sygn. akt AKz 777/08) podniósł, że: „w doktrynie przedmiotu znieważenie traktowane jest jako działanie intencjonalne, mające na celu wyrażenie lekceważenia dla polskich symboli państwowych. Znieważenie oznacza zatem takie zachowanie, które według zdeterminowanych kulturowo i powszechnie przyjętych ocen społecznych stanowi wyraz pogardy, ośmieszenia, czy uwłaczania wskazanej w art. 137 § 1 k.k. symbolice państwowej, dyskredytujące w zamierzeniu sprawcy określone wartości związane z trwałością Państwa, jako pewnej organizacji (...)”.

W tym stanie rzeczy, wskazać należy, że *lekceważenie* jest niejako mniej dolegliwą w swych skutkach formą *znieważania*. Taka argumentacja jest zasadna i racjonalna z punktu widzenia istoty czynu przepoławionego. Podkreślić także wypada, że z uwagi na okoliczność, że zarówno art. 49 § 1 k.w., jak i art. 133 k.k., 226 § 3 k.k. i 135 § 2 k.k. odwołują się w swych dyspozycjach do terminów ocennych, a także zważywszy na wskazywane w doktrynie i orzecznictwie podobieństwa w zawartości treściowej terminów *lekceważenie* i *znieważanie*, trudności w praktyce stosowania w/w przepisów sprawiać może ich subsumcja, której prawidłowość ma zasadnicze znaczenie w stosowaniu przepisów penalnych. W moim przekonaniu, na gruncie poszczególnych stanów faktycznych zacierać się może nie tylko granica pomiędzy przestępstwem a wykroczeniem, ale także pomiędzy czynami zabronionymi spenalizowanymi w art. 49 § 1 Kodeksu wykroczeń - a chronioną zarówno w Konstytucji, jak i w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności - sferą wolności słowa.

II.

Wolność słowa gwarantowana jest zarówno w postanowieniach Konstytucji, jak i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji: *Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.*

W myśl art. 10 Konwencji: ust. 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 przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych.* Ust. 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.*

Wolność słowa była już wielokrotnie przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego jak i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06, (publ. OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 32) stwierdził, że „swoboda 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.”

W orzecznictwie Trybunału oraz w doktrynie zwraca się uwagę, że w art. 54 ust. 1 Konstytucji zawarte są w gruncie rzeczy trzy odrębne wolności jednostki, aczkolwiek

wzajemnie ze sobą powiązane i współzależne, a mianowicie: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji, wolność rozpowszechniania informacji. Jak podkreśla to Trybunał Konstytucyjny, użyte w art. 54 pojęcie "pogląd" należy rozumieć jak najszerzej. Nie tylko jako wyrażanie ocen, w szczególności kontrowersyjnych, ale również informowanie o faktach, także faktach domniemywanych. Jest to zgodne z zasadą rozumienia wyrażeń konstytucyjnych w możliwie najszerszym znaczeniu. Natomiast pojęcia "pozyskiwanie informacji" oraz "rozpowszechnianie informacji" dotyczą nie tylko informacji o faktach, lecz także o cudzych poglądach (wyrok TK z dnia 14 grudnia 2011 r., sygn. SK 42/09, publ. OTK-A z 2011 r. Nr 10 poz. 118 i cytowane tam poglądy doktryny).

W wyroku z dnia 30 października 2006 r. (sygn. P 10/06; publ. OTK - A z 2006 Nr 9 poz. 128) Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że art. 54 ust. 1 Konstytucji „ma najszerzy zakres przedmiotowy, dotyczy wyrażania poglądów w każdej formie i każdych okolicznościach. Podmiotowo dotyczy przede wszystkim wszystkich osób fizycznych, ponieważ należy przyjąć, że w zasadzie tylko ta grupa podmiotów stosunków prawnych może mieć swoje poglądy oraz faktycznie pozyskiwać lub rozpowszechniać informacje. Nie można oczywiście wykluczyć, że wypowiadając się, określona osoba fizyczna lub grupa osób występuje w imieniu i działa na rzecz określonej instytucji (osoby prawnej, jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej), ale należy przyjąć, że czyni to, realizując "swoją" wolność wypowiedzi, a nie jest tylko "ustami" instytucji. Należy tu zwrócić uwagę, że ustawodawca konstytucyjny zaliczył wolność wypowiedzi do wolności i praw osobistych, a więc ściśle związanych z osobą człowieka i obywatela. Ich cechą wspólną jest to, że prawa te i wolności z samej swej istoty z reguły nie mają zastosowania do innych podmiotów stosunków prawnych (por. art. 38, art. 39, art. 40, art. 41, art. 42, art. 47, art. 48, art. 52, art. 55, art. 56 Konstytucji), choć można zauważyć, że wyjątkowo rozszerza się zastosowanie niektórych aspektów takich wolności i praw (art. 45 ust. 1, art. 50 zd. 2, art. 51 ust. 1, 3 i 4 Konstytucji) na niektóre kategorie podmiotów niebędących osobami fizycznymi."

W wyrokach z dnia 12 maja 2008 r. (sygn. SK 43/05, publ. OTK-A 2008/4/57) oraz z dnia 14 grudnia 2011 r. (sygn. SK 42/09; publ. OTK-A 2011/10/118) Trybunał Konstytucyjny zaakcentował szczególnie znaczenie art. 54 ust. 1 Konstytucji dla samorealizacji jednostki w państwie demokratycznym. Znaczenie art. 54 ust. 1 Konstytucji polega zdaniem Trybunału „na zabezpieczeniu możliwości prawidłowego rozwoju jednostki w demokratycznym państwie prawa. Treść tego przepisu obejmuje wszelkie płaszczyzny aktywności, w których dana osoba postanowiła wyrazić swój pogląd. Wolność słowa nie może być bowiem podporządkowana wyłącznie uczestnictwu w jednym z możliwych w społeczeństwie dyskursów (np. politycznemu). Za powyższym przemawia, wynikająca z poszanowania przyrodzonej godności (art. 30 Konstytucji), najszersza ochrona autonomii jednostki, stwarzająca możliwość pełnego rozwoju osobowości w otaczającym ją środowisku kulturowym, cywilizacyjnym (...) W doktrynie (filozofia, nauki prawne) poszukuje się uzasadnienia dla szczególnej i silniejszej, niż w przypadku innych wolności i praw, ochrony wolności słowa.” Jak natomiast Trybunał Konstytucyjny podkreślił w wyroku z dnia 12 maja 2008 r. (sygn. SK 43/05, publ. OTK-A z 2008 r. Nr 4, poz. 57) wśród podstawowych rodzajów argumentacji wysuwanych na gruncie filozofii, jak i w nauce prawa w obronie wolności słowa wyodrębnić należy przede wszystkim takie, które odwołują się do roli tej wolności: a) w poszukiwaniu prawdy - niedopuszczanie do krytyki przyjmowanych w społeczeństwie opinii powoduje, że opinie te są aprobowane bez głębszego zrozumienia, zaś przyjmowane doktryny zamieniają się w martwe dogmaty tamujące rozwój myśli; tłumienie wolności słowa jest więc złem, bo pozbawia człowieka sposobności dojścia do prawdy; b) w funkcjonowaniu demokratycznego państwa - 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

rzządzającymi; c) w promocji tolerancji - życie w społeczeństwie, w którym chroniona jest wolność słowa, uczy tolerancji dla różnych opinii oraz zachowań odmiennych od naszych własnych, co jest niezbędne dla normalnego funkcjonowania społeczeństwa pluralistycznego; d) jako integralnej części pewnych wartości uznawanych za fundamentalne - wolność słowa stanowi m.in. nieodzowny warunek samorealizacji jednostki; osiągnięcie przez człowieka szczęścia jest determinowane pełnym rozwinięciem sił jego umysłu, do czego niezbędne jest właśnie komunikowanie się; dostarczanie obywatelom informacji oraz opinii umożliwia im kształtowanie własnych przekonań (zob. A. Wiśniewski, *Znaczenie wolności słowa w państwie demokratycznym*, "Gdańskie Studia Prawnicze", t. 7 z 2000 r., s. 645-658, podobnie: A. Sajó, *Freedom of Expression*, Warszawa 2004, s. 17-25, szeroko na temat "funkcji mediów masowych w systemie demokratycznym" także: A. Jaskiernia, *Media masowe w demokratycznych procesach wyborczych. Standardy europejskie i uwarunkowania ich realizacji*, Warszawa 2008, s. 42-105)."

Szczególne znaczenie wolności słowa dostrzega w swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: Trybunał w Strasburgu).

W pierwszej kolejności wskazać należy za Markiem Antonim Nowickim, że tekst art. 10 Konwencji w języku polskim opublikowany w Dzienniku Ustaw mówi o "prawie do wolności wyrażania opinii", chodzi jednak o prawo do swobody wypowiedzi, którego zakres jest znacznie szerszy (Nowicki M. A., *Komentarz do art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, publ. LEX 2010; por również Kamiński I. C., *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Kraków 2006, s.18; Gardocki L., *Europejskie standardy wolności wypowiedzi a polskie prawo karne*, PiP 1993, z. 3, s. 11).

Trybunał w Strasburgu już w wyroku z 7 grudnia 1976 r. w sprawie Handyside v. Wielkiej Brytanii (skarga nr 5493/72) sformułował doniosły pogląd, że swoboda wypowiedzi stanowi jeden z filarów społeczeństwa demokratycznego, który jest warunkiem jego rozwoju i

możliwości samorealizacji jednostki. Swoboda wypowiedzi nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne, lecz odnosi się w równym stopniu do takich, które obrażają lub wprowadzają niepokój. Takie są wymagania pluralizmu i tolerancji, bez których nie ma demokratycznego społeczeństwa. Powyższy pogląd znalazł potwierdzenie w późniejszej linii orzeczniczej Trybunału w Strasburgu (por. orzeczenia Trybunału w Strasburgu: z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 8815/82 *Lingens v. Austrii*; z dnia 23 kwietnia 1992 r., skarga nr 11798/85 *Castells v. Hiszpanii*; z dnia 1 lipca 1997 r., skarga nr 20834/92 *Oberschlick v. Austrii*; czy z dnia 25 listopada 1999r., skarga nr 23118/93 *Nilsen i Johnsen v. Norwegii*).

Swoboda wypowiedzi w myśl utrwalonego poglądu Trybunału w Strasburgu obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych oraz bez względu na granice państwowe. Co istotne, prawo do wolności słowa na gruncie Konwencji przysługuje każdej osobie, niezależnie od tego, czy jest osobą fizyczną czy prawną, stowarzyszeniem, a nawet firmą działającą dla zysku, niezależnie od charakteru realizowanego w danym wypadku celu, a także przysługuje każdej osobie niezależnie od tego, czy jest ona obywatelem danego kraju, czy cudzoziemcem. Ochrona na podstawie art. 10 Konwencji rozciąga się między innymi na etatowych dziennikarzy i innych pracowników mediów. Ochrona wynikająca z art. 10 Konwencji rozciąga się na wszystkie rodzaje wypowiedzi wyrażające opinie, idee lub informacje niezależnie od ich treści oraz sposobu komunikowania się, w szczególności o charakterze politycznym lub dotyczące spraw publicznej troski. Obejmuje również wypowiedzi artystyczne, informacje o charakterze handlowym, muzykę rozrywkową i reklamy nadawane za pomocą sieci kablowej, a także treści publikowane i archiwizowane w Internecie, jako medium odgrywającym ważną rolę w rozszerzaniu dostępu społeczeństwa do nowych wiadomości, jak również generalnie w ułatwianiu rozpowszechniania informacji. Ochroną objęte są również symbole umieszczone na ubraniach, a także wypowiedzi przybierające postać konkretnego zachowania. Artykuł 10

chroni nie tylko treść idei i informacji, ale również formę, w jakiej są przekazywane, zwłaszcza, ale nie tylko, gdy dotyczy to prasy (por. Nowicki M. A., *Komentarz do art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, publ. LEX 2010 i cytowane tam orzecznictwo Trybunału w Strasburgu).

Trybunał w Strasburgu w swym orzecznictwie określił wiele zasad, które kształtują zakres wolności słowa. Tytułem przykładu wskazać wypada, iż w myśl Trybunału w Strasburgu dyskusja o charakterze politycznym odgrywa szczególną rolę w życiu społecznym, stąd też politycy muszą w znacznie większym stopniu znosić krytykę, niż osoby prywatne. W odróżnieniu od tych ostatnich, politycy muszą być przygotowani i świadomi tego, że ich słowa i działania podlegają szczegółowej analizie przez dziennikarzy i społeczeństwo, a w konsekwencji muszą okazywać większą tolerancję (por. cyt. wyżej wyrok z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 8815/82 *Lingens v. Austrii*; wyrok z dnia 9 stycznia 2007 r., skarga nr 51744/99 *Kwiecień v. Polsce*).

Szczególnie szeroką ochronę Trybunał w Strasburgu przyznaje wypowiedziom w trakcie kampanii wyborczej. Jak podkreśla to bowiem Trybunał w Strasburgu, wolne wybory oraz wolność wypowiedzi, w szczególności wolność prowadzenia debaty politycznej, tworzą łącznie fundament każdego systemu demokratycznego. Te dwa prawa są ze sobą ściśle powiązane, a współistniejąc przyczyniają się do wzajemnego wzmocnienia. Z tych względów szczególnie istotne jest, by w okresie poprzedzającym wybory, informacje i opinie wszelkiego rodzaju mogły być swobodnie rozpowszechniane (wyrok z 9 stycznia 2007 r., skarga nr 51744/99 *Kwiecień v. Polsce*).

Trybunał w Strasburgu konsekwentnie podkreśla, że granice dopuszczalnej krytyki są szersze w stosunku do osób publicznych, które świadomie i w sposób nieunikniony wystawiają się na ostrą kontrolę i reakcję na każde wypowiedziane słowo, dlatego muszą w szczególności przejawiać wysoki poziom tolerancji (por. wyrok Trybunału w Strasburgu z dnia 24 lutego

2009 r., skarga nr 23806/03 Długołęcki v. Polsce; por. wyrok z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 8815/82 Lingens v. Austrii).

W kontekście art. 10 Konwencji Trybunał w Strasburgu w sposób szczególny akcentuje wolność mediów, w tym prasy. Jak podkreślał to wielokrotnie Trybunał w Strasburgu, nie można zapominać wybitnej roli, jaką odgrywa prasa w państwie prawa. Wolność prasy gwarantuje opinii publicznej jeden z najlepszych środków poznawania i kształtowania opinii o poglądach i podejściu ich politycznych liderów (por. np. wyrok z dnia 23 kwietnia 1992 r., skarga nr 11798/85 Castells v. Hiszpanii). Wolność dziennikarska obejmuje także możliwe uciekanie się w pewnym stopniu do przesady lub prowokacji (por. np. wyrok z dnia 1 lipca 1997 r., skarga nr 20834/92 Oberschlick v. Austrii).

Znaczenie wolności słowa akcentowane jest również w doktrynie. Jak wskazuje to przykładowo I. C. Kamiński „bez wolności wypowiedzi demokracja nie może istnieć i prawidłowo funkcjonować. By korzystać z wielu klasycznych swobód, np. prawa do stowarzyszania się, ludzie muszą mieć przede wszystkim możliwość wypowiedzenia swych przekonań wobec innych osób. Wolność słowa umożliwia także społeczeństwu uzyskiwanie informacji o działaniach władzy, co pozwala na jej kontrolowanie” (I. C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Kraków 2006), czy jak zauważa to L. Garlicki, wolność słowa jest jednym z najistotniejszych praw człowieka, zwłaszcza w wymiarze kolektywnym (politycznym), niekiedy określana mianem „super-prawa” (L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Tom I, Komentarz do art. 1-18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 585-586).

Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej zarówno Trybunału Konstytucyjnego, jak i Trybunału w Strasburgu, wolność słowa nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom.

Trybunał Konstytucyjny podkreśla w swym orzecznictwie, że pomimo braku wzmianki o art. 31 ust. 3 Konstytucji w art. 54 ust. 1 Konstytucji, nie może to być jednak rozumiane w

ten sposób, że wolność słowa i będąca jej przejawem wolność środków społecznego przekazu ma charakter absolutny i nie podlega ograniczeniom. Art. 31 ust. 3 Konstytucji ma charakter zasady ogólnej, stosowanej nie tylko wtedy, gdy przepis będący podstawą wolności lub prawa wyraźnie przewiduje dopuszczalność ich ograniczenia, ewentualnie także poszczególne jej przesłanki (np. art. 64 ust. 3 Konstytucji), ale także wtedy, gdy przepis będący podstawą wolności lub prawa nie wspomina o możliwości wprowadzenia ograniczeń. Art. 31 ust. 3 jest zatem koniecznym dopełnieniem norm wyrażonych w art. 54 ust. 1 Konstytucji (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 grudnia 2011 r., sygn. SK 42/09).

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego zawarta w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności wymaga po pierwsze, aby ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw wprowadzane były w formie ustawy, co wyklucza wprowadzanie ich w aktach niższej rangi. Po drugie zaś zasada ta w aspekcie materialnym dopuszcza ustanawianie tylko takich ograniczeń, które nie naruszają istoty danej wolności lub prawa podmiotowego i tylko wtedy, gdy istnieje konieczność ich wprowadzenia w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Co istotne, zakres wprowadzanych ograniczeń powinien być proporcjonalny, tzn. konieczny dla realizacji określonego celu. W związku z tym wprowadza się trzy kryteria: przydatności, konieczności i proporcjonalności przyjmowanych ograniczeń. Ingerencja taka jest zatem dopuszczalna, jeżeli jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, a jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zob. m.in. wyrok TK z dnia 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07, publ. LEX, wyrok TK z dnia 29 września 2008 r., sygn. akt SK 52/05, publ. OTK-A z 2008 r. Nr 7, poz. 125). Z naruszeniem kryterium konieczności zastosowania ograniczenia mamy zatem do czynienia, gdy osiągnięcie danego celu było możliwe poprzez zastosowanie innego środka, nakładającego mniejsze ograniczenia

na prawa i wolności jednostki, tymczasem sięgnięto po środek bardziej uciążliwy (por. m.in. wyrok TK z dnia 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07, publ. LEX; wyrok TK z dnia 29 września 2008 r., sygn. akt SK 52/05, publ. OTK-A z 2008 r. Nr 7, poz. 125 i cytowane tam orzeczenia TK oraz stanowiska doktryny).

Nie mają również charakteru absolutnego prawa gwarantowane w art. 10 ust. 1 Konwencji, albowiem zgodnie z art. 10 ust. 2 Konwencji 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.

Zgodnie z utrwalonym poglądem Trybunału w Strasburgu ograniczenie wolności słowa musi być po pierwsze przewidziane przez prawo krajowe, a ponadto musi przejść test proporcjonalności, na który składa się kilka nierozłącznych elementów. W szczególności ingerencja musi służyć ochronie wartości, o których mowa w artykule 10 ust. 2 Konwencji, a ponadto musi być konieczna w społeczeństwie demokratycznym. Wolność słowa podlega, zdaniem Trybunału w Strasburgu, wyjątkom określonym w art. 10 Konwencji, jednakże wyjątki te muszą być rozumiane ściśle, a potrzeba jakichkolwiek ograniczeń musi być ustalona przekonująco. Jak wynika z orzecznictwa strasburskiego test "niezbędności w demokratycznym społeczeństwie" wymaga, by Trybunał określił, czy ingerencja, która jest przedmiotem skargi, odpowiadała "istniejącej potrzebie społecznej". Oceniając czy "potrzeba" ta istnieje, ustawodawcy krajowemu pozostawiony jest pewien margines swobody. Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona, ale towarzyszy jej europejski nadzór Trybunału, obejmujący zarówno legislację jak i decyzje podejmowane w celu stosowania prawa, a nawet orzeczenia

wydawane przez niezawisły sąd. W zakresie tego nadzoru Trybunał jest umocowany do ostatecznego rozstrzygnięcia co do tego, czy ograniczenie jest do pogodzenia ze swobodą wypowiedzi chronioną przez art. 10 Konwencji. Oceniając ingerencję władz krajowych w wolność słowa Trybunał musi ponadto określić, czy powody podawane przez władze krajowe w celu uzasadnienia ingerencji były "właściwe i wystarczające" a także czy podjęte środki były proporcjonalne do realizowanego uzasadnionego celu. Trybunał musi ustalić czy władze krajowe znalazły prawidłową równowagę między ochroną swobody wypowiedzi chronioną w art. 10 Konwencji z jednej strony a ochroną dobrego imienia tych, przeciwko którym wysuwane są zarzuty, czyli prawa będącego elementem życia prywatnego i chronionego przez art. 8 Konwencji z drugiej (wyrok Trybunału w Strasburgu z dnia 6 kwietnia 2006 r., skarga nr 43797/98 Malisiewicz - Gašior v. Polsce; por. wyroki Trybunału w Strasburgu: z dnia 17 grudnia 2004 r., nr skargi 33348/96 Cumpana i Mazare v. Rumunii; z dnia 24 lutego 2009 r., skarga nr 23806/03 Długołęcki v. Polsce; z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 8815/82 Lingens v. Austrii; z dnia 23 kwietnia 1992 r., skarga nr 11798/85 Castells v. Hiszpanii; z dnia 1 lipca 1997 r., skarga nr 20834/92 Oberschlick v. Austrii; czy z dnia 25 listopada 1999r., skarga nr 23118/93 Nilsen i Johnsen v. Norwegii).

Co również istotne, Trybunał w Strasburgu utrwalił w swym orzecznictwie pogląd, że rodzaj i dolegliwość wymierzonej kary są czynnikami, które są brane pod uwagę przy ocenie proporcjonalności ingerencji (por. wyroki Trybunału w Strasburgu: z dnia 16 lipca 2002 r., skarga nr 26976/95 Siirek v. Turcji; z dnia 29 czerwca 2004 r., skarga nr 64915/01 Chauvy i inni v. Francji).

III.

Egzemplifikacją ingerencji władzy krajowej w konstytucyjnie i konwencyjnie chronioną wolność słowa jest penalizacja w art. 49 § 1 k.w. czynu polegającego na demonstracyjnym

okazywaniu w miejscu publicznym lekceważenia Narodowi Polskiemu, Rzeczypospolitej Polskiej lub jej konstytucyjnym organom.

Powołując się na standardy wolności słowa wypracowane zarówno na gruncie Konstytucji, jak i Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności wątpliwości moje budzi, czy ograniczenie wolności słowa dokonane w art. 49 § 1 k.w. spełnia test proporcjonalności.

Jak zostało to już bowiem podkreślone powyżej, Trybunał w Strasburgu wielokrotnie w swoim orzecznictwie dawał wyraz zasadzie, że granice dopuszczalnej krytyki są odpowiednio szersze w odniesieniu do polityków, niż wobec osób prywatnych. Politycy w przeciwieństwie do osób prywatnych nieuchronnie i dobrowolnie poddają każde słowo i czyn ścisłej kontroli dokonywanej zarówno przez dziennikarzy, jak i przez opinię publiczną i dlatego zdaniem Trybunału muszą konsekwentnie wykazywać wyższy stopień tolerancji. Ich prawo do ochrony reputacji musi być balansowane z potrzebą istnienia otwartej debaty w kwestiach politycznych (por. wyrok Trybunału w Strasburgu z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 8815/82 *Lingens v. Austrii*). Co istotne, Trybunał w Strasburgu przyjmuje szerokie pojęcie „polityka” i zalicza do niego prezydenta państwa, parlamentarzystów, członków rządu i władz lokalnych, czy działaczy politycznych i związków zawodowych. Krytyka taka może dotyczyć nie tylko poglądów czy działań danej osoby, ale rozciąga się również na pewne aspekty życia prywatnego osób publicznych, a zwłaszcza polityków, albowiem mogą mieć znaczenie dla decyzji podejmowanych przez wyborców (Garlicki L., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Tom I, Komentarz do art. 1-18*, (red.) Garlicki L., Warszawa 2010, s. 640-641 i cytowane tam orzeczenia Trybunału w Strasburgu).

Co również istotne z punktu widzenia problematyki niniejszego wniosku, Trybunał w Strasburgu utrwalił pogląd, że wolność wyrażania poglądów obejmuje sytuacje, w których czyjeś zachowania mogą ranić uczucia innych osób. „Gdyby wolność ta uzależniona była od czyjegoś sprzeciwu, to systemu prawnego wprowadzającego ograniczenia praw jednostki po

to, by zadowolić - jak to określił ETPCz - *nakazy publicznych uczuć* - nie można nazwać demokratycznym" (Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 332 i cytowane tam orzeczenia Trybunału w Strasburgu).

Trybunał w Strasburgu wielokrotnie podkreślał, że ochronie podlegają nie tylko poglądy i informacje odbierane jako przychylne, nieszkodliwe lub neutralne, lecz także te, które obrażają, oburzają lub budzą niepokój państwa bądź jakiegokolwiek grupy społeczeństwa. Takie są bowiem wymagania pluralizmu, tolerancji i otwartości, bez których nie istnieje demokratyczne społeczeństwo (por. wyroki ETPCz z dnia 7 grudnia 1976, skarga nr 5493/72 *Handyside v. Wielkiej Brytanii*; z dnia 14 marca 2002 r., skarga nr 26229/95 *Gawęda v. Polska*; por. również Garlicki L., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Tom I, Komentarz do art. 1-18*, (red.) Garlicki L., Warszawa 2010, s. 632 i cytowane tam orzeczenia Trybunału w Strasburgu).

Podobne poglądy prezentują również polskie sądy. Tytułem przykładu wskazać wypada, że Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 marca 2003 r. (sygn. akt: IV CKN 1901/00; publ. LEX nr 81295) orzekł, że „Konstytucja w art. 54 ust. 1 rzeczywiście zapewnia wolność wyrażania swoich poglądów, tym samym zaś przyznaje prawo do krytyki także osób sprawujących funkcje urzędowe. Rację ma pozwany, gdy podkreśla, że krytyka taka może być ostra, a nawet obrażająca w odczuciu krytykowanego, jeżeli jest ona rzeczowa i podjęta w celu ochrony społecznie uzasadnionego interesu. Granicą takiej krytyki musi jednak zawsze być, także chronione przez Konstytucję, inne ważne dobro. Zgodnie z art. 47 Konstytucji każdy ma bowiem prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia. Z porównania tych dwu przepisów Konstytucji, chroniących ważne dla funkcjonowania demokratycznego społeczeństwa wartości, wynika wyraźnie, że krytyka może być nawet bardzo ostra, nie może ona jednak prowadzić do naruszenia dobrego imienia lub czci krytykowanego. Jeszcze wyraźniej tę samą myśl wyraża art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Stanowi on, co podkreśla skarżący, że każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii". Podobnie do omawianej problematyki odniósł się w wyroku z

dnia 17 kwietnia 2007 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie (sygn. akt: I ACa 1149/06; publ. OSA 2009/4/60-71), który podniósł, że „Ochrona wolności wypowiedzi, zagwarantowana w art. 54 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności nie zależy od formy jej wyrażenia i dlatego prawo chroni nie tylko opinie (oceny) wyważone i rozsądne, ale również przesadzone, drażniące, a nawet odpychające. Pogląd może być ostrzejszy, jeżeli ocena dotyczy ważnej kwestii społecznej. Pod tym pojęciem należy rozumieć sprawy o istotnym znaczeniu dla społeczeństwa. Ocena nawet przesadzona, ale oparta na faktach prawdziwych, która nie zawiera treści znieważających nie powinna być uznana za naruszenie czci. Udzielanie prawnej ochrony przed każdą ostrą czy ironiczną wypowiedzią łączyłoby się bowiem z niebezpieczeństwem ograniczenia wolności wyrażania poglądów i opinii. Stanowiłoby swoisty przejaw uzurpowania sobie przez państwo kompetencji do definiowania, które opinie są pożądane i cenne”.

Podkreślić następnie należy, że w wyjątkowych sytuacjach Trybunał w Strasburgu dopuszcza możliwość wprowadzenia restrykcji. Oczywista jest bowiem kompetencja państwa do zakazywania wypowiedzi wspierających bądź propagujących terroryzm (por. wyrok ETPCz z dnia 28 września 1999 r. w sprawie *Óztiirk v. Turcji*), czy w sytuacjach, kiedy słowa nawołują do nienawiści i przemocy (por. wyrok ETPCz z dnia 17 grudnia 2004 r., skarga nr 33348/96 *Cumpana i Mazare v. Rumunii*; por. również Garlicki L., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Tom 1, Komentarz do art. 1-18*, (red.) Garlicki L., Warszawa 2010, s. 632 i cytowane tam orzeczenia Trybunału w Strasburgu). Ograniczenia wolności słowa w w/w sytuacjach spełniają bowiem test proporcjonalności na gruncie Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Są bowiem konieczne w celu zapewnienia bezpieczeństwa w państwie.

Powołując się na w/w standardy strasburskie, nie sposób natomiast, w moim przekonaniu, uzasadnić ograniczenia wolności słowa dokonanej w art. 49 § 1 k.w. Ograniczenie to nie jawi się bowiem jako konieczne dla zapewnienia bezpieczeństwa państwa.

Zachowania „lekceważące” (w tym czynem, gestem, słowem), czyli mniej dolegliwe w skutkach, niż zachowania znieważające, mieścić się powinny bowiem w tzw. „dozwolonej krytyce”, nawet jeśli zachowania te „obrażałyby, oburzały lub budziły niepokój państwa bądź jakiegokolwiek grupy społeczeństwa.” W szczególności karanie „bagatelizowania” nawet istotnych dla społeczeństwa symboli nie odpowiada dzisiejszym standardom wolności słowa.

Zachowania znieważające, czyli będące w swym wyrazie o wiele dolegliwsze w swych skutkach, „ostrzejsze”, niż zachowania „lekceważące” spenalizowane zostały natomiast na gruncie Kodeksu karnego - por. powoływane już w niniejszym wniosku art. 133 k.k., art. 226 § 3 k.k. i art. 135 § 2 k.k. Mowa nienawiści stanowi zaś przestępstwo z art. 256 i 257 Kodeksu karnego.

W tym miejscu wskazać należy, że istotne tezy z punktu widzenia poruszonej w niniejszym wniosku problematyki, zawarł Trybunał w Strasburgu w wyroku z dnia 15 marca 2011 r. w sprawie *Otegi Mondragon v. Hiszpanii* (skarga nr 2034/07). Wyrok ten został wydany w związku ze skargą polityka baskijskiej partii separatystycznej (Otegi Mondragona) - który określił króla Hiszpanii - biorącego udział w publicznej uroczystości - jako „zwierzchnika sił zbrojnych, a mówiąc innymi słowami jako osobę dowodzącą torturami, która broni stosowania tortur i utrzymuje swoją monarchistyczną władzę przy pomocy tortur i przemocy.” Otegi Mondragon został skazany na karę pozbawienia wolności za poważną zniewagę Króla Hiszpanii. Trybunał w Strasburgu w omawianej sprawie stwierdził, że doszło do naruszenia art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. W uzasadnieniu w/w wyroku Trybunał w Strasburgu uznał w szczególności, że skarżący wypowiadając się w charakterze posła oraz rzecznika prasowego frakcji parlamentarnej (a zatem jego wypowiedź miała charakter wypowiedzi politycznej) wprawdzie użył języka prowokacyjnego, ale został on użyty w ramach debaty publicznej i o charakterze politycznym. Trybunał w Strasburgu podkreślił, że w tym kontekście dozwolone jest odwoływanie się do przesady, a nawet prowokacji, o ile nie przekracza się pewnych granic, zwłaszcza w stosunku do dobrego imienia i praw innych osób. Pomimo, iż niektóre określenia skarżącego przedstawiały negatywny obraz króla to jednak, zdaniem Trybunału, nie stanowiło to

podżegania do przemocy lub mowy nienawiści. Wypowiedzi skarżącego nie były nieuzasadnionym atakiem na króla, nie dotyczyły również jego honoru czy życia prywatnego, były użyte w kontekście odpowiedzialności instytucjonalnej króla jako instytucji i zwierzchnika sił zbrojnych, które w ocenie skarżącego dopuszczały się tortur wobec redaktorów gazety. Wszystkie powyższe okoliczności, w przekonaniu Trybunału w Strasburgu, stanowiły o naruszeniu przez władze krajowe art. 10 Konwencji.

Podkreślić w tym miejscu należy, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 6 lipca 2011 r. (sygn. akt P 12/09, publ. Z.U. 2011 / 6A / 51) uznał wprawdzie, że art. 135 § 2 k.k. jest zgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, jednakże niektóre tezy podniesione w uzasadnieniu w/w wyroku, a także w dwóch zdaniach odrębnych złożonych do tego wyroku, mimo, iż dotyczą czynu polegającego na publicznym znieważeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej - mają w moim przekonaniu, istotne znaczenie dla problematyki podnoszonej w niniejszym wniosku. Trybunał Konstytucyjny w powołanym wyroku wskazał w szczególności, że publiczna zniewaga Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej bez wątpienia zakłóca ład i spokój, składające się na konstytucyjną przesłankę porządku publicznego wymienioną w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, a odpowiednio duże nagromadzenie zachowań wypełniających znamiona czynu określonego w art. 135 § 2 k.k. może w skrajnych przypadkach stanowić również zagrożenie bezpieczeństwa państwa. Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „przesłanka bezpieczeństwa państwa oznacza <stan, w którym brak jest zagrożeń dla bezpieczeństwa państwa jako całości oraz dla jego demokratycznego rozwoju> (K. Wojtyczek, Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP, Kraków 1999, s. 184). Przy czym ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw ze względu na to uwarunkowanie mogą znajdować uzasadnienie nie tylko w zagrożeniach zewnętrznych (wynikających z agresywnych działań lub zamierzeń innych państw), ale także w zagrożeniach wewnętrznych, pod warunkiem że osiągną one taki rozmiar, że dotkną podstaw bytu państwa, integralności jego terytorium, losu jego mieszkańców lub istoty systemu

rządów (zob. L. Garlicki, Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego), „Państwo i Prawo” z. 10/2001, s. 14). Natomiast zagrożenia o mniejszej wadze należy odnosić do przesłanki porządku publicznego (zob. *ibidem*), rozumianej jako <postulat takiego ukształtowania stanu faktycznego wewnątrz państwa, który umożliwi normalne współżycie jednostek w organizacji państwowej> (wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 2). Jest to w szczególności konsekwencją braku zagrożeń dla funkcjonowania instytucji ustrojowych państwa (por. wyrok TK z 10 kwietnia 2002 r., sygn. K 26/00, OTK ZU nr 2/A/2002, poz. 18)”. Ponadto Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że „celem wyodrębnienia przestępstwa publicznego znieważenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej jest ochrona godności osobistej i autorytetu tego organu (por. sygn. P 3/06), a w konsekwencji - ochrona państwa polskiego, którego Prezydent Rzeczypospolitej jest uosobieniem. Na szczególne podkreślenie zasługuje dodatkowo to, iż poczucie własnej godności i posiadanie autorytetu jest jednym z niezbędnych warunków efektywnego wykonywania funkcji konstytucyjnie przypisanych głowie państwa. Przy czym w zasadzie wszystkie te funkcje wiążą się z realizacją wartości składających się na szersze pojęcie bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego (...)”. W zdaniu odrębnym do uzasadnienia cytowanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego, sędzia Trybunału Konstytucyjnego Stanisław Biernat zgodził się z Trybunałem, że uzasadnieniem dla ograniczenia wolności wyrażania poglądów (art. 54 ust. 1 Konstytucji) w razie zniewagi Prezydenta jest - spośród wartości wyszczególnionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji - porządek publiczny, jednakże sędzia ten wyraził natomiast wątpliwości co do trafności szerokich rozważań dotyczących bezpieczeństwa państwa i roli Prezydenta w tej dziedzinie - w kontekście uzasadnienia konstytucyjności art. 135 § 2 k.k. Zdaniem sędziego Stanisława Biernata „nie został wykazany związek między, godnym potępienia, znieważaniem Prezydenta a funkcjami Prezydenta stania na straży suwerenności, a także nienaruszalności i niepodzielności terytorium. Przenoszenie tu wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, np. z postanowienia TK z 20 maja 2009 r., sygn. Kpt 2/08 (OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 78), i wypowiedzi doktryny sformułowanych w innych kontekstach,

wydaje się nietrafne." Ponadto sędzia Stanisław Biernat - mimo zastrzeżeń do argumentacji - zgodził się z konkluzją Trybunału Konstytucyjnego o zgodności art. 135 § 2 k.k. z art. 10 Konwencji. Jednakże uzasadnieniem w/w tezy, jest jego zdaniem „ustabilizowana, łagodna reakcja organów wymiaru sprawiedliwości na rzekome lub rzeczywiste przypadki znieważania Prezydenta. Sytuacja mogłaby jednak ulec zmianie w razie zmiany polityki karania i wymierzania przez sądy kar pozbawienia wolności za przestępstwa z art. 135 § 2 k.k. Wówczas można by się spodziewać wydawania przez ETPC orzeczeń o naruszeniu Konwencji przez Polskę". Z kolei w zdaniu odrębnym do uzasadnienia cyt. wyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego, sędzia Trybunału Konstytucyjnego Piotr Tuleja, powołując się między innymi na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 października 2006 r. (sygn. P 3/06; OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 121) - w którym Trybunał podniósł, że „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"- podkreślił, że „ze względu na charakter prawa karnego, jako ultima ratio w ograniczaniu wolności wypowiedzi prawodawca, stosując test proporcjonalności, powinien szczególną uwagę zwrócić na zasadę przydatności i zasadę najłagodniejszego środka. Zasady te stanowią podstawę dla ustalenia na ile dopuszczalne jest ograniczenie wolności wypowiedzi za pomocą prawa karnego ze względu na ochronę Prezydenta". Sędzia Tuleja opowiedział się przeciwko „sakralizacji pozycji ustrojowej Prezydenta" i uznaniu, że ma on szczególnie uprzywilejowaną pozycję w debacie publicznej również wtedy, gdy przedmiotem debaty jest działalność Prezydenta, jako polityka. Nadmierny stopień prawnokarnej ochrony Prezydenta może bowiem prowadzić, zdaniem sędziego, do naruszenia wolności wypowiedzi oraz prawidłowego funkcjonowania organu państwa, a przez to zasady dobra wspólnego. Sędzia Tuleja zgodził się z Trybunałem Konstytucyjnym, że w państwie demokratycznym, będącym dobrem wspólnym wszystkich obywateli, debata ta może toczyć się w sposób cywilizowany i kulturalny, bez jakiegokolwiek szkody dla praw i wolności człowieka i

obywatela oraz prawidłowości funkcjonowania instytucji publicznych, jednakże, zdaniem sędziego, postulat ten nie uzasadnia zakresu penalizacji, albowiem prawo karne tylko w niewielkim stopniu stanowi przydatny instrument dla zagwarantowania cywilizowanego i kulturalnego poziomu debaty. Penalizacja powinna zatem, zdaniem sędziego, obejmować jedynie sytuacje, w których uczestnicy tej debaty w sposób skrajny i nieuzasadniony żadnymi celami debaty publicznej naruszają konstytucyjnie chronione wartości. „Szerszy zakres penalizacji sprawia, że staje się ona nieadekwatnym instrumentem dla gwarantowania kulturalnego i cywilizowanego charakteru jej prowadzenia. Co ważniejsze zakres taki stwarza niebezpieczeństwo, że istotne z punktu widzenia debaty publicznej kwestie nie będą podnoszone albo będą podnoszone tylko w sposób akceptowany przez organy państwa”. Oczywiście rozważania te odnoszą się nie tylko do Prezydenta, ale także do innych organów państwowych.

Mając na względzie przedstawione powyżej standardy konstytucyjne i konwencyjne w zakresie wolności słowa, w moim przekonaniu ingerencja ustawodawcy w tą wolność uzasadniona jest jedynie wówczas, gdy jest to konieczne dla zapewnienia porządku publicznego i bezpieczeństwa państwa. Penalizacja powinna obejmować zatem jedynie wyjątkowo poważne zachowania. Do takich zachowań zaś, w moim przekonaniu, nie sposób zaliczyć zachowań „lekceważących”. Trudno bowiem uzasadnić penalizację takich zachowań potrzebą zapewnienia porządku publicznego (naruszonego np. przez „bagatelizowanie”), a tym bardziej bezpieczeństwa państwa. Konieczność ingerencji ustawodawcy w wolność słowa dokonana w art. 49 § 1 k.w., w świetle cytowanych wyżej tez z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Trybunału w Strasburgu i poglądów doktryny, nie może być również uzasadniona ochroną autorytetu organów wskazanych w dyspozycji tego przepisu. Skrajne, wyjątkowo poważne zachowania są natomiast penalizowane w Kodeksie karnym.

W tym stanie rzeczy, w moim przekonaniu, przepis art. 49 § 1 k.w. nie może przejść pozytywnie testu proporcjonalności zarówno na gruncie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, jak i na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji. Interpretacja dopuszczalnych

ograniczeń wolności słowa na gruncie Konstytucji, nie może być bowiem, w moim przekonaniu, dokonywana w oderwaniu od standardów strasburskich. Przyjęcie odmiennego poglądu powodować będzie niepożądaną dychotomię w ochronie wolności słowa na gruncie prawa Rady Europy i w systemie prawa krajowego, a w konsekwencji stanowić może o przegranych Polski w sprawach zawisłych przed Trybunałem w Strasburgu, w których podnoszony będzie zarzut naruszenia art. 10 Konwencji poprzez zastosowanie nieproporcjonalnej ingerencji w swobodę wypowiedzi na gruncie art. 49 § 1 Kodeksu wykroczeń. Narazi również Polskę na zarzuty o niedochowanie międzynarodowych standardów wolności słowa.

Kończąc rozważania w niniejszej sprawie, pragnę podkreślić, że w katalogu sankcji za popełnienie wykroczenie z art. 49 § 1 k.w. - prócz kary grzywny ustawodawca przewidział również karę aresztu tj. karę izolacyjną a przez to wyjątkowo restrykcyjną. Skoro zaś, w świetle utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału w Strasburgu, nakładanie kar izolacyjnych (kar pozbawienia wolności) „za słowo” jest wyłącznie zgodne z wolnością słowa, o ile jest konsekwencją ukarania sprawcy za szerzenie nienawiści i podżeganie do przemocy (por. cytowane wyroki ETPCz w sprawie Cumpăna i Mazare v. Rumunii, czy Otegi Mondragon v. Hiszpanii) to w moim przekonaniu, możliwość orzeczenia kary aresztu za zachowania „lekceważące” - ze względu na jej intensywność i dolegliwość - jest nieproporcjonalna, a przez to niedopuszczalna zarówno na gruncie Konwencji, jak i Konstytucji, jednocześnie zaś nie istnieją żadne przesłanki uzasadniające pozostawienie tej kary w systemie kar przewidzianych za czyn z art. 49 § 1 k.w. Z uwagi jednak, że w moim wniosku kwestionuję zgodność z Konstytucją i Europejską Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności - całego uregulowania z art. 49 § 1 k.w., uwagę powyższą należało uczynić niejako na marginesie.

W tym stanie rzeczy wnoszę jak na wstępie.

