Jan Kulesza¹

**Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 14 października
2019 r. (sygn. akt II KK 381/18)²**

W ocenianej finalnie przez Sąd Najwyższy sprawie artysta Jan Kapela przetworzył słowa hymnu w sposób następujący: „Jeszcze Polska nie zginęła, Kiedy my żyjemy. Nasza bieda już minęła, Migrantów przyjmimy. Marsz, marsz uchodźcy, Z ziemi włoskiej do Polski. Za naszym przewodem łączcie się z narodem. Przejdźcie Wisłę, przejdźcie Wartę, Bądźcie Polakami. Dał nam przykład Bonaparte, Jak obcych kochamy. Marsz, marsz... Jak Czarniecki do Poznania Po szwedzkim zaborze, Dla ojczyzny ratowania przepłynięcie przez morze. Marsz, marsz... Już tam ojciec do swej Basi Mówi zapłakany – Słuchaj dziecko, dzisiaj naszych uchodźców witamy. Marsz, marsz...”. Należy podkreślić, że hymn, którego wykonanie z takimi słowami zostało upublicznione, został odśpiewany „z zachowaniem powagi i spokoju”, zaś wykonawcy „stali w postawie wyrażającej szacunek”, czego wymaga art. 14 ustawy z 31 stycznia 1980 r. o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych³ (dalej – ustawa o symbolach RP). Jan Kapela został jednak za swój czyn skazany wyrokiem Sądu Rejonowego w Wołominie z 12 kwietnia 2017 r.⁴, który podtrzymał w mocy Sąd Okręgowy dla Warszawy-

¹ ORCID ID: 0000-0002-0574-9120, doktor habilitowany, Katedra Prawa Karnego Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Łódzki. E-mail: jkulesza@wpia.uni.lodz.pl.

² <http://www.sn.pl> (1.12.2019).

³ T.j. Dz.U. 2019, poz. 1509 ze zm.

⁴ II W 305/16, <http://www.orzeczenia.ms.gov.pl> (1.12.2019).

-Pragi wyrokiem z 13 lutego 2018 r.⁵, z przyjętą w obu instancjach kwalifikacją z art. 49 § 2 Kodeksu wykroczeń⁶. Głosowanym wyrokiem z 14 października 2019 r. Sąd Najwyższy wyroki te uchylił i obwinionego od zarzucanego mu czynu uniewinnił. O ile z samym rozstrzygnięciem Sądu należy się zgodzić, o tyle nie można podzielić argumentacji, która legła u jego podstaw.

Trafnie zauważa Sąd, że celem normy sankcjonującej, podążając za prawną normą sankcjonowaną wyrażoną przede wszystkim w art. 1 ust 2 ustawy o symbolach RP jest zapewnienie hymnowi czci i szacunku. Mimo to twierdzi jednocześnie Sąd, że „teoretycznie każde naruszenie przepisów wskazanej wyżej ustawy może stać się podstawą odpowiedzialności z art. 49 § 2 k.w [...] dokonanie przetworzenia hymnu RP [...] – *lege non distinguente* – nie jest prawnie dopuszczalne”⁷. Dla uwolnienia obwinionego od odpowiedzialności karnej potrzebuje zatem następnie odwołania do wolności wypowiedzi oraz wykazania braku społecznej szkodliwości jego zachowania. Wydaje się jednak, że te same elementy argumentacyjne można złożyć dużo prościej, osiągając ten sam efekt w sposób bardziej przekonujący.

Słusznie przyjmuje Sąd, że celem prawnych norm sankcjonowanych wyrażonych w ustawie o symbolach RP jest zapewnienie tym symbolom czci i szacunku, a sposób osiągnięcia tego celu został uszczegółowiony w art. 14 i 15 tej ustawy. Nie każde jednak zachowanie, inne, niż naruszające art. 14 i 15 ustawy o symbolach RP będzie oznaczało automatycznie potraktowanie hymnu bez czci i szacunku. Nie każde zatem zachowanie będzie naruszało prawną normę sankcjonowaną, a następnie normę sankcjonującą zawartą w art. 49 § 2 k.w. Art. 1 ust. 2 ustawy o symbolach RP należy traktować jako wyrażający jej *ratio legis* i przezeń filtrować zachowania, które następnie mogłyby zostać potraktowane jak uruchamiające normę sankcjonującą art. 49 § 2 k.w. Również nie każde przetworzenie hymnu będzie zatem mogło zostać potraktowane jako oznaka braku szacunku i czci dla hymnu, jako zachowanie sprzecz-

⁵ VI Ka 720/17, <http://www.orzeczenia.ms.gov.pl> (1.12.2019).

⁶ Ustawa z 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (t.j. Dz.U. 2018, poz. 618 ze zm. – dalej k.w.).

⁷ Pogląd taki prezentują również niektórzy przedstawiciele doktryny, por. M. Budyn-Kulik, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2019, s. 308 oraz T. Bojarski, [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2015, s. 148; *idem*, *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2012, s. 139.

ne z ustawą⁸. Ze sposobu przetworzenia w warstwie słownej lub muzycznej musi wynikać w sposób nie budzący wątpliwości choćby powinność i możliwość przewidzenia (nieumyślność nieświadoma), że konkretna modyfikacja uwłacza szacunkowi i czci, jaką obywatel powinien oddawać hymnowi. W takim ujęciu brak możliwości pociągnięcia obwinionego do odpowiedzialności karnej *sensu largo* wynika z braku naruszenia normy sankcjonowanej, a nie z braku społecznej szkodliwości jego zachowania. Obwiniony w głosowanej sprawie nie naraził chronionego dobra prawnego na zagrożenie, jeśli przefiltrowujemy jego zachowanie przez test „szacunku i czci” dla hymnu, jako rozgraniczającego czyny naruszające ustawę od czynów prawnie irrelevantnych. Nie naruszył też reguł postępowania z dobrem prawnym. To w tym już miejscu pojawia się kwestia granic wolności wypowiedzi, a nie dopiero na etapie badania stopnia społecznej szkodliwości czynu sprawcy (karygodności). Jeśli konstatuje Sąd, że „trudno doprawdy w słowach utworu «Mazurek Kapeleli» doszukiwać się chociażby elementów świadczących o uwłaczaniu czci, czy też braku szacunku dla tego symbolu narodowego”, to przesądza tym samym o braku naruszenia normy sankcjonowanej. Przechodzenie do badania dalszych elementów wykroczenia aż po jego karygodność było po prostu zbędne.

Ustawa o symbolach RP w żaden sposób nie zawiera zakazu przekształcania hymnu, którego istnienia dopatrzyły się orzekające sądy, z Sądem Najwyż-

⁸ Tak również, jak się zdaje, M. Kijowski postulujący uzupełnienie ustawy o symbolach RP o zapis wprowadzający bezprawność wykonywania hymnu w oparciu o tekst literacki lub muzyczny inne, niż w załącznikach do tej ustawy, zob. M. Kijowski, *Polski hymn państwowy jako zagadnienie konstytucyjnoprawne*, „Ius et administratio” 2004, nr 3, s. 136, choć odmienienie na s. 138, gdzie uznaje za podpadające pod kwalifikację z art. 49 § 2 k.w. zachowanie tego, kto deformuje słowa lub muzykę, nie tylko melodię, lecz również rytm, tempo czy metrum. Również M.M. Wiszowaty nie widzi podstaw dla zakazu przekształcania pozostałych symboli RP pisząc, iż „malowanie na fładze napisów i rysunków (popularne wśród kibiców) lub jej nieprawidłowe eksponowanie (odwrócone kolory, podnoszenie po zmroku lub wywieszanie w taki sposób, że flaga dotyka ziemi) nie jest obecnie zakazane” (M.M. Wiszowaty, *Symbolle państwowe III Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 7–8, s. 42). Także Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 24 lutego 2005 r. (I ACa 49/04, LEX nr 195368) uznał względem metalowego wizerunku herbu RP widniejącego w sali obrad Senatu RP, w kolorystyce nieco odbiegającej od tego, co określono w ustawie, że odstępstwa od wzoru i barwy godła wynikające z wizji artysty wykonującego godło czy z użytego do jego wykonania materiału są dopuszczalne, jeśli nie mają one na celu ośmieszenia, szykany lub podważania symboliki orła.

szym włącznie⁹. Nieprzekraczalną granicę przekształcenia stanowi dopiero potraktowanie go bez czci i szacunku (49 § 2 k.w.), aż po jego znieważenie, karalne z art. 137 § 1 k.k.¹⁰. *Ratio legis* ustawy o symbolach RP stanowi ustalenie „szczegółów dotyczących godła, barw i hymnu” oraz zasad posługiwania się nimi, ale brak jest podstaw do wykładni, według której to, co nie jest w ustawie uregulowane, jest w związku z tym przez nią zabronione. Również wykładnia art. 16 ustawy o godle, dotyczącego komercyjnego wykorzystywania symboli RP nie daje podstaw dla konstatacji, zgodnie z którą zakazane jest jakiegokolwiek przekształcanie hymnu. Art. 16 ust. 1 ustawy o symbolach RP ustanawia zakaz umieszczania ich na przedmiotach przeznaczonych do obrotu handlowego. Naruszenie tego zakazu może prowadzić do odpowiedzialności z art. 49 § 2 k.w. Natomiast ust. 2 dozwala na umieszczenie na przedmiotach przeznaczonych do obrotu handlowego godła lub barw Rzeczypospolitej Polskiej, lecz jedynie w formie stylizowanej lub artystycznie przetworzonej. Legalne jest zatem wykorzystywanie godła i barw RP w celach komercyjnych lecz nie wprost, a po ich przetworzeniu. Z przepisów tych nie wynika jednak w żaden sposób zakaz przetwarzania hymnu. Wynika z nich tylko nie doznający wyjątku zakaz umieszczania hymnu na przedmiotach przeznaczonych do obrotu handlowego.

Przepis artykułu 28 Konstytucji RP¹¹, którego rozwinięciem jest ustawa o symbolach RP, odsyła w ust. 5 do tej ustawy w zakresie „szczegółów dotyczących godła, barw i hymnu” oraz w ust. 4 nakazuje, by godło, barwy i hymn „podlegały ochronie prawnej”. Obywatele zobowiązani są zatem do otaczania symboli RP czcią i szacunkiem, a szczegółowe rozwiązania zawarte w art. 14 i 15 ustawy o symbolach RP mają zagwarantować realizację tego obowiązku, pod rygorem odpowiedzialności karnej *sensu largo* z art. 49 § 2 k.w. i art. 137 § 1 k.k. Natomiast zachowania nie ujęte w ustawie pozostają w sferze wolności jednostki i nie tylko nie są zakazane, lecz są w pełni dozwolone. To w tym miejscu, normy sankcjonowanej,

⁹ Stwierdzając, oprócz przytoczonej już frazy, w innym miejscu, że *ratio legis* stanowi ochrona przed „bezprawną deformacją”.

¹⁰ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. 2018, poz. 1600 ze zm. – dalej k.k.).

¹¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm. – dalej Konstytucja).

należy powołać wykładnię art. 30, 31 ust. 1 oraz art. 54 Konstytucji. Uzupełniając słuszne w tym zakresie wywody Sądu należy podkreślić, że wolność wypowiedzi w społeczeństwie demokratycznym stanowi podstawowy warunek jego rozwoju oraz warunek samorealizacji jednostki¹². Swobodna i nieskrępowana debata publiczna znajduje swoje bezpośrednie uzasadnienie w samej istocie systemu demokratycznego, stanowi bowiem jeden z najistotniejszych instrumentów gwarantujących realizację podstawowych atrybutów społeczeństwa demokratycznego – pluralizmu światopoglądowego oraz otwartości i tolerancji na poglądy innych. Również forma wypowiedzi podlega ochronie, zwłaszcza, gdy jej przedmiotem są kwestie budzące silne kontrowersje, a wypowiedź ma charakter polemiczny. Silniejsza ochrona przysługuje wypowiedziom o charakterze politycznym lub innym dotyczącym kwestii o istotnym znaczeniu publicznym, nawet, jeśli wypowiedź przybiera postać oburzającą czy szokującą¹³. Dlatego nie do końca trafnie kończy Sąd swój wywód w tym zakresie podsumowując, że: „jeżeli więc z uwagi na wymagania pluralizmu, tolerancji i otwartości na inne poglądy dopuszczalne jest przekazywanie tych poglądów, czy też głoszenie prezentowanych wartości w sposób nawet prowokacyjny czy też wręcz szokujący, to dopóty, dopóki nie będzie się do wiązało z przemocą lub wzywaniem do jej zastosowania, a także nie będzie miało na celu obrażenia kogokolwiek i będzie dotyczyło istotnych problemów społecznych czy politycznych, dopóty będzie to dopuszczalna forma wyrażania poglądów, mieszcząca się w konstytucyjnym oraz konwencyjnym pojęciu »wolności wypowiedzi«”. Przemoc lub wzywanie do jej zastosowania stanowi już aż mowę nienawiści, przy czym sporne jest, czy mieści się ona w ramach wolności wypowiedzi, czy poza nie wykracza¹⁴. Zaś obrażanie, nawet celowe, jest niekiedy¹⁵ uznawane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka za mieszczące się w granicach wolności wypowiedzi, jeśli

¹² J. Sadowski, [w:] *Konstytucja RP. Tom 1. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1280–1281.

¹³ Ibidem; por. podobnie B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 330–331.

¹⁴ Szerzej J. Sadowski, op.cit., s. 1291.

¹⁵ Należy bowiem mieć na uwadze linię orzecniczą prezentowaną choćby w wyroku Janowski v. Polska z 21 stycznia 1999 r., skarga nr 25716/94.

przywołać choćby podstawowy dla takiej wykładni wyrok Oberschlick v. Austria¹⁶, czy równie barwny Eon v. Francja¹⁷.

Kończąc, należy wskazać jeden jeszcze, tym razem niepokojący wątek, pojawiający się uzasadnieniu głosowanego wyroku. Oto bowiem stwierdza Sąd, że „kwestia pozaustawowego kontratypu, związanego w działalnością artystyczną, znalazła swoje odzwierciedlenie w rozważaniach Sądu Okręgowego w W., a z wyprowadzoną przez ten Sąd konkluzją można się zgodzić (brak celu artystycznego, jako motywu działania obwinionego)”. Przyjmując sądy w głosowanej sprawie za pewnik istnienie pozaustawowego kontratypu działalności artystycznej, podczas gdy kontratyp taki nie istnieje i nie może być przez sądy ani rozważany, ani tym bardziej stosowany. Ewentualną kolizję wartości konstytucyjnych należy rozwiązywać na poziomie normy sankcjonowanej, a nie normy sankcjonującej i bezprawności. Przeważnie zresztą brak karalności w tego rodzaju sprawach (granic wolności artystycznej) wynika z braku realizacji znamion czynu zabronionego, a nie wtórnego wyłączenia bezprawności przez konstrukcję kontratypu. Praktyka wymiaru sprawiedliwości przyznaje jednak sobie dość dowolnie prawo do tworzenia *ad hoc* kontratypów pozaustawowych. Reprezentatywny jest tu wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 11 maja 2017 r.¹⁸, w którym sąd bez obiekcji stwierdził konieczność uznania zachowania sprawcy za pozbawione cech bezprawności, w związku z czym „oznacza to – w ocenie Sądu Okręgowego – potrzebę stworzenia w niniejszej sprawie pozaustawowego kontratypu, zbliżonego swoim kształtem normatywnym do stanu wyższej konieczności”.

Literatura

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
Bojarski T., [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2015.
Bojarski T., *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2012.
Budyń-Kulik M., [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2019.
Kijowski M., *Polski hymn państwowy jako zagadnienie konstytucyjnoprawne*, „Ius et administratio” 2004, nr 3.

¹⁶ Wyrok z 1 lipca 1997 r., skarga nr 20834/92.

¹⁷ Wyrok z 14 marca 2013 r., skarga nr 26118/10.

¹⁸ Sygn. akt VI Ka 102/17, <http://www.orzeczenia.ms.gov.pl> (1.12.2019).

Sadowski J., [w:] *Konstytucja RP. Tom 1. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

Wiszowaty M.M., *Symbole państwowe III Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 7–8.