

Bannery antyaborcyjne w przestrzeni publicznej
a wykroczenia z art. 51 § 1 i art. 141 Kodeksu wykroczeń

dr Olgierd Pankiewicz

Spis treści

1. Wstęp	5
2. Historyczne tło kodyfikacji wykroczeniowej	6
3. Ogólne zasady interpretacji prawa wykroczeń	10
4. Elementy wykładni art. 51 § 1 Kodeksu wykroczeń	12
4.1. Strona przedmiotowa	12
4.2. Strona podmiotowa	14
4.3. Skutek	15
5. Elementy wykładni art. 141 Kodeksu wykroczeń	17
5.1. Strona przedmiotowa	17
5.2. Strona podmiotowa	26
6. Szkodliwość społeczna publicznego prezentowania bannerów antyaborcyjnych	27
7. Wolność wypowiedzi i zgromadzeń jako okoliczności uchylające bezprawność	28
7.1. Wolność słowa	28
7.2. Wolność zgromadzeń	29
7.3. Zasada proporcjonalności	31
8. Czynności wyjaśniające w sprawach wykroczeń z art. 51 § 1 i art. 141 Kodeksu wykroczeń	31
9. Podsumowanie	33

1. Wstęp

Tematem opracowania jest kwalifikacja szczególnego rodzaju działań aktywistów antyaborcyjnych według znamion dwóch typów wykroczeń: na podstawie art. 51 § 1 Kodeksu wykroczeń¹ jako „inny wybryk zakłócający spokój, porządek publiczny lub wywołujący zgorszenie w miejscu publicznym”, lub na podstawie art. 141 Kodeksu wykroczeń jako „umieszczenie nieprzyzwoitego rysunku w miejscu publicznym”. Tak kwalifikowane bywa organizowanie wystaw publicznych złożonych z plansz o wymiarach $2,70 \times 1,80$ m, zgromadzeń publicznych, podczas których uczestnicy trzymają plansze o wymiarach $2,70 \times 1,80$, ekspozycji na billboardach stacjonarnych bądź mobilnych o powierzchniach od kilku do ponad 100 m². Na każdej planszy znajduje się zdjęcie zwłok dziecka nienarodzonego, poddanego aborcji, opatrzone komentarzem. Wystawy i zgromadzenia z udziałem tych plansz były organizowane w Polsce kilka tysięcy razy. W okresie 2018–2019 r. są prezentowane w kilku – kilkunastu miejscach jednocześnie na terenie całego kraju. Zdjęcia, o których mowa wyżej, są opatrzone komentarzami informującymi o wykonywaniu aborcji w Polsce lub w konkretnym szpitalu². Obrazy te w zasadzie nie różnią się od siebie i uzasadnione jest założenie, że treść, którą biorą pod uwagę organy ścigania i sądy rozpoznające wnioski o ukaranie, jest taka sama.

Odpowiedź na pytanie, czy wskazana kwalifikacja jest właściwa, będzie wymagała wykładni cytowanych przepisów, analizy wybranych, zapadłych z ich zastosowaniem, wyroków oraz rozważenia inkryminowanych zachowań w kontekście wolności słowa i wolności zgromadzeń.

¹ Ustawa z 20.05.1971 r. Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2019 r. poz. 821 ze zm.) – dalej także: Kodeks wykroczeń, kodeks, k.w.

² Pismo Fundacji PRO z 15 marca 2019 r. do Małopolskiego Konsultanta Wojewódzkiego ds. Psychiatrii podaje też informację, że zdjęcia zostały wykonane przez organizację TheCenterForBio-EthicalReform z siedzibą w USA, na stronie <https://www.abortionno.org> znajdują się poświadczenia autentyczności podpisane przez fotografa i ginekologa.

2. Historyczne tło kodyfikacji wykroczeniowej

Według planów ustawodawcy przepisy o wykroczeniach miały stać się elementem nowej kodyfikacji karnej. Celowym zabiegiem legislacyjnym było poprzedzenie wejścia w życie Kodeksu wykroczeń, do czego doszło ostatecznie w roku 1972, promulgacją nowego Kodeksu karnego. W ten sposób przepisy wykroczeniowe zmieniły charakter z dotychczasowego, karno-administracyjnego, na poddawany kontroli sądowej zbiór zachowań karalnych.

Opublikowany w 1970 r. projekt prawa o wykroczeniach w szerokim zakresie nawiązywał do przyjętej jeszcze przez władze gomułkowskie koncepcji zwalczania niechcianych zjawisk społecznych przy pomocy surowej represji karnej. Świadczy o tym zamieszczenie w jego uzasadnieniu oddzielnego punktu poświęconego omówieniu rozwiązań wprowadzonych w celu ograniczenia „przejawów chuligaństwa i pasożytnictwa społecznego”³. Ostatecznie aktualnie obowiązujący Kodeks wykroczeń wszedł w życie z dniem 1 stycznia 1972 r., zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks wykroczeń⁴. Inaczej niż Kodeks karny, nie został poddany istotnej nowelizacji (z tym, że 1 września 1998 r. weszła w życie nowelizacja dostosowująca brzmienie przepisów do nowego ustroju).

Pierwszy z omawianych przepisów – art. 51 Kodeksu wykroczeń – w dniu wejścia w życie, tj. 01.01.1972 r., brzmiał następująco:

§ 1. Kto krzykiem, hałasem, alarmem lub innym wybrykiem zakłóca spokój, porządek publiczny, spoczynek nocny albo wywołuje zgorszenie w miejscu publicznym, podlega karze aresztu do 2 miesięcy, grzywny do 3 000 złotych albo karze nagany.

§ 2. Jeżeli czyn określony w § 1 ma charakter chuligański lub sprawca dopuszcza się go, będąc pod wpływem alkoholu, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny.

§ 3. Podżeganie i pomocnictwo są karalne.

W zakresie uregulowania zakłócania porządku publicznego i spokoju – Kodeks wykroczeń z 1971 r. recypował część przepisów z dotychczas obowiązującego Prawa o wykroczeniach⁵. Art. 28 uprzednio obowiązującej ustawy brzmiał następująco:

Kto krzykiem, hałasem, alarmem lub innym wybrykiem zakłóca spokój publiczny, podlega karze aresztu do 2 miesięcy lub grzywny do 2000 złotych.

Treść przepisu nowego kodeksu powstała przez scalenie trzech typów wykroczeń z Prawa o wykroczeniach – art. 28 (typizującego zakłócanie krzykiem, hałasem, alarmem lub innym wybrykiem spokoju publicznego), art. 30 (typizującego zakłócanie przez uporczywe wybryki spoczynku nocnego) oraz art. 31 (typizującego publiczne dopuszczenie się wybryku

³ M. Łysko, *Prace nad kodyfikacją materialnego prawa wykroczeń w Polsce Ludowej (1960–1971)*, Białystok 2016, s. 253.

⁴ Dz.U. Nr 12, poz. 115 ze zm.

⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Prawo o wykroczeniach (Dz.U. Nr 60, poz. 572 ze zm.).

nieobyczajnego)⁶. Znamiona art. 51 Kodeksu wykroczeń pochodzą więc z trzech, do tego stopnia różnych, typów zachowań ludzkich, że scalenie ich w jeden typ wykroczenia nastąpiło ze szkodą dla jasności, o jakie dobro chronione tutaj chodzi oraz jakie zachowania wyczerpują znamiona czynu karalnego. Niezależnie od tego, czy dla autorów ustawy, wówczas mającej wspierać reżim komunistyczny, ta niejasność była pożądana, wywoływała ona skutek polegający na stosowaniu art. 51 raczej zbyt częstym aniżeli zbyt rzadkim. W obecnym systemie prawnym, w którym odpowiedzialność karna jest bardziej ograniczona ochroną wolności osobistych i praw człowieka, niejasność tego przepisu nadal powoduje problemy interpretacyjne, skutkujące rozszerzeniem zakresu zastosowania wyrażonej w nim normy. O ile bowiem w przedwojennej ustawie wybryki ścigane z art. 30 i z art. 31 Prawa o wykroczeniach miały w obu przypadkach kwalifikowany charakter, który dookreślał, o jakie uciążliwe dla bliźnich zachowania chodzi (ścigano tylko uporczywy wybryk zakłócający spoczynek nocny, a zachowanie zdefiniowane w art. 31 musiało być „nieobyczajnym wybrykiem dokonany publicznie”), o tyle w nowym przepisie wystarczy, aby zaistniało jakiekolwiek zachowanie, które można określić jako wybryk, a którego skutkiem może być przejaw któregośkolwiek z szerokiej gamy zjawisk: publiczne zgorszenie, zakłócenie porządku publicznego lub spokoju albo spoczynku nocnego.

W toku prac sejmowych nie odnotowano dużego zainteresowania treścią art. 51, a nawet próbowano zanegować występowanie takich postaw w nowym, ludowym społeczeństwie. W trakcie prac komisji kodyfikacyjnej poruszono jedynie kwestię penalizacji biernego uczestnictwa w wybryku zakłócania spokoju i porządku publicznego. Pociągnięcie do odpowiedzialności karno-administracyjnej biernego uczestnika zbiegowiska było możliwe tylko poprzez wykazanie, iż „krzykiem, hałasem, alarmem lub innym wybrykiem” zakłócał porządek publiczny⁷. Zwolennicy karania za tego typu bierne uczestnictwo w zgromadzeniu, które naruszało porządek publiczny, wskazywali na oczekiwane efekty socjotechniczne, tj. opuszczenie zbiegowiska przez postronne osoby, co miało pomóc funkcjonariuszom w wyłapywaniu zaangażowanych jednostek. Z drugiej strony zwracano uwagę, że tego rodzaju legislacja zmierza *de facto* do naruszenia zasady subiektywizmu na rzecz odpowiedzialności zbiorowej⁸. W rezultacie uregulowano jedynie postaci zjawiskowe – pomocnictwo i podżeganie.

Sposób sformułowania opisu czynności sprawczej („krzyk, hałas, alarm lub inny wybryk”) jest w istocie próbą zdefiniowania pojęcia wybryku przez postulaty, które pozostawiają to pojęcie nieostrym. Ma to doniosłe konsekwencje praktyczne, co zilustrują przykłady orzeczeń w dalszej części pracy. Skoro nie wiadomo, jakie konkretnie typy zachowań podlegają karze, wyjściem bywa ustalenie, że doszło do wybryku nie na podstawie znamion zachowania, ale

⁶ P. Daniluk i inni, *Wykroczenia przeciwko porządkowi publicznemu i spokojowi publicznemu*, [w:] *Reforma Prawa Wykroczeń*, T. 1, s. 417.

⁷ M. Łysko, *Prace nad kodyfikacją materialnego prawa wykroczeń...*, s. 177.

⁸ D. Egierska-Pakuła, *Projekt prawa o wykroczeniach*, Nowe Prawo 1969/4, s. 36.

na podstawie skutku. Tymczasem skutek polegający na naruszeniu porządku albo spokoju publicznego może być spowodowany przez szerszą grupę ludzi, w której obok osób zaangażowanych w popełnienie wykroczenia znajdują się także osoby niewinne. Skutek ten może też być spowodowany innymi zachowaniami, którym nie można przypisać cech wybryku. Zarazem czynności wyliczone w tym przepisie, tj., krzyk, hałas i alarm, tylko w niektórych okolicznościach są przejawami wybryku, bo nie są nimi np. krzyk osoby przerażonej, hałas w noc sylwestrową, alarm w rzeczywistej potrzebie. Jak widać, w opracowywanym w latach 1969–1971 przepisie doszło do pomieszczenia kategoryjnego czynności niekoniecznie będących wybrykami i samej ogólnej kategorii wybryku – czyli przejawu lekceważenia i umyślnego okazywania lekceważenia dla norm społecznych.

Praktyka orzecznicza na tle tak skonstruowanego przepisu powinna prowadzić do karania tylko za ściśle określone zachowania, tj. za takie krzyki, alarmy i hałasy, które są zarazem wybrykami, a więc wynikają z lekceważenia praw i wolności bliźnich. Niestety, orzecznictwo poszło w przeciwnym kierunku. Po wprowadzeniu tego przepisu nie tylko okazało się, że w ludowym społeczeństwie występują jednak wybryki, ale też organy ścigania oraz sądy wyjątkowo często stosują ten przepis do represjonowania zachowań społecznych niewygodnych władzy komunistycznej. Zdawało się dominować założenie, że każdy krzyk i hałas może być potencjalnie uznany za wybryk zasługujący na karę.

Dopiero w przełomowym dla orzecznictwa na gruncie art. 51 k.w. wyroku z 2 grudnia 1992 r.⁹ (rehabilitującym Józefa Pinióra i Władysława Frasyniuka), Sąd Najwyższy postawił obowiązujące do dziś, jednak wciąż nie do końca przyswojone przez orzecznictwo, tezy:

w ujęciu normatywnym przyjętym przez ustawodawcę w przepisie art. 51 § 1 k.w. wybryk, to zachowanie się (...), które zatem wywołuje powszechne negatywne oceny społeczne i uczucia odrazy, gniewu, oburzenia. Wybryk charakteryzuje więc ostra sprzeczność z powszechnie akceptowanymi normami zachowania się. A contrario nie może być uznany za „wybryk” czyn, który nie tylko, iż nie koliduje w rażący sposób z obowiązującymi w określonym kontekście sytuacyjnym normami zachowania się, ale wręcz wzbudza – w odbiorze powszechnym – oceny akceptacji, choćby milczącej zgody, aprobaty, podziwu lub uznania.

Uwzględniając rewizję nadzwyczajną od wyroku Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu i uzasadniając wyrok uniewinniający, Sąd Najwyższy stwierdził ponadto:

W istocie rzeczy w sprawie niniejszej w sposób wyjątkowo jaskrawy wykorzystano materialne prawo wykroczeń jako instrument walki, czy wręcz represji, wobec osób reprezentujących opozycyjne – w stosunku do oficjalnie aprobowanych w dacie wyrokowania – przekonania polityczne. W efekcie doszło nie tylko do „nadinterpretacji” przepisu art. 51 § 1 k.w., ale do wypaczenia istotnej treści wyż. wym. przepisu, to jest do usunięcia, przy analizie czynu oskarżonych, poza zakres rozważań sądu podstawowego znamienia konstytutywnego dla przyjętej kwalifikacji prawnej, a mianowicie tego, że zachowanie to stanowić musi „wybryk”.

⁹ Wyrok SN z 2 grudnia 1992 r., III KRN 189/92, LEX nr 162227.

Sąd Najwyższy podkreślił, że w zachowaniu oskarżonych

występowały jakiegokolwiek elementy porównywalne do wznoszenia okrzyków, wzbudzania hałasów, wszczynania nieuzasadnionych alarmów, pozwalające na nazwanie jego czynu „innym wybrykiem” (...), co „jest niezbędnym znamieniem wykroczenia z art. 51 § 1 k.w.”.

Sąd Najwyższy wskazał też, że działanie oskarżonego nie spowodowało skutków, których zaistnienie należy do ustawowego zespołu znamion wykroczenia z art. 51 § 1 k.w., tj. *bądź zakłócenia spokoju, porządku publicznego lub spoczynku nocnego, bądź wywołania zgorszenia w miejscu publicznym*. Analizując zaskarżony wyrok, Sąd Najwyższy zwrócił też uwagę na rozmycie opisu czynności wykonawczej:

Sąd Rejonowy we W., starając się wszelkimi metodami stworzyć wrażenie istotnego niebezpieczeństwa społecznego czynu oskarżonego, zastosował nadto – wspomnianą już na wstępie niniejszego uzasadnienia – „nadinterpretację” przepisu art. 51 § 1 k.w.. Wprowadził mianowicie do opisu czynu element wywołania zbiegowiska i zakłócenia w poważnym stopniu dyscypliny pracy i prawidłowego funkcjonowania przedsiębiorstwa MPK. (...) Okoliczności powyższe, nie tylko, iż nie odpowiadały rzeczywistości, jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, ale nadto były obojętne z punktu widzenia dyspozycji stosownego przepisu karnego.

Analiza przeprowadzona przez Sąd Najwyższy w tej sprawie ustaliła, wciąż aktualny, test na wypełnienie znamion przedmiotowych i podmiotowych wykroczenia z art. 51 k.w., który będzie punktem wyjścia do oceny zachowań działaczy antyaborcyjnych w świetle tejże normy.

Drugim przepisem stosowanym do prawnokarnej kwalifikacji wystaw antyaborcyjnych jest art. 141 Kodeksu wykroczeń, który niezmiennie, jedynie za wyjątkiem zmiany co do wysokości grożącej grzywny (w chwili wejścia w życie było to 3000 starych złotych), brzmi: *Kto w miejscu publicznym umieszcza nieprzyzwoite ogłoszenie, napis lub rysunek albo używa słów nieprzyzwoitych, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny do 1500 złotych albo karze nagany*.

Uzasadnienie dla art. 141 Kodeksu wykroczeń zostało pominięte przez prawodawcę w projekcie wnoszonym przed Sejm PRL. Jedyne wzmianki o tym przepisie znajdujemy w szerszym omówieniu rozdziału, w którym został umieszczony. Przepis art. 141 został bowiem umieszczony w wyodrębnionym, składającym się z trzech artykułów, rozdziale XVI. Twórcy projektu Prawa o wykroczeniach z 1970 r. chcieli w ten sposób podkreślić wagę chronionego nim dobra: obyczajności publicznej¹⁰. Nie definiowano tego pojęcia. W ówczesnym społeczeństwie normy obyczajowe istotnie były bardziej jednolite. Dodatkowo brak rozwiniętego życia obywatelskiego powodował, że granice między tym, co obyczajne i nieobyczajne zdawały się być oczywiste i nie wywołujące kontrowersji w szerszych kręgach społeczeństwa. Niemniej

¹⁰ D. Egierska, *Nowe wykroczenia*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1969/5, s. 20–21.

w uzasadnieniu projektu Prawa o wykroczeniach z 1970 r., przyjętego następnie jako obowiązujący Kodeks wykroczeń, mowa jest o czynach godzących w poczucie przyzwoitości¹¹.

Systematyka ta była nowością i bez wątpienia była zamierzonym zabiegiem legislacyjnym. We wcześniejszej kodyfikacji: Prawie o wykroczeniach z 1932 r. znajdował się wspomniany wyżej art. 31, który odpowiadał obecnemu art. 140 Kodeksu wykroczeń. O ile więc ustawodawstwo przedwojenne umiejscowiło przepis o nieobyczajnym wybryku w rozdziale II, zatytułowanym „Wykroczenia przeciwko porządkowi publicznemu”¹², o tyle w późniejszej kodyfikacji znalazł się on wśród innych przepisów chroniących obyczajność i przyzwoitość. Jak wskazywał J. Makarewicz odnośnie artykułu przedwojennego Prawa o wykroczeniach – „nieobyczajność jest pojęciem związanym z wywołaniem niekorzystnego wrażenia na otoczeniu – nie chodzi tu o czyn nierządny, oparty o popęd płciowy”¹³. Widoczna była tendencja do pozostawienia zjawiska społecznego prostytucji poza regulacją prawnokarną. Tendencja ta zmieniła się wyraźnie wraz z nową kodyfikacją.

3. Ogólne zasady interpretacji prawa wykroczeń

Obowiązywanie, również w prawie wykroczeń, zasady *nullum crimen sine lege* (*nulla contraventio sine lege*) wydaje się być oczywiste. Niejednokrotnie jednak potrzeba rozstrzygnięcia sprawy w oparciu o tę prostą zasadę powodowała, że stanowisko w tej sprawie musiał zająć Sąd Najwyższy. Tak np. w wyroku z 20 października 2009 r.¹⁴, Sąd Najwyższy podkreślił, że [w]yrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP konstytucyjna zasada *nullum crimen sine lege poenali anteriori* ma zastosowanie również w odniesieniu do wykroczeń. Zasada *nullum crimen sine lege* znajduje oparcie także w aktach prawa międzynarodowego, w szczególności w art. 7 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹⁵.

Wynikają stąd określone konsekwencje; m.in. ta, by nie posługiwać się przy opisie czynu zabronionego klauzulami generalnymi. Wynika z niej także zasada zakazu stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy (*nullum crimen sine lege stricta*)¹⁶.

¹¹ Prawo o wykroczeniach. Projekt, Warszawa 1967.

¹² P. Daniluk, Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej, [w:] Reforma Prawa Wykroczeń T. 1, s. 544–545.

¹³ J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1938, s. 683.

¹⁴ Wyrok SN z 20 października 2009 r., III KK 245/09, LEX nr 529630.

¹⁵ Konwencja O OCHRONIE PRAW CZŁOWIEKA I PODSTAWOWYCH WOLNOŚCI sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.). Zob. wyrok ETPCz z 22 stycznia 2013 r. w sprawie Camilleri przeciwko Maltcie, skarga 42931/10, LEX nr 1252913 oraz wyrok ETPCz z 15 lipca 2014 r. w sprawie Ashlarba przeciwko. Gruzji, skarga 45554/08, LEX nr 1483491.

¹⁶ R. Dębski, Pozaustawowe znamiona przestępstwa, [w:] O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie, Łódź 1995; A. Grześkowiak, Zasada *nullum crimen sine lege scripta* na tle funkcji gwarancyjnej prawa karnego w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, [w:] Między nauką a praktyką prawa karnego, Warszawa 2014.

W cytowanym wyroku z 29 grudnia 1992 r.¹⁷, Sąd Najwyższy stwierdził, że

(...) przez ustawowe znamiona przestępstwa rozumie się cechy zewnętrznego zachowania się człowieka, skutki i okoliczności tego zachowania się, jak również cechy stosunku do tego zdarzenia oraz cechy samego człowieka jako podmiotu zachowania się, cechy określone w ustawie, których całokształt charakteryzuje przestępstwo, a które muszą być udowodnione w postępowaniu karnym, aby mogło nastąpić prawidłowe skazanie za przestępstwo.

Z wyrażonej w art. 1 Kodeksu wykroczeń zasady *nullum crimen sine lege* wynika więc zakaz stosowania analogii prowadzącej do pociągnięcia jednostki do odpowiedzialności karnej za czyn, który nie realizuje wprost znamion typu czynu zabronionego, a jedynie jest do nich podobny.

Zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege stricta* podstawą odpowiedzialności karnej może być tylko zgodność czynu ze znamionami typu czynu zabronionego. Nie wystarczy do odpowiedzialności karnej jedynie podobieństwo czynu badanego do czynów realizujących znamiona określonego typu czynu zabronionego¹⁸. W wyroku Sądu Najwyższego z 11 lipca 2012 r.¹⁹ stwierdzono:

W obszarze prawa penalnego nie jest dopuszczalne dokonywanie wykładni rozszerzającej określonych regulacji na niekorzyść sprawcy. Tego rodzaju zabieg interpretacyjny godziłby bowiem w wyrażoną w art. 42 ust. 1 Konstytucji i art. 1 § 1 kk zasadę określoności przestępstwa.

Z zasady *nullum crimen sine lege stricta* wynika więc jednocześnie zakaz wykładni rozszerzającej i nakaz wykładni ścieśniającej przepisów prawa karnego.

Punktem wyjścia do wykładni jest znaczenie słownikowe w języku ogólnym. Odtworzone w ten sposób znaczenie prawne może zostać zmodyfikowane w oparciu o argumenty z języka ustaw i doprecyzowane na podstawie wykładni systemowej lub funkcjonalnej. Wykładnia systemowa i funkcjonalna są niezbędne, gdy zwroty denotujące znamiona czynu, takie jak nieprzyzwoitość lub wybryk, nie mają ostrego znaczenia. Natomiast oczywiście niedopuszczalne jest oparcie znaczenia przełamującego sens językowy na subiektywnym przekonaniu sędziego, czy jego wrażliwości.

Wyrok Sądu Najwyższego z 9 lipca 2014 r.²⁰ głosi, że

[w]edług art. 82 § 2 pkt 1) k.p.w. wyrok skazujący powinien zawierać dokładne określenie przypisanego obwinionemu czynu oraz jego kwalifikację prawną, czyli w pierwszej kolejności wykazanie, jaki konkretnie przepis sankcjonowany został naruszony działaniem osoby obwinionej. Jest rzeczą oczywistą, że bez takiego wskazania niemożliwe jest dokonanie właściwej subsumcji czynu, a w konsekwencji wydanie prawidłowego orzeczenia.

¹⁷ Wyrok SN z 29 grudnia 1992 r., WR 175/92, OSNKW 1993/5–6/36.

¹⁸ Zob. wyrok SN z 4 kwietnia 2000 r., II KKN 335/99, LEX nr 50896.

¹⁹ Wyrok SN z 11 lipca 2012 r., II KK 179/12, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2012/1/9. Podobnie wyrok SA w Gdańsku z 7 marca 2012 r., II AKa 52/12, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2012/10/57.

²⁰ Wyrok SN z 9 lipca 2014 r., II KK 154/14, LEX nr 1482369.

Wymaganie klarowności części dyspozytywnej musi mieć odzwierciedlenie w uzasadnieniu, a w szczególności klarownym oddzieleniu ustaleń faktycznych od rozważań prawnych i w posługiwaniu się w uzasadnieniu subsumcji pojęciami ze stosowanych norm prawnych.

4. Elementy wykładni art. 51 § 1 Kodeksu wykroczeń

Wspomniany Wyrok Sądu Najwyższego – Izby Karnej z 2 grudnia 1992 r. stworzył elementy testu pozwalającego poprawnie zakwalifikować dany czyn według art. 51 Kodeksu wykroczeń. Wydaje się, że rozumowanie Sądu przebiegało według następujących pytań. Czy miało miejsce zewnętrzne zachowanie obwinionego, polegające np. na hałasie, alarmie, krzyku, lub inne, które zgodnie z przyjętymi zwyczajami i obowiązującymi przepisami, uważa się za nienormalne w danych okolicznościach? Czy w zachowaniu tym obwinionemu można przypisać umyślne okazanie lekceważenia dla norm obyczajowych lub prawnych (czyli zachowanie to można nazwać wybrykiem)? Czy zachowanie to wywołało skutek polegający na zakłóceniu spokoju, porządku publicznego, albo spoczynku nocnego, albo na zgorszeniu w miejscu publicznym reprezentatywnej części społeczeństwa? Tylko zaistnienie wszystkich tych okoliczności konstituuje wykroczenie.

4.1. Strona przedmiotowa

Za wykroczenie nie może być uznany czyn, który nie koliduje w rażący sposób z obowiązującymi w określonym kontekście sytuacyjnym normami zachowania się, albo wręcz wzbudza w odbiorze powszechnym oceny akceptacji, choćby milczącej zgody, aprobaty, podziwu lub uznania. Również w wyroku z 30 września 2002 r.²¹ Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że istota wybryku sprowadza się do *szczególnych znamion strony podmiotowej, charakteryzującej się umyślnym okazaniem przez sprawcę lekceważenia dla norm zachowania się*.

Błędna jest wykładnia prowadząca do pomieszania znamion podmiotowych i przedmiotowych, tj., zachowania zewnętrznego z motywacją i skutkiem tego zachowania. Takim błędem byłoby doszukiwanie się wybryku w prezentowanych na bannerze treściach. Jako przykład błędnej interpretacji można wskazać argument Sądu Okręgowego w Krakowie z 17 lutego 2017 r.²² (przekazanie sprawy po umorzeniu postępowania do dalszego prowadzenia). Sąd stwierdził, że badając sprawę należy zakwalifikować do znamienia „wybryku” nie samo zachowanie, polegające na zawieszeniu billboardu, ale treści, jakie ten billboard prezentował.

²¹ Wyrok SN z 30 września 2002 r., III KKN 327/02, LEX nr 55571.

²² Wyrok SO w Krakowie z 17 lutego 2017 r., IV 1 Kz 4/17, niepubl.

Czynności wykonawcze analizowanego wykroczenia, jak wymienione: krzyk, hałas, alarm, to zachowania zewnętrzne, które same w sobie nie zawierają postawy lekceważącej normy społeczne. Jednocześnie sposób sformułowania przepisu: „krzykiem, hałasem, alarmem, lub innym wybrykiem” w pewnym sensie zobowiązuje sąd do zastosowania analogii przed zakwalifikowaniem innych czynności do pojęcia wybryku. Czynność nie będąca ani krzykiem, ani alarmem, ani hałasem, musi być do nich podobna. Analogia obejmuje inną czynność, a nie przedmiot czy propagowane treści. Inaczej dochodzi do przesunięcia kategorialnego, skutkiem którego uzasadnienie orzeczenia odrywa się od zastosowanej normy prawnej. Przepis ten dotyczy bowiem zachowania człowieka, a nie jego poglądów, czy treści przezeń propagowanych. Ustawodawca ściśle wymienia treści, których propagowanie jest zagrożone karą, np. nawoływanie do nienawiści wobec grupy etnicznej bądź wyznaniowej, faszyzm, komunizm, pedofilia, pornografia, a także nieprzyzwoite rysunki czy obrazy. Jednak to, czy treść bannerów podpada pod inkryminowane treści, należy już do badania zupełnie innych znamion, na podstawie innych norm.

Wybryk jako pojęcie ogólne, określające wiele możliwych zachowań i dodatkowo mające element wewnętrzny, wolitywny czynu, wskazuje w art. 51 k.w. na znamiona zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe. Analogiczne do krzyku, hałasu i alarmu będą zachowania, które cechuje gwałtowność i jawność dla szerszego kręgu osób. Analogia wymagana do zastosowania tej kategorii do czynności innych niż krzyk, hałas lub alarm, wymaga, oprócz podobieństwa cech zewnętrznych, także istotnego podobieństwa postawy sprawcy, która odsyła już do znamion strony podmiotowej.

Elementem badania sprawy powinno być także ustalenie, czy osoby prezentujące banery antyaborcyjne nie zachowywały się w tym czasie w sposób mogący znamionować inny wybryk. Pomocne do tego celu może być ustalenie, czy zachowanie było elementem zarejestrowanego zgromadzenia, bądź pokojowego zgromadzenia spontanicznego, czy mieściło się w celach statutu organizacji społecznej, czy organizacja ta działa na rzecz pożytku publicznego? Czy uczestnicy zgromadzenia zachowywali się spokojnie, realizując cele zgromadzenia? Do arsenału akcji społecznych, które wykraczają poza ramy przyjęte w społeczeństwie, należą np. zachowania polegające na napastliwym zaczepianiu przechodniów, wywoływaniu awantur, celowym przeszkadzaniu innym w ich czynnościach, rozpylanie cuchnących substancji, dymu. Dotychczasowe orzecznictwo w sprawach akcji antyaborcyjnych nie stwierdza jednak podobnych czynów.

4.2. Strona podmiotowa

Poprawna interpretacja nie może pomijać elementu podmiotowego zawartego w kategorii wybryku. W przyjętej przez prawodawcę konstrukcji znamion wykroczenia umyślnego skutkowego, zarówno zachowanie zewnętrzne, jak i skutek, muszą być objęte umyślnością, przy czym sam skutek przynajmniej zamiarem ewentualnym. Jak wskazuje Sąd Najwyższy, znamiona strony podmiotowej w ww. wykroczeniu *charakteryzują się umyślnym okazaniem przez sprawcę lekceważenia dla norm zachowania się*²³. Zatem wybryk to z jednej strony ogólna kategoria dla zachowań zewnętrznych nacechowanych gwałtownością, nieoczekiwanym w danym miejscu i czasie charakterem, jaskrawą niezgodnością z normami obyczajowymi. Z drugiej strony jest w pojęciu wybryku zawarte znamie podmiotowe swawoli, lekceważenia dla norm. To znamie powoduje, że umyślność, zamiar, mają w tym wykroczeniu szczególnie zabarwienie ekscesu.

W określonych okolicznościach zachowanie polegające na prezentowaniu danego przedmiotu, a nawet prezentowaniu treści przy użyciu określonego nośnika, może nosić cechy wybryku, czyli być oznaką: lekceważenia dla porządku publicznego, w tym ładu moralnego, innych norm społecznych i spokoju bliźnich. Przesądza o tym motywacja sprawcy w okolicznościach faktycznych sprawy. Trzeba ustalić, czy obwiniony działał z celem wywołania zgorszenia i zakłócenia porządku, czy nie. Nie można przypisać wybryku sprawcy, jeśli motywem jego działania była np. realizacja celów statutowych organizacji antyaborcyjnej, obrona prawa do życia, zamiar zmiany ustawodawstwa w celu szerszej ochrony życia dzieci nienarodzonych, obrona zagrożonego dobra publicznego, informowanie o prawdzie na temat aborcji. Motywacja taka, o ile jest autentyczna, wyklucza bowiem jednoczesną swawolę, chęć zgorszenia otoczenia, zabawienia się kosztem innych.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu w postanowieniu z 1 marca 2016 r. (utrzymując w mocy postanowienie o umorzeniu postępowania na podstawie art. 51 k.w.), stwierdził:

Obwiniony działał w ramach realizacji statutowych celów Fundacji Pro, wśród których wymienia się m.in. wspomaganie działań mających na celu ochronę życia ludzkiego od momentu poczęcia do naturalnej śmierci i, o ile należałoby postulować, by formy realizacji owych celów każdorazowo dostosowywać do świadomości społecznej oraz do panujących w społeczeństwie nastrojów, w szczególności zaś dbać, by owe cele były realizowane z dbałością o poszanowanie poglądów innych osób, o tyle stosowanie opisanego w zarzucie sposobu wyrażania poglądów niewątpliwie nie mogło być rozpatrywane jako dopuszczenie się „wybryku”, dającego podstawę do ścigania za popełnienie wykroczenia z art. 51 § 1 k.w.²⁴

²³ Wyrok SN z 30 września 2002 r., III KKN 327/02.

²⁴ Postanowienie SO we Wrocławiu z 1 marca 2016 r., IV Kz 19/16, niepubl. oraz podobne Postanowienie SO we Wrocławiu z 14 marca 2016 r., IV Kz 64/16, niepubl.

4.3. Skutek

Badanie skutków, pod warunkiem stwierdzenia zaistnienia wybryku, należy do odrębnych znamion, które muszą być jednocześnie spełnione dla przypisania wykroczenia z art. 51 § 1 k.w. Jest ono bowiem wykroczeniem skutkowym²⁵.

Zbyt lapidarne ujęcie: *krzykiem, hałasem, alarmem, lub innym wybrykiem zakłóca... albo wywołuje...* może sugerować, że każda z czynności, taka jak hałas, alarm, krzyk, stanowi wybryk, jeśli tylko prowadzi do skutku w postaci zgorszenia, a zarazem inne czynności, które do tego samego skutku prowadzą, są wybrykami. Efektem tego błędu może być uznanie, że skoro przez zachowanie obwinionego ludzie zostali zgorszeni, to doszło do wybryku. Byłby to przykład błędu *per non est*, interpretacji prowadzącej do pozbawienia znaczenia części wyrażenia prawnego, w tym wypadku słowa „wybryk”. Przepis o takim znaczeniu, jak wskazane w poprzednim zdaniu, powinien zamiast istniejącego, zawierać wyrażenie: *krzykiem, hałasem, alarmem, lub innym zachowaniem...* Nie jest więc możliwe przypisanie odpowiedzialności za wykroczenie z art. 51 § 1 k.w. na tej tylko podstawie, że sprawca wywołał w miejscu publicznym zgorszenie, w oderwaniu od ustalenia wybryku, który miał do niego doprowadzić²⁶. Sama możliwość zakłócenia porządku nie wypełnia ustawowych znamion wykroczenia z art. 51. Przepis ten bowiem przewiduje wykroczenie materialne, a więc skutkowe. Dla odpowiedzialności zatem z tego przepisu wymagane jest, aby wybryk pociągnął za sobą skutek przewidziany w tym właśnie przepisie.

Podsumowując: niestety z uwagi na wadliwą konstrukcję przepisu, wynikającą, o czym była mowa, z utworzenia go na skutek kompilacji z trzech różnych przepisów Prawa o wykroczeniach, przy stosowaniu art. 51 § 1 k.w. łatwo może dojść do zlania skutku polegającego na zgorszeniu, z zachowaniem, które miało do niego doprowadzić, w jedno znamię.

W ramach badania skutków sąd ustala społeczny odbiór przekazu danego bannera czy billboardu. Istotną wskazówkę daje w tym zakresie test, który zarysował dla spraw z art. 51 k.w. Sąd Najwyższy w cytowanym wyroku z 2 grudnia 1992 r. Sąd stwierdził, że wybryku nie stanowi zachowanie, które wzbudza akceptację lub uznanie, sugerując, że sprzeczność z powszechnymi normami i ocenami jest tu elementem czynu, a nie skutku.

Oczywista jest przy tym kontrowersyjność, rażący charakter tych obrazów. Ich celem jest wyrażenie w sposób wyjątkowo jaskrawy głosu w sprawie, która nawet niezależnie od formy, powoduje spolaryzowane oceny. Sama kontrowersyjność tematu aborcji i omawianych bannerów nie musi jeszcze prowadzić do uznania, że ich prezentacja wywołuje powszechne zgorszenie bądź niepokój publiczny, bądź burzy porządek moralny społeczeństwa. W obyczajach

²⁵ M. Bojarski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 406–407.

²⁶ Jak przypomniał Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 22 listopada 2005 r. II Aka 210/05, Prok i Pr.-wkł. 2006/7–8/17, (...) polski system prawa karnego – poczynając od k.k. z 1932 r. – hołduje zasadzie, że przestępstwo to zjawisko zewnętrzne i rzeczywiste, a nie tylko o charakterze normatywnym, – przedmiotem wartościowania prowadzącego do ustalenia przestępstwa jest realne zachowanie człowieka, mające określoną ciągłość i porządek.

i porządku państwa demokratycznego, z samej istoty tego ustroju, mieszczą się bowiem ostre spory światopoglądowe. Wyłącznie wtedy, gdy obiektywnie, na gruncie moralności i obyczajowości społecznej, którą z urzędu ocenia sąd, dane zachowanie wywołuje destrukcyjny skutek, spełnione jest omawiane znamię. Wyrok w tym zakresie powinien odtwarzać panującą w społeczeństwie moralność (aby ocenić, czy doszło do zgorszenia) i obyczajowość (aby ocenić, czy doszło do naruszenia porządku publicznego).

Ponieważ dobrem prawnie chronionym są tu wartości publiczne, takie jak porządek, spokój i moralność publiczna, kwalifikacja nie może odwoływać się do subiektywnych przeżyć zawiadamiających. Fakt, iż określona osoba doznała uczucia wstrętu, oburzenia, obrzydzenia czy niesmaku, sam w sobie nie uzasadnia przyjęcia zgorszenia w rozumieniu art. 51 k.w. Oburzona osoba, która zgłasza możliwość popełnienia wykroczenia, może być osobą nadmiernie wrażliwą. Trzeba też brać pod uwagę, że zgłaszającymi mogą być osoby zaangażowane na rzecz przeciwnej strony sporu światopoglądowego o dopuszczalność aborcji. W takim wypadku celem ścigania przeciwników ideowych byłoby wprowadzenie cenzury prewencyjnej, wykluczającej jedną stronę istotnej społecznej kontrowersji.

Wystawienie na widok publiczny zdjęć dzieci poczętych poddanych aborcji należy oceniać w odniesieniu do moralnej kondycji społeczeństwa. Sam przedmiot sporu o dopuszczalność aborcji – tj. społeczne przyzwolenie na aborcję, implikuje, że społeczeństwo jest świadome tego zjawiska. Prezentacja billboardu z obrazem martwego płodu nie dodaje w tym zakresie niczego do już istniejących w społeczeństwie problemów moralnych. W tym kontekście możliwość wywołania zgorszenia jest więc ograniczona do sposobu przedstawienia tematu. W społeczeństwie, które przyjmuje życie za fundamentalną wartość, nie ma wątpliwości, że wspólny porządek wartości i zbiorowa moralność uznają aborcję za zło. Z pewnością gorszące mogłyby być prezentacje, które problem aborcji trywializują, uprzedmiotawiają, ośmieszają, czy bezczeszczą zwłoki ludzkie. Nadto, prezentowanie fałszywych danych i fałszywych obrazów na temat aborcji, żeby wywołać wstrząs w społeczeństwie, można by rozpatrywać pod kątem zgorszenia i wzburzenia społeczeństwa, ponieważ gwałtowne reakcje społeczne nieadekwatne do rzeczywistości, motywowane kłamliwą informacją, mogą być uznane za naruszenie dobra chronionego analizowaną normą. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w postanowieniu z 1 marca 2016 r. wskazał, że:

Nie sposób było zarzucać obwinionemu, że bezprawne było zachowanie polegające na posługiwaniu się budzącymi emocje środkami przekazu, w sytuacji gdy zaprezentowany na transparencie wizerunek martwego płodu był obiektywnie rzecz biorąc wizerunkiem prawdziwym (materiał dowodowy sprawy nie daje najmniejszych choćby podstaw do przyjęcia, by miało być inaczej), a tym samym powstały w sprawie spór przybrał w istocie formę

dyskursu światopoglądowego (dotyczącego dopuszczalności aborcji oraz oceny środków używanych dla wsparcia argumentacji jednej ze stron owego sporu²⁷.

5. Elementy wykładni art. 141 Kodeksu wykroczeń

Z uwagi na prostą i przejrzystą redakcję, nie budzącą wątpliwości analogicznych do art. 51 k.w., głównym problemem interpretacyjnym w tym przepisie jest wyrażenie „nieprzyzwoity”. Na plan pierwszy wysuwa się więc pytanie, czy prezentowane na bannerach obrazy, przedstawiające zwłoki ludzkie po dokonaniu aborcji należy uznać za *nieprzyzwoite rysunki* w rozumieniu art. 141 Kodeksu wykroczeń.

5.1. Strona przedmiotowa

Ustawodawca wymienia trzy formy wyrazu: rysunek, ogłoszenie i napis. Wydaje się, że jest to katalog zamknięty, a pominięto w nim interesującą nas w tym wypadku fotografię. Jednak sformułowanie „nieprzyzwoity rysunek”, na skutek analogii, w wykładni sądowej zostało rozciągnięte także na banner lub billboard z fotografią. Choć to rozszerzone znaczenie już nie budzi szerszych wątpliwości w orzecznictwie, to do takiej analogii należy się odnieść krytycznie. Gdy wytwór z pewnością nie będący rysunkiem sąd interpretuje jako rysunek, wykracza poza *lex scripta, stricta et certa*.

Wiadomo, że dla prawodawcy z 1971 r. nie każda nieprzyzwoitość i nie każda nieprzyzwoita treść (np. utwory literackie) były przedmiotem ścigania. Przepis kodeksu wykroczeń odnosił się do czytelnych wówczas stanów faktycznych. Na murach, przystankach autobusowych pojawiały się napisy i rysunki przedstawiające czynności fizjologiczne, intymne części ciała, czynności seksualne, ogłoszenia usług seksualnych. Problem nieaktualności poszczególnych typów wykroczeń po pięćdziesięciu latach i zmianie ustroju od chwili uchwalenia obowiązujących przepisów, powinien być rozwiązany nowelizacją. Specyficznie w prawie karnym właściwsza jest weryfikacja nowych zjawisk przez prawodawcę niż prawotwórcze orzecznictwo. Na ile wszystkie z wówczas zakazanych zachowań wciąż są aktualne i na ile nowe, podobne zachowania wymagają penalizacji, stanowi problem *de lege ferenda*, wykraczający poza ramy tego opracowania.

²⁷ Podobne wyroki zapadły przed sądami rejonowymi w ponad 20 sprawach w Polsce, zob.: B. Lewandowski, M. Majkowska, M. Wadoń, *Prawne aspekty dopuszczalności prezentowania fotografii człowieka w prenatalnym okresie rozwoju pozbawionego życia w wyniku aborcji. Raport Instytutu Ordo Iuris*, Warszawa 2018, s. 40 (https://ordoiuris.pl/pliki/dokumenty/Prawna_dopuszczalnosc_prezentowania_zdjec, dostęp: 18.9.2019 r.).

Kilka słów komentarza trzeba natomiast poświęcić wyrażeniu „umieszcza”. Istnieją uzasadnione wątpliwości, czy prezentowanie transparentu podczas zgromadzenia jest jego umieszczeniem, jeśli banner nie jest ustawiony lub przymocowany w sposób trwały. O ile bez wątpienia można do tego przepisu zakwalifikować umocowanie afisza na stałym nośniku, jak np. słup reklamowy albo ściana budynku, o tyle prezentowanie tego samego obrazu, niesionego przez uczestników zgromadzenia, istotnie się różni. Brak argumentów, które w tym przypadku uzasadniałyby rozszerzenie zakresu normowania normy karnej. Umieszczenie nieprzyzwoitego rysunku na stałe jest bowiem bardziej szkodliwe społecznie aniżeli użycie go tylko przez czas zgromadzenia. Nakaz wykładni ścieśniającej prowadzi do uznania, że prawodawca celowo zrezygnował ze ścigania pokazywania lub wystawiania nieprzyzwoitych rysunków, a zakwalifikował tak umieszczanie ich w miejscu publicznym. Świadczy o tym *a contrario* także użycie sformułowania „wystawianie na widok publiczny” do opisu innego wykroczenia (art. 63a k.w.). Rozszerzenie znaczenia „umieszczenia” na stany będące np. wystawieniem, okazaniem, w których oddziaływanie rysunku na psychikę osób postronnych jest krótsze i dotyczy mniejszej grupy, stanowi rozszerzenie karalności na czyny o mniejszej szkodliwości społecznej, a więc złamanie zasady *nullum crimen sine lege scripta et stricta*.

Wykładnia systemowa Rozdziału XVI Kodeksu wykroczeń, zatytułowanego „Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej”, powinna wziąć pod uwagę kontekst Kodeksu karnego²⁸, którego rozdział XXV nosi tytuł „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”, wskazując częściowo na to samo dobro. Pojęcie obyczajności jako dobra chronionego występowało także w Kodeksie karnym z 1969 r. M. Filar charakteryzuje obyczajność jako rodzajowy przedmiot ochrony przestępstw z rozdziału XXV, określa ją jako zbiór reguł społeczno-kulturowych obowiązujących w danym społeczeństwie, które dotyczą zachowań ze sfery seksualnej człowieka²⁹. Podobnie M. Rodzyńkiewicz zauważa, że przedmiotem ochrony rozdziału XXV k.k. jest obyczajność w sferze zachowań seksualnych, tj. ukształtowanych historycznie i uwarunkowanych kulturowo norm obyczajności uznawanych w dziedzinie życia seksualnego za wiążące³⁰. Sąd Najwyższy w uchwale z 13 kwietnia 1977 r.³¹, stwierdził, że poprzez pojęcie obyczajności na gruncie rozdziału XXIII dawnego k.k. należy rozumieć podstawowe moralne zasady współżycia społecznego w zakresie przeżyć, kontaktów i związków seksualnych. Skoro obyczajność w k.k. odnosi się do seksualności człowieka, to posłużenie się tym samym terminem w k.w. wskazuje na takie samo znaczenie. Aby przyjąć odmienne znaczenie danego wyrażenia w ramach tej samej gałęzi systemu prawa, potrzeba wyraźnej definicji legalnej albo istotnych argumentów systemowych. Takich argumentów w tym wypadku brak.

²⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), dalej także: k.k.

²⁹ M. Filar, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 986.

³⁰ M. Rodzyńkiewicz, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. Tom II, red. A. Zoll, Kraków 2006, komentarz do art. 117–277 k.k., s. 592–593.

³¹ VII KZP 30/76, OSNKW/1977/6/58.

W literaturze obecna jest koncepcja przeciwna, rozszerzająca pojęcie obyczajności na zjawiska z zakresu innych zasad współżycia społecznego. Referując ją i opowiadając się za nią, R. Krajewski stwierdza, że *obyczajność łączy się z wolnością seksualną, a w kodeksie karnym traktowana jest szerzej*³². Argumenty przytoczone na poparcie tej tezy są dwa. Po pierwsze, w kodeksie karnym obyczajność towarzyszy wolności seksualnej jako rodzajowemu przedmiotowi ochrony, co, jak należy rozumieć, prowadzi do swego rodzaju seksualnego zabarwienia tej „obyczajności”, o której traktuje kodeks karny. Po drugie, zakres kryminalizacji poszczególnych typów przestępstw z rozdziału XXV k.k. ma uprawniać wykładnię zawężającą pojęcie obyczajności, na co nie pozwala już zakres wykroczeń z rozdziału XVI k.w.

Odnosząc się do pierwszego z argumentów, należy powiedzieć, że nie wszystkie przestępstwa z rozdziału XXV Kodeksu karnego atakują obyczajność. Te czyny, które popełniane są wobec samej ofiary, jak zgwałcenie czy zmuszanie do czynności seksualnych, albo nawiązywanie kontaktu z małoletnim, polegają oczywiście na rażącym złamaniu powszechnie uznawanych norm moralnych, jednak są to normy znacznie wyższej rangi niż te regulujące obyczajność, tj. zbiorowe przekonanie o tym, co przystoi, a co nie, czyli społeczne poczucie przyzwoitości. Nadto, ponieważ naruszenie to nie jest publiczne, moralność publiczna nie zostaje przezeń zniszczona. To samo odnosiłoby się do czynów niższej szkodliwości, które występują przeciw powszechnie uznawanym normom obyczajowym, ale nie są wiadome szerszemu gronu. Wydaje się pozbawione sensu określanie jako nieobyczajne czynów, o których społeczeństwo się nie dowiaduje. Także wówczas, gdy dojdzie do rozpowszechnienia wiadomości o przestępstwach przeciwko wolności seksualnej, dobrem chronionym nie przestaje być, tak w ocenie prawnokarnej, jak i w odbiorze społecznym, dobro samej ofiary, nie zaś moralność publiczna, a tym bardziej obyczajność. Ocena np. zgwałcenia w kontekście naruszenia zbiorowego poczucia przyzwoitości kłóciłaby się z elementarnymi rozróżnieniami moralnymi i uwłaczałaby godności ofiary. Niektóre przestępstwa seksualne nie są więc karalne z powodu naruszenia obyczajności. Z drugiej strony, niektóre przestępstwa z rozdziału XXV k.k. nie są skierowane przeciwko wolności seksualnej. Należy wprowadzić uznać, że oprócz oczywistych naruszeń tego właśnie dobra w czynach z art. 197–200 k.k. oraz art. 203–204 k.k., także normy art. 200a i 202 k.k. zakazują danych czynów właśnie ze względu na ochronę wolności seksualnej – np. wolności od bycia epatowanym pornografią i od seksualnych propozycji, od przełamywania dziecięcego wstydu. Jednak już propagowanie zachowań pedofilskich jest karalne wyłącznie ze względu na naruszenie obyczajności. Same czyny pedofilskie, łącznie z przygotowaniem, są przecież karalne na podstawie innych norm. Podobnie kazirodztwo, które jest przestępstwem odrębnym od wykorzystywania seksualnego członków rodziny, także małoletnich (karalnego na podstawie art. 197–200 k.k.) nie jest rozumiane jako naruszenie wolności seksualnej. Jak wskazuje komentator, zgoda

³² R. Krajewski, *Obyczajność jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, *Palestra* 2019/3, s. 55 i n.

na obcowanie płciowe nie ma w wypadku typu art. 201 k.k. żadnego znaczenia prawnego, ponieważ przedmiotem ochrony nie jest dobro indywidualne, ale ogólne, którym jednostka nie może dysponować³³. Wynika stąd, że zarówno wolność seksualna, jak i obyczajność są osobnymi dobrami chronionymi przez kodeks karny. Nie jest więc prawdą, że obyczajność tylko przez wspólną ochronę z wolnością seksualną nabiera konotacji seksualnych.

Drugi argument za rozszerzeniem pojęcia prawnego obyczajności na gruncie kodeksu wykroczeń opiera się na odmiennym charakterze poszczególnych typów czynów przestępnych i wykroczeniowych, z których pierwsze mają posiadać charakter seksualny, a drugie nie. Do wszystkich czynów z rozdziału XXV zasadnie stosuje się określenie „przestępstwa seksualne”³⁴. Natomiast, zauważa się, że dwa z trzech zjawisk z rozdziału XVI Kodeksu wykroczeń nie są jednoznacznie seksualne, a mianowicie nieobyczajny wybryk i nieprzyzwoity rysunek czy napis. Należy więc rozważyć, jak dalece poza seksualność sięga tu pojęcie obyczajności i czy w ustawie wykroczeniowej ma ono inne znaczenie niż w ustawie karnej.

Pole znaczeniowe „obyczajności publicznej” odtwarza się na podstawie języka powszechnego oraz kontekstu całego rozdziału. W pierwszej kolejności wykładnia językowa odwołuje się do znaczenia potocznego w języku polskim. Wydaje się, że gdy Polak mówi o nieprzyzwoitym rysunku, to ma na myśli rysunek obsceniczny, nieskromny. Także zgodnie z *Małym słownikiem języka polskiego PWN* nieprzyzwoity to: *nieskromny, bezwstydy, nieobyczajny. Niezgodny z panującymi normami, zasadami, etykietą*³⁵. Skoro słownik podaje szeroką definicję, w której niezgodność z panującymi normami nie została dookreślona co do charakteru tych norm, to można zastanawiać się, czy znaczenie słowa nieprzyzwoity w języku ogólnym polskim jest na tyle szerokie, by obejmować niezgodność ze wszelkimi normami, tj. moralnymi, estetycznymi, obyczajowymi, religijnymi, a nawet prawnymi. Jednak właśnie w celu dookreślenia znaczenia słownik podaje wyrazy równoznaczne. Nie ma wątpliwości, że podane na początku definicji wyrazy: nieskromny, bezwstydy, nieobyczajny, odnoszą się do norm związanych z intymnością.

Należy dodać, że posiadając ten sam źródłosłów, obyczajność i obyczaj mają jednak inne znaczenia. Ten ostatni bowiem oznacza zbiór norm i rytuałów przyjętych na podstawie społecznego uzusu. Obyczajność natomiast odnosi się nie do samych norm, ale do postawy człowieka względem norm. Obyczajne jest zachowanie zgodne z obyczajem, a wskazane argumenty pozwalają łączyć ten obyczaj z zachowywaniem granic intymności w stosunkach społecznych. Jeśli więc słowo obyczajność dotyczy sfery norm odnoszących się do spraw intymnych, to przymiotnik „publiczna” wzmacnia to znaczenie, świadcząc jednoznacznie

³³ M. Bielski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz, Część szczególna*, red. W. Wróbel. A. Zoll, Tom II, Warszawa 2017, s. 780.

³⁴ M. Bielski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz...*, red. W. Wróbel. A. Zoll, s. 658–660.

³⁵ *Mały słownik języka polskiego PWN*, Warszawa, 1994.

o tym, że dobrem chronionym jest utrzymanie intymnej sfery życia w miejscach publicznych w odpowiednich, powszechnie przyjętych granicach³⁶.

Zestaw zachowań poddanych ściganiu przepisami rozdziału XVI k.w. mieści się, w węższym sensie, w zestawie zachowań dotyczącym naruszania granic intymności w życiu społecznym. Na końcu rozdziału znajduje się przepis penalizujący nachalną prostytutkę. Czynność nieobyczajna tutaj polega wprost na agresywnym oferowaniu seksu poza sytuacją intymną. W art. 140 k.w. wskazano natomiast nieobyczajny wybryk – szczególny typ wybryku, wyróżniony przez dobro chronione, na które skierowane zostało wykroczenie. Nie ma wątpliwości, że interpretacja obyczajności musi być na tyle wąska, aby nie wejść w zakres normowania innych przepisów wykroczeniowych. Porządek społeczny, zarówno materialny, jak i duchowy, jest chroniony w innym miejscu, szczególnie w art. 51 k.w. Tu także chodzi o wybryk, a więc o zachowanie, które w sposób nagły i jaskrawy przełamuje zasady współżycia, ale te odnoszące się do obyczajności. Gdyby interpretować nieobyczajność przez pryzmat wszystkich norm współżycia społecznego, doszłoby się do rozszerzenia zakresu zastosowania art. 140 k.w. na pole, w którym już działa art. 51 k.w. Zbędne stałyby się także inne przepisy wykroczeniowe, w których czynność sprawcza jest nacechowana lekceważeniem dla tychże norm i ma nagły przebieg. Wynika stąd wskazówka, że aby nie pozbawiać znaczenia innych norm tej samej ustawy, należy zgodnie z intuicją językową ograniczyć nieobyczajny wybryk do publicznego naruszenia granic tego, co społeczeństwo uznaje za intymne.

Jeśli obyczajność znaczy za każdym razem to samo, to zarazem czytelne jest swego rodzaju rozróżnienie przez prawodawcę sfer obyczajności i związane z tym stopniowanie interwencji karnej. Obyczajność obejmuje m.in. zakres zachowań, które nie podlegają w ogóle sankcji karnej, a jedynie rozsianej sankcji społecznej. Węższy zakres, który ustawodawca zdecydował się poddać ściganiu w kodeksie wykroczeń, został oddzielony szczególnym *ratio legis* ochrony obyczajności we wrażliwej sferze intymnej. Jeszcze węższy jest zakres czynów karalnych skierowanych przeciwko obyczajności z rozdziału XXV k.k. Różnica polega na tym, że szczególnie szkodliwe społecznie i jaskrawe przypadki naruszenia obyczajności ograniczają się właśnie do sfery seksualnej. Zależność ta jest wprost proporcjonalna do poziomu intymności danych spraw i związanej z tym wrażliwości dobra, jakim jest poszanowanie społeczne chroniących je granic.

Zatem argumenty językowe i systemowe przemawiają za tym, aby pojęcie obyczajności publicznej jako dobra chronionego w rozdziale XVI k.w. odnieść jednoznacznie do tych zjawisk społecznych, które normy współżycia rezerwują dla intymnych okoliczności. W tych ramach nie byłoby racjonalne, aby art. 141 k.w. odrywał się od pola semantycznego rozdziału

³⁶ Przy zmieniających się konotacjach językowych obyczajność w języku powszechnym może być odnośna także do innych niż regulujące granice intymności, norm. Jednak nawet przy szerokim rozumieniu tego słowa, nie ulega wątpliwości, że tylko nieliczne nieobyczajne zachowania podlegają karze. Nawet gdyby pozostawienie gości przez gospodarzy samych przy stole było uznane za przejaw nieobyczajności, to byłoby odległe od zakresu zastosowania interpretowanych norm.

i odsyłał do szerokiego zakresu norm obyczajowych. Wykładnia systemowa nakazuje ograniczyć zakres chronionych dóbr do tych związanych z intymnością fizjologii i płciowości. Biorąc więc pod uwagę kontekst systemowy, nieprzyzwoity rysunek to taki, który przedstawia postaci w seksualnym kontekście, czynności fizjologiczne, seksualne albo narządy intymne, przy czym nie służy uzasadnionym celom, np. dydaktycznym. Podawane jako przykład nieobyczajnych w szerszym sensie – nieprzyzwoite napisy (nieprzyzwoite słowa)³⁷ również odnoszą się do czynności fizjologicznych, intymnych części ciała albo do seksualności człowieka. Dotyczy to zarówno słownika nieparlamentarnych wyrazów, jak i związków frazeologicznych, kontekstów, w których występują w miejscach publicznych na tyle często, aby uzasadniać ściganie.

Nie znajduje żadnych podstaw założenie, że art. 141 k.w. podlega rozszerzającej wykładni. Nie jest też uzasadnionym oczekiwanie, by ustawodawca wprowadzał dodatkowe wskazówki nakazujące interpretować dane pojęcie w obrębie prawa wykroczeń ściśle³⁸. Wykładnia ścieśniająca wszystkich norm prawa karnego wynika z samego art. 1 k.w., a wykładnia rozszerzająca prowadziłaby do naruszenia zasady *nullum crimen sine lege certa et stricta*.

Po jednoznacznym odtworzeniu znaczenia normy na podstawie wykładni językowej, potwierdzonym przez wykładnię systemową, nie wolno przełamywać jej znaczenia, odwołując się do argumentów funkcjonalnych. Prawdą jest, że łatwo wskazać w Kodeksie wykroczeń racje dla ograniczenia wolności obywatelskich, wszak podstawową funkcją tej ustawy jest ograniczenie swobód obywatelskich. Jednak argumenty celowościowe ustaw karnych nie mogą odrywać się od aksjologii innych aktów prawnych. Szczególnie posłużenie się argumentem funkcjonalnym w celu ograniczenia wolności prawnie chronionej, wymaga zestawienia z wartościami stojącymi za tą wolnością i rzetelnego ustalenia hierarchii wartości, na której ten fragment systemu prawa jest oparty. Nadto argumenty funkcjonalne muszą zostać uzgodnione z argumentami językowymi i systemowymi, a te świadczą o przeciwnym kierunku wykładni.

Nie jest natomiast w ogóle wykładnią, a w szczególności wykładnią funkcjonalną, odwołanie się do subiektywnych ocen interpretatora. Dotyczy to na przykład następującego stwierdzenia, uzasadniającego wyrok skazujący na podstawie art 141 k.w. za ekspozycję bannera w miejscu publicznym:

Jednak jak się wydaje, uznanie czegoś za nieprzyzwoite zależy w dużym stopniu od wrażliwości oceniającego. (...) [O]brazy cechowały się łamaniem podstawowych zasad obyczajowych, etycznych, estetycznych, były niewłaściwe i budziły ogólne zgorszenie³⁹.

³⁷ R. Krajewski, *Obyczajność jako przedmiot ochrony...*, s. 55 i n.

³⁸ Tak, błędnie, np. R. Krajewski, *Obyczajność jako przedmiot ochrony...*, s. 55 i n.

³⁹ Uzasadnienie wyroku skazującego z 27 czerwca 2018 r., Sądu Rejonowego w Opolu, Wydział II Karny, II W 2184/17, niepubl., uchylonego wyrokiem Sądu Okręgowego w Opolu z 10 grudnia 2018 r., VII Ka 956/18, niepubl., który uniewinnił obwinionych.

Zdaniem tego składu orzekającego, zastosowanie art. 141 k.w. do stanu faktycznego polegało na *zadaniu sobie pytania, czy prezentowanie przez obwinionych na chodniku przed szpitalem ginekologicznym na wielkich kamerach rozcłonkowanych, zakrwawionych szczątków dziecięcych, było postępowaniem nieprzyzwoitym*. W przyjętym tu sensie można mówić o zachowaniu naruszającym dowolną normę jako o zachowaniu nieprzyzwoitym, co rozszerza zakres zastosowania art. 141 k.w. poza jakiekolwiek granice. Interpretacją *contra legem* było też przyjęcie, że znamieniem art. 141 k.w. jest lekceważenie innych ludzi i wywołanie oburzenia społecznego, zgorszenia, sprzeciwu czy też odrazy. Rozróżnienie „umieszczenia w miejscu publicznym nieprzyzwoitego rysunku”, będącego znamieniem wykroczenia i „nieprzyzwoitego postępowania”, będącego kategorią moralną, jest oczywiste. Takie podstawienie nie tyle dokonuje wykładni rozszerzającej, ile tworzy nowe wykroczenie na podstawie analogii. Zasada *nullum crimen sine periculo sociali*, została tu odwrócona i zastosowana jako: sama szkodliwość społeczna tworzy przestępstwo (*periculo sociali facit crimen*).

O ile stosowanie analogii do wykładni art. 141 k.w. jest niedopuszczalne, o tyle nawet odwołując się do analogii, aby uznać, że prezentowane na bannerach treści – szczątki ludzkie po dokonaniu aborcji – cechuje nieprzyzwoitość, należałoby wykazać ich istotne podobieństwo do typowych nieprzyzwoitych rysunków, dla których racjonalnym było stworzenie typu wykroczenia. Są to obrazy przedstawiające intymne części ciała, czynności fizjologiczne, obrazy obsceniczne. Są to więc zachowania, po pierwsze, pospolite, a po drugie, specyficznie wulgarne, łamiące elementarne zasady, wynikające z bardzo niskich motywów. W tym kontekście zdjęcia na bannerach antyaborcyjnych są zasadniczo inne. Po pierwsze, są one prawdziwymi zdjęciami ciał dzieci poczętych zabitych w zabiegu aborcji. Po drugie, celem ich pokazywania jest zwrócenie uwagi na zło moralne aborcji. Jakkolwiek by oceniać trafność i słuszność tej formy, bannery są obliczone na wywołanie szoku, wstrząsu moralnego i zwrócenie uwagi na wartość życia ludzkiego w fazie prenatalnej rozwoju.

Cytowany wyrok nie ostał się. Jak wskazał w wyroku z 10 grudnia 2018 r. uniewinniającym w tejże sprawie Sąd Okręgowy w Opolu⁴⁰, obyczajność publiczna, a w szczególności przyzwoitość, odnoszą się do norm związanych z intymnością i obyczajnością, oddzielających w społeczeństwie to, co intymne od tego, co publiczne. Także kontekst systemowy pozostałych norm rozdziału XVI Kodeksu wykroczeń przemawia, zdaniem tego sądu, za zawężającą interpretacją wyrażenia „nieprzyzwoity rysunek”⁴¹.

Sąd Rejonowy w Jastrzębiu-Zdroju w prawomocnym postanowieniu z 23 listopada 2016 r.⁴² podkreślił, że określenie „nieprzyzwoity” użyte przez ustawodawcę w art. 141 k.w. należy rozumieć: *jako niezgodny z panującymi normami obyczajowymi, zasadami, etyką: nieskromny,*

⁴⁰ Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 10 grudnia 2018 r., VII Ka 956/18, niepubl.

⁴¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 10 grudnia 2018 r., VII Ka 956/18, niepubl. (Publikacja video treści wyroku i uzasadnienia: <https://duckduckgo.com/?q=s%C4%85d+w+opolu+uniewinni%C5%82+fundacja+pro&t=canonical&atb=v169-1&iar=videos&iar=videos&iar=videos&iar=HXpNhRD8BgI>, dostęp: 18.9.2019 r.)

⁴² Postanowienie Sądu Rejonowego w Jastrzębiu-Zdroju z 23 listopada 2016 r., II W 1446/16, niepubl.

bezwstydy, niewłaściwy. Sprawcą wykroczenia spenalizowanego w omawianym przepisie jest osoba, za pośrednictwem której nieprzyzwoity materiał wizualny lub dźwiękowy dotarł do oczu lub uszu bliżej nieokreślonej liczby osób oraz wywołał oburzenie. Sąd Rejonowy w Jastrzębiu-Zdroju podkreślił, iż fotografie zamieszczone na bannerach przedstawiające szczątki ludzkie po dokonaniu zabiegu aborcji, *z uwagi na tematykę mogą być szokujące oraz wywoływać negatywne skojarzenia, jednak kryterium nieprzyzwoitości (...) nie ma zastosowania w danym stanie faktycznym*. Tę samą linię wykładni art. 141 k.w. przyjął Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, uniewinniającym przeciwników aborcji w orzeczeniu wydanym 20 czerwca 2013 r., uznając, że:

nieprzyzwoity to niezgodny z panującymi społeczeństwie zasadami etyczno-moralnymi. Ocena znamienia nieprzyzwoitości musi być oparta na zobiektywizowanych kryteriach i odwoływać do przeważających ocen społecznych. Wskazuje się również, że zachowanie nieprzyzwoite to takie, które stanowi wyraz lekceważenia innych ludzi i może wywoływać oburzenie społeczne⁴³.

W cytowanym orzeczeniu Sąd podkreślił, że nie bez wpływu na ocenę, czy zarzucony czyn zawierał znamiona czynu zabronionego, ma cel działania obwinionego. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa wziął pod uwagę wyjaśnienia obwinionego, iż *rozwieszone plakaty miały na celu ochronę życia ludzkiego od chwili samego poczęcia*, nie można więc mówić w takim przypadku o *umieszczeniu nieprzyzwoitego ogłoszenia*. Również Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Śródmieścia, VI Wydział Karny 31 maja 2016 r.⁴⁴ uznał w identycznej sprawie, że choć obwiniony wystawił w miejscu publicznym plakaty przedstawiające martwe, poranione i zakrwawione płody, to nie sposób przyjąć, że były to obrazy nieprzyzwoite w rozumieniu ustawy.

Tenże Sąd w postanowieniu z 9 listopada 2015 r.⁴⁵ uzasadnił, że nachalność tego rodzaju przekazu w niektórych środowiskach może wywoływać niechęć, jednakże przekaz ten wpisuje się w zaakceptowany zwyczaj podkreślania mocy wyrażanych treści przy pomocy ujęć mających silnie oddziaływać na odbiorców. Natomiast, zdaniem sądu, tego właśnie rodzaju zdarzenia społeczne są w kontekście art. 141 k.w. prawnie irrelevantne.

Od interpretacji odnoszącej się do znamion analizowanego wykroczenia odszedł natomiast Sąd Okręgowy we Wrocławiu w postanowieniu z 28 stycznia 2018 r.⁴⁶ Powodem uchylenia wyroku umarzającego postępowanie na podstawie art. 141 k.w. i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania był dla Sądu Okręgowego argument subiektywnej miary osoby zgorszonej banerem oraz argument odnoszący się do skutku wywołanego umieszczeniem bannera w miejscu publicznym. Sąd stwierdził:

Nie ulega przecież wątpliwości fakt, iż człowiek o minimalnej choćby wrażliwości nie chce być narażony na oglądanie wizerunków zmasakrowanych ciał, zwłok, rozcłunkowanych

⁴³ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa z 20 czerwca 2013 r., W 2152/12, niepubl.

⁴⁴ Wyrok Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Śródmieścia z 31 maja 2016 r., VI W 3461/16, niepubl.

⁴⁵ Postanowienie Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Śródmieścia z 9 listopada 2015 r., VI W 3604/15, niepubl.

⁴⁶ Postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 28 stycznia 2018 r., IV Kz 1203/18, LEX nr 2615994.

płodów, krwi, ran, okaleczeń i temu podobnych obrazów epatujących nadmiernym okrucieństwem. Świadczą o tym zarówno coraz częstsze zawiadomienia obywateli nie życzących sobie styczności z takimi treściami, ich prośby kierowane do różnych organów o interwencję, jak i wyniki badań IPSOS z 2018r.

(...) Z kolei określenie „nieprzyzwoity” – jak wskazuje się zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i w doktrynie prawniczej – to określenie nieostre, podobnie jak wiele określeń używanych w kodeksie wykroczeń (np. „nieobyczajny”, „złośliwie”). Jednak uznanie czegoś za nieprzyzwoite zależy w większym stopniu niż w przypadku innych, występujących w kodeksie wykroczeń znamion nieostrych, od wrażliwości oceniającego. Określenie „nieprzyzwoity” cechuje się bowiem – w rozumieniu potocznym – mniejszym zabarwieniem negatywnym niż np. określenie „złośliwie”. Według Słownika języka polskiego nieprzyzwoity to „niezgodny z panującymi normami obyczajowymi, nieskromny, bezwstydy, niewłaściwy” (*Słownik języka polskiego...*, s. 532). J. Bafia, odnosząc określenie „nieprzyzwoite” do ogłoszenia, napisu, rysunku albo słów, stwierdził, że mogą one „wywołać oburzenie społeczne, mają charakter bezwstydu lub dają wyraz lekceważenia innych ludzi” (J. Bafia [w:] J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks...*, s. 329). Podobne stanowisko zajmują komentatorzy, stwierdzając, iż nieprzyzwoitymi rysunkami, wyrazami itp., o których mowa w art. 141 k.w. są te, które mogą wywołać oburzenie społeczne, mają bezwstydy charakter bądź też dają wyraz lekceważeniu uczuć innych osób (zob.: M. Bojarski [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, prof. dr hab. Marek Bojarski, prof. dr hab. Wojciech Radecki). Wśród synonimów wyrazu „nieprzyzwoity” wymienia się m.in. takie określenia, jak: „nieobyczajny, niewybredny, obsceniczny, obrzydliwy, odpychający, odrażający”.

W uzasadnieniu sąd uchylił się od wykładni abstrakcyjnego znaczenia wyrażenia „nieprzyzwoity”. Świadczy o tym próba powiązania go z wrażliwością oceniającego oraz postawienie w jednym szeregu złośliwości i nieprzyzwoitości, i porównanie tych pojęć pod kątem stopnia negatywnego ładunku, jaki z sobą niosą. Taka interpretacja jednak jest nie do pogodzenia z uporządkowaniem przepisów Kodeksu wykroczeń w rozdziałach, według rodzaju dóbr prawnie chronionych. Wszystko, co jest społecznie nieakceptowalne, może w tej interpretacji uchodzić za nieprzyzwoite. Nie można uznać takiego argumentu, ponieważ znamię przymiotnikowe „nieprzyzwoity” występuje tylko w ściśle określonych miejscach kodeksu. Przyjęta wykładnia próbuje też wprowadzić test przyzwoitości/nieprzyzwoitości rysunków (ogłoszeń, napisów) na podstawie skutku, jaki wywołują one u odbiorców. Błędność takiego rozumowania wynika przede wszystkim stąd, że wykroczenie z art. 141 ma formalny charakter. Nadto określoność znaczenia wyrażenia normatywnego zostaje w ten sposób faktycznie zastąpiona zmiennymi ocenami społecznymi.

Mimo jego oczywistej błędności, argument ten Sąd Okręgowy we Wrocławiu powtórzył w późniejszym postanowieniu z dnia 18 października 2018 r.⁴⁷ Sąd stwierdził:

skoro dana treść może „szokować” i „wywołać negatywne odczucia” u nieograniczonego kręgu odbiorców, to niewątpliwie stanowi ona przejaw lekceważenia uczuć innych osób i wywołuje oburzenie, a w konsekwencji nosi znamiona „nieprzyzwoitości”.

⁴⁷ Postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 18 października 2018 r., IV Kz 617/18, niepubl.

W uzasadnieniu tym należy wyróżnić dwie tezy, na których oparto interpretację pozwalającą zakwalifikować bannery antyaborcyjne z art. 141 k.w.: pierwszą, że znamię nieprzyzwoitości wiąże się z negatywnym nastawieniem sprawcy do czynu oraz lekceważeniem przez niego norm społecznych, oraz drugą, że skutek polegający na oburzeniu stanowi znamię wykroczenia, związane treściowo z kategorią nieprzyzwoitości. W tym rozumowaniu sąd posłużył się w istocie znamionami z art. 51 k.w., w kontekście którego często pojawiają się zarzuty wobec osób prezentujących bannery. Przeniesienie znamion wybryku i skutku w postaci oburzenia społecznego z art. 51 k.w. na art. 141 k.w. jest rażącym błędem interpretacyjnym.

5.2. Strona podmiotowa

Wykroczenie z art. 141 Kodeksu wykroczeń może być popełnione tylko w zamiarze bezpośrednim. Sąd rozpoznający tego typu sprawę, powinien zadać pytanie, co sprawca obejmował swoim zamiarem. Nie wydaje się wystarczające, aby badać świadomość i zamiar jedynie w odniesieniu do technicznej strony czynu, czyli dokonania aktu umieszczenia danego obrazu w miejscu publicznym. Racją dla karania za umyślne wykroczenie jest bowiem świadomy atak na dobro chronione. Skoro dobrem chronionym w tym wypadku jest obyczajność publiczna, to należy udowodnić, że sprawca obejmował swoim zamiarem naruszenie obyczajności publicznej.

W takim wypadku warunkiem skazania za wykroczenie z art. 141 k.w. będzie zbadanie rzeczywistego zamiaru, przy czym wydaje się, że zamiar podniesienia standardów moralnych w społeczeństwie i zamiar wystąpienia przeciwko obyczajności publicznej, nie mogą faktycznie występować w psychice sprawcy jednocześnie. Zamiar, na który powołują się działacze antyaborcyjni, jest informacyjny i perswazyjny. Jest nim przekonanie społeczeństwa, że zabieg aborcji polega na zabiciu nienarodzonego dziecka. Z naukowego punktu widzenia jest to twierdzenie poprawne⁴⁸, nie zaprzeczają mu działacze proaborcyjni⁴⁹. W rozumieniu

⁴⁸ Zob. np. Maureen L. Condit, *When Does Human Life Begin?* „Westchester institute”, t. 1, nr 1, 10.2008 r. i cytowaną tam literaturę.

⁴⁹ Zob. np. wypowiedź Faye Wattleton, prezes „Planned Parenthood” dla „Ms. Magazine” w 1997 r.: *Uważam, że łudzimy się myśląc, że ludzie nie wiedzą, że aborcja to zabójstwo. Więc każde kłamstwo, że aborcja nie jest zabójstwem, jest sygnałem naszej ambiwalencji, sygnałem, że nie potrafimy powiedzieć, tak, aborcja zabija płód, ale to jest ciało kobiety i dlatego to jej wybór*; Camille Paglia również przyznaje: *Weźmy pod uwagę aborcję, której jestem gorącą zwolenniczką. Jako ateistka i libertarianka uważam, że rząd powinien wycofać się ze sfery wyborów osobistych. (...) Dlatego zawsze otwarcie przyznawałam, że aborcja jest morderstwem, eksterminacją bezbronnych przez silniejszych. Liberałowie zazwyczaj uciekali od etycznych konsekwencji aborcji, co spowodowało anihilację konkretnych jednostek, a nie tylko kawałków tkanki bez uczucia* (*Fresh blood for the vampire*, 10.09.2008 r., http://www.salon.com/2008/09/10/palin_10/, dostęp: 14.08.2019 r.); Dyrektor Narodowej Koalicji podmiotów przeprowadzających aborcję William R. Fitzsimmons w wywiadzie dla *New York Times’a* z 26.02.1997 r. przyznał, że jednym z faktów aborcyjnych jest to, że kobiety wchodzą do klinik aborcyjnych, po to, żeby zabić swoje płody. *„To jest forma zabójstwa”, „kończysz czyjeś życie”*. <https://www.nytimes.com/1997/02/26/us/an-abortion-rights-advocate-says-he-lied-about-procedure.html> (dostęp: 18.9.2019 r.)

polskiego prawa dzieckiem jest istota ludzka od momentu poczęcia⁵⁰. Społeczność międzynarodowa dała również temu wyraz w Deklaracji Praw Dziecka i Konwencji o Prawach Dziecka. W ich preambułach podkreśla się, iż „dziecko, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu”⁵¹.

Sąd powinien badać, czy motywacja, na którą powołują się osoby odpowiedzialne za ekspozycję bannerów, jest usprawiedliwiona i rzeczywista. W trakcie zgromadzeń, na których prezentowane są bannery antyaborcyjne, aktywiści wielokrotnie zbierali głosy poparcia dla obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej zmierzającej do zakazu dokonywania aborcji. Przed sądem powoływali się na cel perswazyjny ich przekazu, mający skłonić członków społeczeństwa do uchYLENIA dopuszczalności aborcji.

6. Szkodliwość społeczna publicznego prezentowania bannerów antyaborcyjnych

Niezależnie od uznania, czy opis czynności sprawczych w art. 51 bądź 141 Kodeksu wykroczeń odnosi się do prezentowania bannerów antyaborcyjnych, do przypisania wykroczenia konieczne jest stwierdzenie szkodliwości tego zachowania na podstawie ogólnej zasady art. 1 k.w. Uważa się, że: *kryminalizacja zachowań człowieka opiera się na ocenie tych zachowań w świetle systemu wartości cennych społecznie. Dopiero naruszenie tych wartości jest społecznie szkodliwe*⁵².

Kodeks wykroczeń dopuszcza w konkretnych przypadkach całkowity brak społecznej szkodliwości generalnie zakazanych. Jak wskazano w wyroku SN z 25 stycznia 2000 r.⁵³, wcześniej w wyroku SN z dnia 22 lipca 1997 r.⁵⁴, ustalenie takie skutkuje stwierdzeniem, że czyn nie wyczerpał znamienia materialnego wykroczenia.

W związku z tym przy ocenie społecznej szkodliwości analogicznych czynów należy wziąć pod uwagę ustalenia przez sądy orzekające w tożsamych sprawach, że prezentowane bannery nie zmieniają stanu wrażliwości współczesnego społeczeństwa, przyzwyczajonego do drastycznych form wyrazu. Ocena szkodliwości społecznej podobnych zachowań musi też brać pod uwagę fakt, że jednocześnie są one korzystaniem z konstytucyjnych wolności i wykonywaniem praw obywatelskich i praw człowieka w rozumieniu konwencji międzynarodowych, co samo w sobie jest społecznie korzystne.

⁵⁰ Zob. np. art. 2 ust. 1 stawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 992 ze zm.): *W rozumieniu ustawy dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności.*

⁵¹ Por. preambuły Deklaracji Praw Dziecka uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 20 listopada 1959 r. oraz Konwencji o Prawach Dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.).

⁵² Kodeks karny. Komentarz, red. A. Grześkowiak i K. Wiak; Warszawa 2012, s. 30.

⁵³ Wyrok SN z 25 stycznia 2000 r., WKN 45/99, OSNKW 2000/5-6/47.

⁵⁴ Wyrok SN z 22 lipca 1997 r., III KRN 222/96, Prokuratura i Prawo, 1998/4 poz. 18 s. 12.

7. Wolność wypowiedzi i zgromadzeń jako okoliczności uchylające bezprawność

Korzystanie z praw podstawowych można rozpatrywać jako okoliczność uchylającą bezprawność, kontratyp wykroczenia. Jak pisze A. Marek, *Pojęcie kontratypu obejmuje zatem określone prawem okoliczności, które z powodu braku szkodliwości lub niecelowości karania uchylają bezprawność podjętych w ich ramach czynów wypełniających ustawowe znamiona czynu zabronionego*⁵⁵.

Niezależnie od uznania albo nie, tej formy, nikt nie ma wątpliwości, że prezentowanie bannerów antyaborcyjnych jest głosem w dyskusji o dopuszczalności aborcji. Jest to więc realizacja praw i wolności człowieka i obywatela. W europejskim porządku obowiązuje Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, w której na szczególną uwagę w kontekście pracy zasługują art. 10, chroniący wolność słowa i art. 11, chroniący wolność zgromadzeń⁵⁶.

7.1. Wolność słowa

Zgodnie z poglądem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wolność wypowiedzi to możliwość wyrażania w wybranej formie, werbalnej bądź niewerbalnej, myśli i przekonań. Wolność wypowiedzi bywa też utożsamiana z wolnością ekspresji, czyli możliwością przekazywania informacji i idei w swobodnie wybranej formie i do wybranych odbiorców⁵⁷.

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności wart. 10 ust. 1 stanowi, że każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii bez ingerencji władz publicznych. Ściganie karne zachowania byłoby cenzurą prewencyjną wypowiedzi, naruszającą wolność chronioną art. 10 Konwencji. W sprawie Wizerkaniuk przeciwko Polsce⁵⁸ i Braun przeciwko Polsce⁵⁹

⁵⁵ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 171 i n.

⁵⁶ Art. 10. 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. 2. Korzystanie z tych wolności, jako pociągające 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 tajnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.

Art. 11. 1. Każdy ma prawo do swobodnego, pokojowego zgromadzania się oraz do swobodnego stowarzyszania się, włącznie z prawem tworzenia związków zawodowych i przystępowania do nich dla ochrony swoich interesów. 2. Wykonywanie tych praw nie może podlegać innym ograniczeniom niż te, które określa ustawa i które są konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa państwowego lub publicznego, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwu, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Niniejszy przepis nie stanowi przeszkody w nakładaniu zgodnych z prawem ograniczeń w korzystaniu z tych praw przez członków sił zbrojnych, policji lub administracji państwowej.

⁵⁷ J. Sobczak, *Swoboda wypowiedzi w orzecznictwie Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*. Cz. 1, *Ius Novum* 2007/2–3, s. 5 i n.; L. Wiśniewski, *Wolność słowa i druku*, *Studia Prawnicze* 1986/3–4, s. 3 i n.

⁵⁸ Wyrok ETPCz z 5 lipca 2011, skarga 18990/05.

⁵⁹ Wyrok ETPCz z 4 listopada 2014, skarga 30162/10.

Trybunał przypominał, że Konwencja zapewnia ochronę wszystkim uczestnikom debaty na temat spraw uzasadnionego zainteresowania publicznego. Zwrócił uwagę, że art. 10.1 Konwencji ma zastosowanie nie tylko do informacji czy idei, które są przychylnie przyjmowane albo traktowane jako nieszkodliwe lub obojętne, lecz także do tych, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji i otwartości, bez których nie ma demokratycznego społeczeństwa. W wyroku w sprawie Sosinowska przeciwko Polsce podkreślono: *Trybunał zwraca także uwagę na fakt, że Artykuł 10 gwarantuje wolność wyrażania opinii „każdemu”*⁶⁰.

Zgodnie z Art. 10 § 2 Konwencji, ta wolność jest przedmiotem wyjątków, które muszą być jednak ściśle interpretowane, a konieczność jakichkolwiek ograniczeń musi być przekonująco ustalona⁶¹. W sprawie Kania i Kittel przeciwko Polsce⁶² stwierdzono nadto:

Prawdą jest, że biorąc udział w debacie publicznej dotyczącej kwestii budzących powszechne zainteresowanie – jak uczynili to skarżący w przedmiotowej sprawie – każdy może uciec się do przesady, a nawet prowokacji lub innymi słowy posłużyć się dosadnym stwierdzeniem (zobacz Mamère, cyt. pow., § 25).

7.2. Wolność zgromadzeń

Istotą wolności gromadzenia się i manifestacji jest możliwość wyrażenia przez każdego obywatela swojej opinii i swojego sprzeciwu, w tym *kwestionowania każdej decyzji pochodzącej od jakiejkolwiek władzy*⁶³. Dotyczy to w szczególności decyzji prawodawczej. Europejski Trybunał interpretuje zakres wolności zgromadzeń bardzo szeroko, uznając za mieszczące się w prawie do zgromadzania się wolne od przemocy akty cywilnego nieposłuszeństwa⁶⁴. Polski Trybunał Konstytucyjny podkreśla w swych orzeczeniach, że *[c]elem wolności zgromadzeń jest nie tylko zapewnienie autonomii i samorealizacji jednostki, ale również ochrona procesów komunikacji społecznej (...)*⁶⁵. W tym znaczeniu wolność zgromadzeń służy także interesowi społeczeństwa jako całości. Jak pisze B. Banaszak: wolności i prawa polityczne

⁶⁰ Wyrok ETPCz z 18 października 2011 r., skarga 10247/09.

⁶¹ Zob. wyrok ETPCz z 21 stycznia 1999 r. w sprawie Janowski przeciwko Polsce (Wielka Izba), skarga 25716/94, § 30, ECHR 1999-I; wyrok ETPCz z 25 listopada 1999 r. w sprawie Nilsen i Johnsen przeciwko Norwegii, skarga 23118/93, § 43, ECHR 1999-VIII i wyrok z 8 lipca 1986 r. w sprawie Lingens przeciwko Austrii, skarga 98115/82, § 41, Series A. 103.

⁶² Wyrok ETPCz z 21 czerwca 2011 r., skarga 35105/04.

⁶³ Wyrok ETPCz z 3 lutego 2009 r. w sprawie Women on Waves i inni przeciwko Portugalii, skarga 31276/05, tezy, stan faktyczny i omówienie orzeczenia, [w:] M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał. Wybór orzeczeń 2009*, s. 263.

⁶⁴ Por. orzeczenie z 6 marca 1989 r. w sprawie G. przeciwko Niemcom, skarga Nr 13079/87.

⁶⁵ Por. uzasadnienie do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 10 listopada 2004 r., Kp 1/04, OTK-A 2004/10/105.

należy traktować jako narzędzia gwarantujące jednostce możliwość aktywnego udziału w kształtowaniu polityki państwa⁶⁶.

Biorąc pod uwagę dużą doniosłość tego prawa i dynamikę życia publicznego, ochronie podlegają nie tylko zgromadzenia uprzednio notyfikowane odpowiednim władzom, lecz także – a może przede wszystkim – zgromadzenia spontaniczne, tj. będące reakcją obywateli podyktowaną istotnymi wydarzeniami ze sfery prawnej lub politycznej, której opóźnienie czyniłoby tę reakcję nieaktualną. Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu z 3 maja 2007 r. w sprawie *Bączkowski i inni przeciwko Polsce*⁶⁷, zauważył, że wolność pokojowego zgromadzania się – jeżeli nie można z niej skorzystać w odpowiednim czasie – traci swoje znaczenie⁶⁸.

Ochronie prawnej podlegają wyłącznie zgromadzenia pokojowe, tj. takie, których przebieg nie prowadzi do naruszenia integralności cielesnej osób fizycznych – zarówno uczestników zgromadzenia, kontr-demonstrantów, osób postronnych, jak i personelu zabezpieczającego przebieg zgromadzenia i funkcjonariuszy sił porządkowych – ani też nie będzie skutkować naruszeniem mienia prywatnego lub publicznego. Podkreśla się przy tym, iż zgromadzenie publiczne, z samej swej natury złożone z grupy osób zebranych w przestrzeni publicznej,

może wywoływać zakłócenia w normalnym funkcjonowaniu lokalnej społeczności, a pewien stopień tych uciążliwości jest naturalną konsekwencją zgromadzenia. Jednocześnie jednak uczestnicy zgromadzenia publicznego mają prawo do korzystania z miejsc publicznych w takim samym lub nawet większym stopniu w jakim inne osoby mają prawo do korzystania z tych miejsc dla zaspokojenia swoich rutynowych potrzeb⁶⁹.

Tym samym zgromadzenie nie traci charakteru pokojowego przez to, że poważnie utrudnia lub zagraża działalności osób trzecich, a za jego pokojowym charakterem przemawia domniemanie.

Na prawo to mogą się powoływać w szczególności organizatorzy manifestacji sprzeciwu wobec ustawowej dopuszczalności aborcji.

⁶⁶ Por. B. Banaszak, *Ogólne wiadomości o prawach człowieka*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 28.

⁶⁷ Skarga nr 1543/06.

⁶⁸ W doktrynie sformułowano przesłanki legalnych zgromadzeń spontanicznych, do których należy istotność i żywotność dla debaty publicznej problemu, na który chcą zwrócić uwagę uczestnicy zgromadzenia, natomiast konieczność natychmiastowej reakcji wywołana jest istotnymi wydarzeniami ze sfery prawnej lub politycznej, co w przypadku upływu czasu rodziłoby obawę osłabienia oddziaływania zgromadzenia (por. *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz*, Tom I, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 699).

⁶⁹ *Konwencja...*, red. L. Garlicki, s. 697.

7.3. Zasada proporcjonalności

Zasada proporcjonalności aktów państwowych, w szczególności prawodawczych, ingerujących w wolności jednostki ma umocowanie zarówno w Polskiej Konstytucji, jak i w prawie międzynarodowym praw człowieka. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 września 2009 r.⁷⁰ potwierdził, że: *Podawanie faktów prawdziwych co do zasady nie może być zakazane zwłaszcza, gdy leży to w interesie społecznym*. W kolizji między wolnością słowa a dobrami osobistymi wolność słowa ma wartość przeważającą. Z kolei Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie Stankiewicz przeciwko Polsce⁷¹ wskazywał, że:

Układające się Państwa mają pewien margines swobody w ocenie, czy taka potrzeba (ingerencji i ograniczenia wolności słowa – przyp. OP) istnieje, jednak idzie to w parze z europejskim nadzorem, obejmującym zarówno ustawodawstwo, jak i decyzje stosowania prawa, również te wydane przez niezależne sądy. Trybunał jest zatem upoważniony do wydania ostatecznego orzeczenia, czy „ograniczenie” da się pogodzić z wolnością wypowiedzi, zagwarantowaną w Artykule 10. (zob., m.in., *Perna przeciwko Włochom [Wielka izba]*, skarga nr 48898/99, pkt 39, ECHR 2003-V, oraz *Association Ekin przeciwko Francji*, skarga nr 39288/98, pkt 56, ECHR 2001-VIII).

W wyroku w sprawie Annen przeciwko Niemcom⁷² Europejski Trybunał przyznał ochronę wolności prezentowania poglądów na temat aborcji, nie znajdując w dobrach osobistych poszczególnych osób usprawiedliwienia dla sądowej cenzury wypowiedzi.

8. Czynności wyjaśniające w sprawach wykroczeń z art. 51 § 1 i art. 141 Kodeksu wykroczeń

Zgodnie z art. 54 § 1 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia⁷³ pojawienie się zawiadomienia o popełnieniu wykroczenia obliguje Policję do przeprowadzenia czynności wyjaśniających⁷⁴. Zarazem na mocy art. 5 pkt 1) i 2) k.p.w., nie wszczyna się postępowania, gdy brak danych uzasadniających dostatecznie podejrzenie popełnienia czynu, lub czyn nie zawiera znamion wykroczenia. Wydaje się, że funkcjonariusz Policji powinien wiedzieć, jakie czynności są niezbędne i zarazem wystarczające w danej sprawie do tego, aby

⁷⁰ Wyrok SN z 10 września 2009 r., V CSK 64/09, LEX nr 585910.

⁷¹ Wyrok ETPCz z 3 listopada 2015 r., skarga 48053/11.

⁷² Wyrok ETPCz z 26 listopada 2016 r., skarga 3690/10.

⁷³ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1120 ze zm.), dalej także: k.p.w.

⁷⁴ Przeprowadzanie czynności wyjaśniających ma charakter nieformalny. Czynności te nie stanowią czynności dowodowych, ale polegają na zdobywaniu informacji o dowodach. W. Kotowski, [w:] W. Kotowski, B. Kurzępa, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2016, SiP Legalis, komentarz do art. 25 k.p.w.s.w., nb. 2.

niezwłocznie rozstrzygnąć, czy postępowanie należy wszczynać, czy odmówić wszczęcia postępowania. Czynności wyjaśniające nie powinny być prowadzone ponad niezbędne. Jak wskazano w opinii dla KG Policji⁷⁵,

[z]właszcza przesłuchanie uczestników zdarzenia nie zawsze będzie celowe i uzasadnione. Zgodnie bowiem z art. 54 § 6 k.p.w. przesłuchanie ma charakter obligatoryjny jedynie wówczas, gdy istnieje uzasadniona podstawa do sporządzenia wniosku o ukaranie przeciwko osobie przesłuchiwanej. W sytuacjach, kiedy okoliczności nie budzą wątpliwości, np. zdarzenie jest identyczne, jak w poprzednio rozpoznawanych przypadkach, funkcjonariusz Policji może ograniczyć się jedynie do notatki służbowej.

Osobnym zagadnieniem jest status pokrzywdzonego w postępowaniach na gruncie art. 51 i 141 k.w. Ponieważ według art. 25 § 1 k.p.w. status ten ustala się na podstawie dobra chronionego, a nie na podstawie znamion czynu, błędem jest automatyczne traktowanie osób zawiadamiających o wykroczeniu, powołujących się na swoje oburzenie, jako pokrzywdzonych i dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W cytowanej Opinii wskazuje się dalej:

Ponieważ przedmiotem ochrony w przypadku wykroczenia z art. 141 k.w. jest obyczajność publiczna, w sprawach na tle tego przepisu brak jest strony pokrzywdzonej. Ponieważ art. 51 § 1 k.w. statuuje wykroczenie skutkowe, uznaje się, że przynajmniej jedna osoba musi doznać dolegliwości z powodu wybryku. Natomiast przedmiot ochrony, który stanowi o statusie pokrzywdzonego, to spokój i porządek publiczny, które mają charakter zbiorowy, a nie indywidualny⁷⁶.

Dlatego osoba, która zgłasza gorszący ją fakt funkcjonariuszowi, nie posiada jednak statusu pokrzywdzonego. Jednostkowe zgorszenie jest w tym przypadku jedynie okolicznością pozwalającą ustalić znamię czynu.⁷⁷ Zarazem nie jest wystarczające, aby uznać to znamię za wypełnione. Zgorszenie lub naruszenie porządku publicznego musi mieć charakter obiektywny i powszechny, a więc nie może zależeć od subiektywnych odczuć osoby zgłaszającej.

⁷⁵ J. Ferencz (red.), *Zakres niezbędnych czynności podejmowanych przez Policję w sprawach o wykroczenia*, Opinia prawna dla Wydziału Prewencji KG Policji, Warszawa 2017.

⁷⁶ J. Ferencz (red.), *Zakres niezbędnych czynności...*

⁷⁷ Rozwinięcie zagadnień proceduralnych związanych z czynnościami wyjaśniającymi w sprawach o wykroczenia z art. 51 i 141 k.w. znajduje się w: B. Lewandowski, M. Majkowska, M. Wadoń, *Prawne aspekty dopuszczalności prezentowania fotografii człowieka w prenatalnym okresie rozwoju pozbawionego życia w wyniku aborcji. Raport Instytutu Ordo Iuris*, Warszawa 2018, ss. 15–19. (https://ordoiuris.pl/pliki/dokumenty/Prawna_dopuszczalnosc_prezentowania_zdjec, dostęp: 18.9.2019 r.)

9. Podsumowanie

Analiza założonego we wstępie stanu faktycznego w kontekście art. 51 § 1 k.w. i art. 141 k.w. prowadzi do następujących wniosków.

- 1) Na przeszkodzie do kwalifikacji wystaw antyaborcyjnych według art. 51 §1 k.w. stoi przede wszystkim znamię wybryku, które zawiera elementy przedmiotowe gwałtownego bądź zuchwałego zachowania zewnętrznego i podmiotowe, nagannej postawy sprawcy. Wybryku nie stanowią natomiast treści. Także działalność informacyjna w ramach celów statutowych organizacji pozarządowej pożytku publicznego nie kwalifikuje się jako wybryk.
- 2) Nie można uznać bannerów i bilbordów antyaborcyjnych za nieprzyzwoite rysunki na podstawie art. 141 k.w., ponieważ wizerunki te nie naruszają norm obyczajności w sferze zachowań intymnych – dobra chronionego tym przepisem. Ponadto w przypadku bannerów prezentowanych przez czas zgromadzenia nie jest wypełnione znamię umieszczenia obrazu w przestrzeni publicznej, które zakłada trwałość.
- 3) Działania organizatorów wystaw antyaborcyjnych należy uznać za realizację wolności wypowiedzi i wolności zgromadzeń. Korzystanie z tych wolności jest realizacją uprawnienia i tym samym wyklucza uznanie tego samego działania za bezprawne i szkodliwe społecznie.
- 4) W sprawach zawiadomień o możliwości popełnienia wykroczenia z jednego, bądź drugiego przepisu, funkcjonariusze Policji są zobligowani przeprowadzić czynności wyjaśniające. Biorąc pod uwagę orzecznictwo w analogicznych sprawach, czynności te powinny ograniczyć się do ustalenia, czy nie zachodzi szczególna okoliczność nakazująca uznać stan faktyczny za istotnie odmienny i uzasadniający ściganie.

