

Krzysztof Kurosz

Wypowiedź symboliczna na ubraniu jako instrument ekspresji własnej osobowości (kiedy błyskawica przestaje być błyskawicą?)

Słowa kluczowe: *dobra osobiste, wolność wypowiedzi, wypowiedź symboliczna, wolność wyznania, moda, dress code*

1. Ludzie, właściwie od zawsze, wyrażali siebie poprzez ubiór i wykorzystywali w tym celu określone znaki. Czynili to i czynią dla indywidualnych celów, ale także aby identyfikować się z grupą, określonymi przekonaniem czy celami. Współcześnie na zagadnienie to patrzemy już jednak szerzej niż poprzez pryzmat wolności osobistej czy prywatności ujawniającej się w miejscach publicznych. Niekiedy określony sposób komunikacji przez ubranie widzimy w kontekście swobody wypowiedzi, swobody wyznania czy wolności ekspresji artystycznej. Różnego rodzaju znaki i symbole na ubraniach pełnią niekiedy funkcje jedynie dekoracyjne, a niekiedy służą jako nośnik określonych znaczeń, nieraz prowokujących, a nawet obraźliwych. W niektórych przypadkach bardzo trudno uciec od ocen intuicyjnych przy ocenie granic wolności oraz jej ograniczeń. Obrazowo ujął to sędzia John Harlan w sprawie *Cohen v. California*: „podczas gdy konkretne czteroliterowe słowo, o które toczy się tutaj spór, jest być może bardziej niesmaczne niż większość innych z tego gatunku, niemniej jednak często prawdą jest, że wulgarność jednego człowieka jest liryką innego”¹. Sprawa ta dotyczyła wulgarnego napisu na kurtce odwieszanej na korytarzu w sądzie, mającego jednak określony wydźwięk ideowy.
2. Komunikowaniu określonych przekonań przez ubiór najbliżej zatem do kwestii swobody wypowiedzi. W niektórych przypadkach znaczenie ma swoboda wyznania. W ramach swobody wypowiedzi rozróżniamy wypowiedź za pomocą słów oraz wypowiedź symboliczną, w której skondensowanym nośnikiem określonych znaczeń są znaki, a niekiedy nawet zestawienia kolorystyczne.
3. Znaczenie dla omawianych zagadnień mają zarówno przepisy prawa prywatnego, jak i publicznego. Odwoływanie się do swobody wypowiedzi ma bowiem sens wówczas, gdy oceniamy treść wypowiedzi bądź sposób jej prezentacji w kontekście ewentualnych naruszeń praw innych osób lub reguł prawa publicznego.

¹ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971). Orzeczenie jest przedstawiane w dalszej części artykułu. Podobne w swej wymowie orzeczenie zapadło w Polsce – zob. wyrok SO w Poznaniu z 24.09.2018 r., IV Ka 818/18, LEX nr 2564204, z głosem krytyczną J. Kuleszy, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 24.09.2018 r., IV Ka 818/18*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2019/12, poz. 117.

1. Wstęp

1. Celem tego artykułu jest weryfikacja tezy, że w przypadku ubioru, który ma komunikować określone treści odbiorcom, najbliższym temu zagadnieniu do kwestii swobody wypowiedzi. Jeśli bowiem nadać jej szeroki sens, uwzględniający różne funkcje wypowiedzi, to okazuje się, że i ubiór możemy niekiedy kwalifikować jako środek przekazu czy to pewnych treści, czy też po prostu ekspresji własnej osobowości. W literaturze przedmiotu zasadnie wskazuje się na różne funkcje wypowiedzi: informatywną (informowanie o faktach), ekspresyjną (prezentacja pewnych cech nadającego komunikat), fatywną (podtrzymywanie kontaktu), impresyjną (oddziaływanie na odbiorcę za pomocą określonych znaków) oraz poetycką (zwrócenie uwagi odbiorcy na formę przekazu)². W przypadku ubioru możemy mówić o wszystkich z nich, także o fatywnej (ubiór jako element zwiększający atrakcyjność i dzięki temu podtrzymujący kontakt między dwiema osobami).

2. Drugą tezą weryfikowaną w niniejszym opracowaniu jest twierdzenie, że określone treści, w tym również symboliczne, umieszczone na ubraniach, generują inny sposób podejścia prawa, niż w sytuacji, gdy ubiór pozbawiony jest treści i w pewnym sensie stanowi czystą, abstrakcyjną formę. Ubiór z „treścią” podlega niekiedy dalej idącej ochronie niż bez niej. Czasami jest odwrotnie, zwłaszcza w wypadku funkcjonariuszy publicznych, do których odnosi się nakaz neutralności światopoglądowej, a przepisy publiczne nakierowane są przede wszystkim na ograniczenie manifestowania treści.

3. Prezentacja treści podlega ochronie, ale treści mogą też kolidować z prawami innych. W przypadku czystej formy bardziej zasadne jest odwoływanie się jedynie do kwestii ekspresji osobowości i wolności osobistej. Swoboda wypowiedzi schodzi w takich przypadkach na plan dalszy, gdyż trudno mówić o wypowiedzi, jeśli nie zawiera ona treści, a ubiór pełni funkcję jedynie autoprezentacyjną. I w tym wypadku może jednak nastąpić kolizja z interesami innych osób, ale na innych płaszczyznach, głównie estetycznych. Rozróżnienie wypowiedzi manifestowanej ubraniami na wypowiedź mającą treść przekazywaną za pomocą symboli i pozbawioną treści ma znaczenie zarówno dla zakreślenia granic swobody ubioru, jak i zakresu dopuszczalnych reguł, które ją limitują.

4. Znaczenie dla omawianego zagadnienia mają również inne kwestie, związane niekiedy z prawem publicznym (odnoszące się do przestępstw z nienawiści, penalizacji wyburków chuligańskich itp.), swobodą ubioru, swobodą wyznania itp. Dopiero całościowa ocena danego zjawiska, uwzględniająca różne konteksty, pozwala na rozstrzygnięcie konkretnych sporów i przypadków.

² J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013, s. 30–31.

2. Wygląd i ubiór człowieka jako element kształtowania swojego obrazu w relacjach z innymi

1. Wygląd, w tym ubiór człowieka, jest przedmiotem zainteresowania rozmaitych gałęzi przemysłu (w szczególności modowego), nauk (m.in. psychologii, socjologii, kulturoznawstwa i prawa) oraz sztuki. Z wyglądem człowieka nierozzerwalnie związany jest jego ubiór, dopełniający, skrywający, a niekiedy modyfikujący naturalne cechy fizyczne. Znaczenie ubioru od bardzo dawna wykracza poza kwestie związane z komfortem termicznym czy ochroną przed zjawiskami pogodowymi. Odpowiedni ubiór służy autoprezentacji, podążaniu za modą, a niekiedy manifestacji własnych przekonań politycznych, religijnych czy światopoglądowych. Może też pełnić inne funkcje, jak na przykład podkreślenie przynależności do określonych grup – formalnych, jak służby mundurowe, czy też nieformalnych.

2. Również psychologowie zajmujący się kwestią maski (postawy, jaką przybiera człowiek w relacjach społecznych, rolach społecznych lub zawodowych, a według niektórych psychologów strukturalnego składnika psychiki) wskazują na znaczenie wyglądu zewnętrznego w jej kreacji. Maską ma znaczenie dla osobowości człowieka i tego, jak jest odbierany przez innych³. Jolande Jacobi wskazuje, że „to, co człowiek tworzy i czyni, jego postępowanie i sposób zachowania się, manieri, postawa fizyczna, działania i wypowiedzi są tak samo związane z jego personą, jak jego ubiór, wyraz twarzy, fryzura chód i gesty. Wszystko, co związane z naszą zewnętrżnością, tworzy część persony”⁴. Znaczenie ubioru w miejscu pracy powoduje, że wielu pracodawców wprowadza *dress code*, regulujący mniej lub bardziej szczegółowo kwestie ubioru pracownika. Wiąże się z tym przeświadczenie, że odpowiedni ubiór może stanowić egzemplifikację podejścia firmy do klientów, a zatem pośrednio – wyznawanych przez firmę wartości.

Nie za każdym ubraniem kryje się jednak jakiś szerszy kontekst psychologiczny czy społeczny. Ubrania są bowiem zazwyczaj tym, czym są – przedmiotami spełniającymi określone funkcje użytkowe i estetyczne. Swoboda kształtowania własnego wyglądu wydaje się czymś całkowicie naturalnym i przez to pozbawionym co do zasady konieczności regulacji prawnych, innych niż te, które tę swobodę (element szeroko rozumianej wolności) chronią.

³ Znaczenie ubioru było analizowane w badaniach psychologicznych nad posłuszeństwem i autorytetem. W jednym z najsłynniejszych eksperymentów nad posłuszeństwem (badania w 1960 i 1961 r.), przeprowadzonym przez S. Milgrama, przypadkowe osoby wcieliły się w postać nauczyciela, który aplikował elektrowstrząsy uczniowi (aktorowi) udzielającemu złych odpowiedzi. Badanym towarzyszył eksperymentator, ubrany w szary kitel naukowiec, który przekonywał ich do dalszego aplikowania wstrząsów. S. Milgram nie przywiązywał istotnego znaczenia do samego wyglądu, stanowił on po prostu jeden z elementów kontekstu sytuacyjnego. W swym opracowaniu kwestii ubioru poświęca jedynie jedno zdanie. S. Milgram opisuje, że eksperymentatora „cechował stoicki spokój i nieco surowy wygląd. Ubrany był w szary kitel laboranta” – S. Milgram, *Posłuszeństwo wobec autorytetu*, Sopot 2017, s. 42. Już jednak w latach 70. XX w. L. Bickman przeprowadził całą serię badań, w których wykazał, jak duży wpływ na uleganie prośbom ma ubiór. Dowiódł, że osoby noszące uniformy w o wiele większym stopniu wpływały na zachowania uczestników eksperymentów – J. Bickman, *The Social Power of a Uniform*, „Journal of Applied Social Psychology” 1974/4(1), s. 47 i n., <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.1974.tb02599.x> (dostęp: 27.12.2020 r.).

⁴ J. Jacobi, *Zamaskowanie. Obserwacje z psychologii życia codziennego*, Warszawa 1979, s. 51.

3. Istnieją jednak takie sytuacje, gdy element wyglądu człowieka, jakim jest ubiór, staje się elementem interakcji z innymi osobami, niezależnie od tego, czy z punktu widzenia osoby noszącej ubranie pełni funkcję ekspresji osobowości bądź określonych przekonań, czy też w danym wypadku jest pozbawiony owej kulturowej wartości dodanej. Relacje łączące maskę, jaką przybiera człowiek (również) za pomocą ubioru, ze środowiskiem społecznym są dwustronne⁵. Każda osoba działa na innych i jest w ich obszarze oddziaływania. Ubiór znacząco odbiegający od przyjętych w danym środowisku norm obyczajowych przyciąga uwagę innych. Z tego punktu widzenia zasadne jest pytanie, czy poza sytuacjami wymuszonymi szczególnymi przepisami dotyczącymi służb mundurowych czy strojów urzędowych człowiek dysponuje pełną i niczym nieskrępowaną swobodą wyboru ubioru, czy też nie jest ona nieograniczona i podlega pewnym regułom, a jeśli tak to jakim?

4. Podsumowując: niekiedy ubranie, jako jeden z elementów wyglądu człowieka, służy przekazywaniu określonych treści, myśli i uczuć. Może służyć zarówno komunikowaniu (akt jednostronny – swego rodzaju monolog), jak i komunikowaniu się (relacja dwustronna między stronami aktu komunikowania się – swego rodzaju dialog)⁶. Ów akt komunikacji – zarówno jedno-, jak i dwustronnej – może wykorzystywać symbole odnoszące się do określonych treści i także abstrakcyjne formy wyrazu polegające na zestawieniu jedynie kolorów, kształtu i kroju. Do tych aktów komunikacji – mających również znaczenie dla ekspresji własnej osobowości i przyjmowania określonej „maski” – w życiu społecznym znajdują zastosowanie reguły dotyczące swobody wypowiedzi i jej granic. Odróżnienie, kiedy mamy do czynienia z tymi aktami komunikacji, a kiedy z zachowaniem (noszeniem określonego ubioru), które nie jest aktem komunikacji, może być problematyczne. W tym zakresie ścierają się dwie grupy poglądów: pierwsza uznaje, że możliwe jest sformułowanie abstrakcyjnych reguł pozwalających na odróżnienie wypowiedzi i zwykłego działania, druga zaś wskazuje na konieczność uwzględniania kontekstu sytuacyjnego, narzucającego określone interpretacje⁷.

3. Wypowiedź symboliczna na ubraniu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Sądu Najwyższego USA

1. Odwołanie się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) oraz Sądu Najwyższego USA dotyczącego swobody wypowiedzi, w tym wypowiedzi symbolicznej, wydaje się zabiegiem niezbędnym dla dalszego toku rozważań. Obydwa sądy mają duży wpływ na faktyczny standard ochrony w ramach odpowiadających im porządków prawnych. W przypadku ETPC wpływ ten jest daleko większy niż sądów krajowych. Z kolei orzecznictwo Sądu Najwyższego USA oceniane jest jako zapewniające

⁵ R.D. Laing, *Ja i inni*, Poznań 1997, s. 92.

⁶ Rozróżnienie przeprowadzone przez W. Mojskiego, *Konstytucyjna ochrona wolności wypowiedzi w Polsce*, Lublin 2014, s. 13–15. Służy ono m.in. wyjaśnieniu objęcia pojęciem swobody wypowiedzi również wolności poszukiwania, pozyskiwania i otrzymywania poglądów i informacji.

⁷ Szeroko na ten temat: A. Demenko, *Jak rozpoznać wypowiedź, gdy się ją widzi?*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2017/4, s. 21 i n.

wyższy poziom ochrony od tego, jaki wynika z Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁸.

2. W dalszych rozważaniach nie chodzi jednak o porównanie standardów ochrony, lecz o próbę odpowiedzi na następujące pytania: a) kiedy mamy do czynienia z wypowiedzią symboliczną (gdzie przebiega granica między wypowiedzią a innymi rodzajami zachowaniami), b) czy wypowiedź symboliczna podlega takiej samej ochronie jak słowna, c) czy różnorodne cele, dla których swoboda wypowiedzi podlega ochronie, mają znaczenie dla kwalifikacji prawnej danego zdarzenia (np. czy dążenie do samorealizacji jest tak samo ważne jak chęć wzięcia udziału w ważnej debacie publicznej). Abstrakcyjne rozważania bez uwzględnienia kontekstu orzecznictwa nie miałyby zbyt dużego waloru poznawczego. Kontury granic ochrony wypowiedzi, w tym wypowiedzi na ubraniu, zaczynają się rysować dopiero w świetle konkretnych sporów. Ponadto niektóre z poglądów przyjmowanych przez Sąd Najwyższy USA mogą być wykorzystywane również na gruncie Konwencji, zwłaszcza jeśli dotyczą zagadnień ogólnych związanych z cechami wypowiedzi na ubraniu.

3. Dalsze rozważania dotyczą co do zasady tych orzeczeń, w których pojawiała się kwestia wypowiedzi manifestowanej za pomocą ubioru. Należy przy tym pamiętać, że zagadnienie wypowiedzi symbolicznej odnosi się do daleko szerszego zakresu zagadnień, a kwestia ubioru stanowi jedynie wycinek zagadnienia.

4. Wypowiedź symboliczna traktowana jest na gruncie Konwencji jako jeden z elementów swobody wypowiedzi. W orzecznictwie ETPC zagadnienie to jest analizowane w kontekście odróżnienia wypowiedzi od innych działań, jednakże nie ma on aż tak dużego znaczenia konstrukcyjnego jak w Stanach Zjednoczonych. Konwencja w art. 10 ust. 1 posługuje się bowiem szerokim określeniem „wolności wyrażania opinii” oraz „posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei”, nie odnosząc się w ogóle do formy wyrazu. Z kolei Pierwsza Poprawka do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, która weszła w życie 15.12.1791 r., w swej literalnej warstwie odnosi się jedynie do „wolności słowa lub prasy”.

5. Wypowiedź symboliczną możemy zdefiniować jako wypowiedź, której autor komunikuje się z innymi za pomocą innych form komunikowania niż słowo pisane lub mówione. Nie chodzi tutaj tylko o znak (choć ta forma najczęściej jest kojarzona z wypowiedzią symboliczną), czyli wizualny lub akustyczny symbol mający relatywnie do kontekstu jednoznaczną, „zagęszczoną” treść⁹, ale również o innego rodzaju zachowania. Jest tak ze względu na przyjmowaną zarówno w Europie, jak i Stanach Zjednoczonych

⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) – dalej Konwencja.

⁹ Tak H.-U. Paeffgen [w:] *Strafgesetzbuch*, Band 1 (Nomos Kommentar), red. U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, Baden-Baden 2005, § 86a, Rn. 8, s. 2315–2316 na tle § 86a ust. 1 StGB, za: W. Kulesza, „Polskie obchody” rocznicy urodzin Hitlera w świetle prawa karnego III Rzeszy, *Republiki Federalnej Niemiec i Polski*, „Państwo i Prawo” 2018/7, s. 12.

szeroką definicję wypowiedzi. Jacek Skrzydło wskazuje, że wypowiedź polega na „wrażaniu osobistych ocen co do faktów i zjawisk we wszystkich przejawach życia oraz prezentowanie opinii, przypuszczeń i prognoz”¹⁰, aprobując stanowisko, że wypowiedź może przybrać najróżniejsze formy: „słowem, drukiem, obrazem, dźwiękiem, gestem, lecz zawsze w sposób widoczny dla innych, a więc w procesie komunikacji interpersonalnej”. Przedstawione stanowisko nie budzi wątpliwości.

Z wypowiedzią mamy zatem do czynienia zawsze wtedy, gdy zamiarem osoby prezentującej określone zachowanie jest osiągnięcie skutku w postaci wprowadzenia do przestrzeni publicznej określonego komunikatu (element komunikatywny)¹¹, a jednocześnie występuje element aksjologiczny w postaci dążenia nadawcy komunikatu do realizacji „wartości, które uzasadniają objęcie wolności słowa ochroną odpowiednio konstytucyjną lub konwencyjną”¹². Zamiar ten nie musi oczywiście być objęty aprobatą społeczną ani uzyskiwać akceptacji ze strony porządku prawnego, chodzi raczej o potencjalną zdolność ujęcia takiego zachowania jako mieszczącego się w granicach tego, co uznajemy za wypowiedź. W piśmiennictwie wskazuje się na przykład osoby, która zabija policjanta w celu manifestacji poglądów politycznych. Nie ma w tym wypadku mowy o wypowiedzi symbolicznej, gdyż choć występuje element komunikatywny, to brak jest elementu aksjologicznego, ponieważ „zabijanie ludzi nie może być elementem żadnego systemu aksjologicznego w cywilizowanym społeczeństwie”¹³.

6. W orzecznictwie Sądu Najwyższego USA pierwszym orzeczeniem, w którym uznano zachowanie niewerbalne za podlegające Pierwszej Poprawce, był wyrok z 1931 r. w sprawie *Stromberg v. California*¹⁴. Uznano w nim wywieszenie czerwonej flagi za wypowiedź korzystającą z ochrony Pierwszej Poprawki, jeśli nie towarzyszy temu zachowaniu wzywanie do przemocy. Podobne rozstrzygnięcie zapadło w sprawie *Spence v. Washington* w 1974 r. Sąd Najwyższy uznał w nim za podlegające ochronie Pierwszej Poprawki wywieszenie na prywatnej posesji flagi amerykańskiej opatrzonej symbolem ruchu pacyfistycznego¹⁵.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA wymagania w stosunku do wypowiedzi symbolicznej są dalej idące niż w przypadku wypowiedzi „zwykłej”. Elementy komunikatywne wypowiedzi muszą bowiem świadczyć o intencji rozpowszechnienia komunikatu oraz powinno istnieć „znaczne prawdopodobieństwo, że będą one zrozumiane w zamierzony przez autora sposób”¹⁶. Również poziom ochrony w odniesieniu do wypowiedzi „czystej” będzie z reguły niższy. Wskazuje na to precedensowe rozstrzygnięcie w sprawie *United States v. O'Brien*¹⁷, w którym uzna-

¹⁰ J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 31.

¹¹ R. Post, *Democracy, Expertise, Academic Freedom. A First Amendment Jurisprudence for Modern State*, New Haven–London 2012, s. 13–15, za: J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 31.

¹² J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 32–33.

¹³ J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 394.

¹⁴ *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).

¹⁵ *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974).

¹⁶ J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 395, z powołaniem się na orzeczenie *United States v. O'Brien*, 391 US. 367 (1968).

¹⁷ *United States v. O'Brien*, 391 US. 367 (1968).

no (odmiennie niż w innej, znanej sprawie dotyczącej spalenia flagi¹⁸), że choć publiczne spalenie karty powołania do wojska jest formą wypowiedzi, to nie korzysta z ochrony słowa ze względu na ochronę własności federalnej.

Wypowiedzi na ubraniu dotyczą dwa znane orzeczenia Sądu Najwyższego USA. W chronologicznie późniejszym – i w pewnym sensie zaskakującym – wyroku w sprawie *Cohen v. California*¹⁹ Sąd uniewinnił oskarżonego, skazanego pierwotnie przez władze stanowe za zakłócanie porządku publicznego poprzez obraźliwe zachowanie. Oskarżony pojawił się w gmachu sądu w kurtce z napisem „Fuck the Draft”, który miał ujawniać negatywny stosunek do służby wojskowej (przy czym kurtkę pozostawił na korytarzu, zdejmując ją przed wejściem na salę sądową). Sąd Najwyższy USA zakwalifikował zachowanie oskarżonego jako czystą wypowiedź (a nie wypowiedź symboliczną, co do której poziom ochrony jest niższy), odmawiając jednocześnie uznania jej za skierowaną do konkretnej osoby (co również wyłączyłoby ochronę z Pierwszej Poprawki). W sprawie zabrakło też szczególnych powodów, by to konkretne zachowanie zakwalifikować jako wywołującą gwałtowną reakcję publiczności. Jak się wydaje, to właśnie ten element był istotny, gdyż oskarżony – co paradoksalne biorąc pod uwagę zakwalifikowanie jego zachowania jako „czystej wypowiedzi” – obraźliwych słów nie wypowiadał, a jedynie miał napis na kurtce.

Do kwestii tej wrócimy w toku dalszych rozważań, już teraz jednak należy zasygnalizować, że dotyczy ona zagadnienia, które w mojej ocenie jest bardzo istotne dla całości artykułu. Przedstawione wyżej orzeczenie daje bowiem asumpt do twierdzenia, że medium, za pomocą którego prezentowana jest wypowiedź – ubranie, ma znaczenie dla poziomu ochrony wypowiedzi. Ograniczenia swobody wypowiedzi wynikające z kwestii potrzeby zapewnienia porządku publicznego mogą generować bardziej liberalne podejście w stosunku do ubioru. Słowa wypowiedziane na głos są bardziej reaktywne, zwłaszcza kiedy są kierowane do konkretnej osoby. Prezentacja treści na ubiorze pozwala zaś odbiorcom na zachowanie większego dystansu, jeśli chcą uniknąć konfrontacji.

Najbardziej istotne dla wypowiedzi symbolicznej na ubraniu wydaje się orzeczenie w sprawie *Tinker v. Des Moines School District*²⁰. W sprawie tej władze szkolne ukarały kilkoro uczniów w wieku od 13 do 16 lat, którzy pojawili się w szkole z czarnymi opaskami, by zaprotestować przeciwko wojnie w Wietnamie. Sąd Najwyższy USA uznał, że zachowanie uczniów to wypowiedź symboliczna, podobna w realiach sprawy do „czystej wypowiedzi” i jako taka korzystająca z ochrony Pierwszej Poprawki. Jest tak, gdyż wykorzystanie symbolu (flagi, opaski itp.) „może być prymitywną, ale równocześnie efektywną formą propagowania określonego stanowiska”²¹. Ponadto z propagowania swoich przekonań właśnie za pomocą symboli korzystają różnego rodzaju organizacje, Kościoły, a nawet narody. Symbol może nawiązywać do tych wszystkich treści, których

¹⁸ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). Jacek Skrzydło wskazuje, że odmienne rozstrzygnięcie w porównaniu do sprawy *United States v. O'Brien* wynikało stąd, że w wypadku tej ostatniej dostrzeżono dyskryminujący charakter wprowadzonego zakazu profanowania flagi, jakim było przeciwdziałanie wyrażaniu sprzeciwu wobec polityki władz – J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 398.

¹⁹ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

²⁰ *Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 (1969). Szerzej na ten temat Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011, s. 104–117.

²¹ J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 394.

swobodę głosu chroni Pierwsza Poprawka, to jest poglądów politycznych i idei, a nawet instytucji czy osób stojących za tymi ideami. W wypadku wypowiedzi wykorzystującej symbol – znak – jej autorowi „chodzi o to, aby jej odbiorca nadał symbolowi użytemu jako środek przekazu określone znaczenie, przy czym to, co dla jednych będzie inspiracją lub pocieszeniem, dla innych może być również dobrze powodem do żartów lub źródłem pogardy”²².

W analizowanej sprawie Sąd Najwyższy USA zwrócił uwagę na fakt, że ograniczenia swobody wypowiedzi uczniów nie uzasadniały względy dyscypliny szkolnej. Aktywność uczniów nie była bowiem agresywna, gwałtowna i nie prowadziła do grupowych demonstracji, i to właśnie zbliżało ją do czystej wypowiedzi. W pogłębionej analizie omawianego orzeczenia Łukasz Machaj zwrócił uwagę na następujące elementy uzasadnienia²³. Po pierwsze, Sąd Najwyższy USA podkreślił, że w społeczeństwie toczy się debata na temat wojny w Wietnamie, a władze szkolne chciały represyjnie ograniczyć wypowiedzi krytyczne. Istniał zatem bezpośredni związek między formą (opaska), treścią (protest) a działaniami ograniczającymi (represje wobec uczniów). Po drugie, Sąd podkreślił, że „wynikający z rozpatrywanej sprawy problem nie dotyczy normowania długości spódnic, rodzaju ubioru, fryzury lub manieryzmów”²⁴ (a zatem innych potencjalnych niewerbalnych sposobów komunikowania poglądów). Oznacza to, że odróżniono polityczną wypowiedź symboliczną (uzyskującą najwyższy stopień ochrony) od innych form ideowej samorealizacji za pomocą stroju (spodnie z krokiem w kolanie, kolczyki itp.). Łukasz Machaj zwraca przy tym uwagę na inne orzeczenia sądów, w których zwykłym formom samorealizacji za pomocą stroju nie udzielano już tak daleko idącej ochrony²⁵. Wreszcie, po trzecie, w analizowanym orzeczeniu zwrócono uwagę na fakt, że szkoła nie powinna być narzędziem do czynienia z uczniami bezwolnych odbiorców preferowanych przez władze przekazów.

7. Przedstawiony wyżej standard ochrony wolności wypowiedzi w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA jest wyższy i oparty na innych założeniach niż orzecznictwo ETPC. Dla Trybunału w Strasburgu charakterystyczne jest bowiem zawsze ważenie określonych interesów, stojących nieraz w sprzeczności, a wynik tego rozumowania może prowadzić do ograniczenia wolności wypowiedzi²⁶.

Nie oznacza to jednak, by orzecznictwo ETPC nie wyodrębniło w ramach swobody wypowiedzi również komunikatów symbolicznych²⁷. Mimo szerokiego zakresienia form wyrazu w art. 10 ust. 1 Konwencji w niektórych sytuacjach pojawia się problem odróżnienia zwykłego działania od manifestowania swoich przekonań. Nie doprowadziło to jednak ETPC do wykształcenia się jakiejś spójnej koncepcji, doktryny czy teorii

²² J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 394–395.

²³ Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne...*, s. 104–106.

²⁴ Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne...*, s. 106.

²⁵ Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne...*, przypis 121, s. 106.

²⁶ J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, m.in. s. 18, 302.

²⁷ Wyroki ETPC: z 23.09.1998 r., skarga 24838/94, Steel i inni przeciwko Wielkiej Brytanii; z 25.11.1999 r., skarga 25594/94, Hashman i Harrup przeciwko Wielkiej Brytanii. Obydwa wyroki dotyczyły przeszkadzania myśliwym w polowaniach.

w odniesieniu do wypowiedzi symbolicznych²⁸. W szczególności ETPC nie dokonuje rozróżnienia poziomu ochrony w zależności od typu wypowiedzi – zwykłej i symbolicznej. Decyzja ETPC z 4.05.2010 r.²⁹ – w której przyjęto, że zachowanie niewerbalne działaczy Greenpeace polegające na przeszkadzaniu w połowach wielorybów nie korzysta z takiego samego poziomu ochrony jak wypowiedź konwencjonalna – traktowana jest w literaturze przedmiotu jako wyjątek potwierdzający ogólną regułę identyczności poziomu ochrony³⁰.

Jeśli chodzi o przykłady wypowiedzi symbolicznych, które mogą być ujmowane w ramach swobody wypowiedzi, choć z różnymi skutkami w zakresie skuteczności objęcia ochroną konwencyjną, to należy odwołać się do wyroku ETPC z 28.10.2014 r.³¹ Jako wypowiedź ETPC zakwalifikował w nim chodzenie nago w miejscach publicznych przez osobę, która chciała wzbudzić debatę publiczną na temat nagości w społeczeństwie. ETPC nie zanegował, że kwestia ta, nawet jeżeli marginalna, może być przedmiotem zainteresowania ogółu. Niemniej jednak wielokrotne i powtarzające się zachowania skarżącego, w tym przychodzenie nago do sądu na swój proces, doprowadziły ETPC do uznania, że zastosowane przez organy krajowe sankcje (łącznie ponad 7 lat więzienia) były istotne i wystarczające oraz że środki te spełniły pilną potrzebę społeczną w reakcji na antyspołeczne zachowanie skarżącego. ETPC podkreślił, że skarżący „dysponował innymi środkami przekonywania do swoich poglądów, np. mógł zainicjować dyskusję publiczną. Powinien ponadto wykazać wzgląd na uczucia współobywateli, którzy mogli nie życzyć sobie konfrontacji z jego nagością”.

Jako wypowiedź symboliczną, jednakże podlegającą ochronie konwencyjnej, zakwalifikowano wykorzystywanie przypiętej do marynarki czerwonej pięcioramiennej gwiazdy³².

Nie zakwalifikowano z kolei jako wypowiedzi symbolicznej ogólnego sposobu ubierania się, zastrzegając jednak możliwość odmiennej kwalifikacji w zależności od okoliczności. I tak, na przykład, w decyzji Europejskiej Komisji Praw Człowieka (EKPC) z 22.10.1998 r.³³ uznano za niedopuszczalną skargę administratora ds. szkoleń zatrudnionego w urzędzie publicznym, który przez cały okres zatrudnienia nosił od czasu do czasu w pracy elementy odzieży, które mogłyby być zwyczajowo uznane za kobiece, w tym: legginsy, rajstopy, koszulki z dekoltem typu halter top (wiązane pod szyją), paski oraz sukienki. Przełożeni wydali mu polecenie zaprzestania noszenia damskiej odzieży w pracy, ponieważ mogło to narazić urząd na kompromitację. Skarżący argumentował, że uniemożliwiono mu wyrażanie siebie w sposób, w jaki chce, poprzez jego strój, i w ten

²⁸ I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, rozdział I pkt 8, „Zakres uprawnienia – chronione przejawy wypowiedzi”.

²⁹ Decyzja ETPC z 4.05.2010 r., skarga 33678/96, Drieman i inni przeciwko Norwegii.

³⁰ J. Skrzydło, *Wolność słowa...*, s. 409.

³¹ Wyrok ETPC z 28.10.2014 r., skarga 49327/11, Gough przeciwko Wielkiej Brytanii.

³² Wyrok ETPC z 8.07.2008 r., skarga 33629/06, Vajnai przeciwko Węgrom. Wyrok jest omawiany w punkcie 10.6. niniejszego artykułu. Podobnie w wyroku ETPC z 3.11.2011 r., skarga 29459/10, Fratanoló przeciwko Węgrom.

³³ Decyzja EKPC z 22.10.1998 r., skarga 36528/97, Kara przeciwko Wielkiej Brytanii. EKPC badała m.in. dopuszczalność skarg, zajmowała się też ustaleniami faktycznymi i prawnymi oraz wydawaniem opinii na temat naruszeń Konwencji, skierowanymi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez osoby fizyczne oraz państwa należące do Rady Europy. Od 30.10.1998 r. zamiast dwóch organów został powołany jeden – stały Europejski Trybunał Praw Człowieka, przejmując sprawy, rozpatrywane przez Komisję.

sposób naruszono swobodę wypowiedzi. Komisja uznała jednak, że wymóg, by pracownicy ubierali się „odpowiednio” do swojej płci, może być racjonalnie uznany przez pracodawcę za konieczny do ochrony jego wizerunku publicznego.

Podobne, niekorzystne dla skarżącej rozstrzygnięcie zapadło w sprawie dotyczącej obowiązku używania mundurków szkolnych przez jej dzieci, czemu skarżąca konsekwentnie się sprzeciwiała. W decyzji z 3.03.1986 r.³⁴ Komisja przyjęła, że „prawo do wolności wyrażania opinii może obejmować prawo osoby do wyrażania swoich poglądów poprzez sposób ubierania się”. Niemniej jednak, zdaniem Komisji, nie można mówić w realiach sprawy o uniemożliwieniu wyrażania określonej opinii lub idei poprzez ubiór, chociażby dlatego, że dzieci miały pełną swobodę kształtowania swego wyglądu poza szkołą. Jakkolwiek ten sposób uzasadnienia wydaje się mało satysfakcjonujący, to u jego podłoża legło zapewne przekonanie Komisji, że zwykłe formy wyrażania się poprzez ubiór mogą ulegać w szkole pewnym ograniczeniom, które, jeśli nie są dyskryminujące, wydają się proporcjonalne i uzasadnione w świetle art. 10 ust. 2 Konwencji.

4. Wypowiedź symboliczna na ubraniu – problemy definicyjne

1. Przedstawione w punkcie wcześniejszym orzecznictwo dotyczące zagadnienia wypowiedzi symbolicznej pozwala na sformułowanie kilku uwag.

Po pierwsze, problem odróżnienia „speech” i „action” na tle swobody wypowiedzi związany jest z kwestią odróżnienia swobody wypowiedzi realizowanej za pomocą różnych form ekspresji od zwykłych zachowań stanowiących realizację wolności osobistej. Analiza poszczególnych orzeczeń wskazuje, że kwestia ta sprawia problemy przy próbie uzasadnienia przyjmowanego przez sądy stanowiska w konkretnej sprawie w sytuacjach nieoczywistych. Nie sprawia zaś większych problemów wówczas, gdy akt komunikacji znaczeń wydaje się oczywisty i stanowi jądro danego zachowania.

Po drugie, powstaje pytanie, czy przy kwalifikacji określonych zachowań powinniśmy odwoływać się do kryteriów abstrakcyjnych, odnoszących się do ogólnych cech komunikacji odróżniającej ją od innych zachowań (podejście ontologiczne), czy też zasadne byłoby porzucenie na ocenie kontekstowej, choć jednocześnie zobiektywizowanej? Kwestia ta jest w literaturze przedmiotu sporna. W interesującym opracowaniu poświęconym analizowanemu zagadnieniu Anna Demenko wyraziła pogląd o konieczności oderwania się od sformułowanych w orzecznictwie ETPC abstrakcyjnych i obiektywnych kryteriów pozwalających na wyodrębnienie wypowiedzi³⁵. Autorka wskazuje na trudności w próbach ontologicznego wyodrębnienia ekspresyjnych form wypowiedzi spośród innych zachowań człowieka³⁶. Wypowiedzi bowiem nie tyle są, ile bywają przez odbiorców konstruowane w ramach pewnej wspólnoty interpretacyjnej – są zatem czynnościami konwencjonalnymi. Przy analizie zachowań należy przy tym odrzucić jako wyłączne kryterium „wyrażania czegoś”³⁷, gdyż wszystkie nasze zachowania coś wyrażają. Uwagi te prowadzą Annę Demenko

³⁴ Decyzja EKPC z 3.03.1986 r., skarga 11674/85, Stevens przeciwko Wielkiej Brytanii.

³⁵ A. Demenko, *Jak rozpoznać...*, s. 21–27.

³⁶ A. Demenko, *Jak rozpoznać...*, s. 25.

³⁷ A. Demenko, *Jak rozpoznać...*, s. 25.

do wniosku, że „za wypowiedzi uznać można by te zachowania, które polegają na intencjonalnym uzewnętrznieniu wobec określonych bądź nieokreślonych odbiorców pewnych informacji/treści, które dokonuje się dopiero poprzez rozpoznanie owego zachowania (owych intencji) przez tych odbiorców przy pomocy wiążących ich konwencjonalnie przyjmowanych reguł sensu w ramach «wtórnej» interpretacji”³⁸. Oznacza to zdaniem Anny Demenko, że wypowiedź musi być intencjonalna, musi istnieć choćby potencjalny jej odbiorca oraz odbiorca ten ze względu na przynależność w danym momencie do wspólnoty interpretacyjnej, która narzuca określony sens (w pewnym sensie góruje nad nadawcą i odbiorcą w narzucaniu znaczenia), traktuje to zachowanie jako formę ekspresji, czyli „słowo”, a nie zwykłe działanie³⁹. Konieczne jest również to, by odwołanie się do tych zasad interpretacji było zgodne z intencją wypowiadającego się⁴⁰.

3. W mojej ocenie nie ma jednak większych różnic w praktycznym zastosowaniu podejścia proponowanego przez Annę Demenko, nawiązującego do koncepcji wspólnot interpretacyjnych⁴¹, decydujących w realiach konkretnego przypadku, czy mamy do czynienia z wypowiedzią, a stanowiskiem ETPC, które zdaje się nie przywiązywać większej wagi do problemów definicyjnych, poszukującym elementów obiektywizujących ocenę.

Najlepiej obrazuje to wyrok ETPC z 21.10.2014 r.⁴² dotyczący oblania w Turcji pomnika Atatürka farbą przez osobę, która chciała wyrazić swój sprzeciw wobec tej postaci. Wyrok ten wskazuje, moim zdaniem, na przyjęcie przez ETPC oceny kontekstowej danego zachowania.

W uzasadnieniu ETPC stwierdził po prostu, że ocena, czy mamy do czynienia z wypowiedzią: „musi zostać dokonana na podstawie charakteru przedmiotowego czynu lub zachowania, w szczególności formy wyrazu dokonanej z obiektywnego punktu widzenia, a także celu lub zamiaru osoby dokonującej przedmiotowego czynu lub zachowania”. ETPC wskazał, że skarżący został skazany za oblanie farbą pomników Atatürka, co „z obiektywnego punktu widzenia, może być postrzegane jako akt wyrażenia opinii”, zwłaszcza że skarżący wyraźnie poinformował władze krajowe, iż jego zamiarem było wyrażenie jego „braku uczucia” dla Atatürka.

W mojej ocenie niezasadny jest zarzut sformułowany przez Annę Demenko, że sformułowane w orzecznictwie ETPC i Sądu Najwyższego USA kryteria odróżnienia wypowiedzi symbolicznej od innych zachowań są niewystarczające w przypadkach granicznych (nieoczywistych). Przyjmowana przez obydwa sądy metodologia pozwala na ocenę, czy mamy w danym przypadku do czynienia z wypowiedzią dokonaną za pomocą innych środków wyrazu niż słowa. W przypadku Sądu Najwyższego USA chodzi o test Spence’a ze sprawy *Spence v. Washington*⁴³, w której przyjęto konieczność wystąpienia dwóch elementów dla

³⁸ A. Demenko, *Jak rozpoznać...*, s. 26.

³⁹ A. Demenko, *Jak rozpoznać...*, s. 26.

⁴⁰ A. Demenko, *Jak rozpoznać...*, s. 26.

⁴¹ S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka*, Kraków 2007.

⁴² Wyrok ETPC z 21.10.2014 r., skarga 9540/07, Vural przeciwko Turcji.

⁴³ *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974) – sprawa omawiana w punkcie 3.6. niniejszego artykułu.

kwalifikacji danego zachowania: wystawienia flagi z symbolem pacyfistycznym – subiektywnego w postaci intencji komunikacji oraz obiektywnego w postaci percepcji danego zachowania przez innych jako wypowiedzi. Z kolei ETPC, na tle wspomnianej sprawy dotyczącej pomnika Atatürka, odwołał się właśnie do oceny kontekstowej, prowadzącej do podobnych ustaleń jak odwołanie się do koncepcji wspólnot interpretacyjnych.

Anna Demenko posługuje się przykładem sprawcy, który zamazuje autobus miejski graffiti, co otwiera drogę do pytania, czy to zwykły akt wandalizmu czy element wypowiedzi. Przykład ten doprowadził autorkę do wniosku, że choć zachowanie sprawcy przeszłoby test Spence’a, to żaden sąd nie uznałby go za podpadający pod zakres swobody wypowiedzi⁴⁴. Okazuje się jednak, że w niemal identycznym przykładzie dotyczącym oblania farbą pomnika ETPC, nie odwołując się do koncepcji wspólnot interpretacyjnych, ocenił rzecz tak, jak ona wyglądała – dla wszystkich jasne było, że zachowanie oskarżonego stanowiło wypowiedź polityczną.

Orzeczenie ETPC dotyczące pomnika Atatürka wskazuje, że w sytuacjach granicznych stosowana jest ocena odwołująca się do szerokiego kontekstu zachowania uwzględniającego intencje sprawcy, z wykorzystaniem elementów obiektywizujących w postaci odbioru tego czynu przez innych. Identyczny sposób rozumowania ETPC zastosował w wyroku z 6.04.2021 r.⁴⁵ dotyczącym pomnika w Bułgarii. Nie został on uszkodzony, lecz jedynie „przebrany” przy wykorzystaniu czapki Świętego Mikołaja i worka na prezenty. ETPC uznał, że kontekst wyraźnie sugeruje, że intencją czynu skarżącego był protest przeciwko ówczesnemu rządowi i partii politycznej.

W praktyce zatem przyjęcie określonej koncepcji nie wpływa na wynik rozumowania, a co najwyżej na jego uzasadnienie.

4. W wyroku dotyczącym pomnika Atatürka ETPC uchylił się jednak od odpowiedzi, czy skazanie oskarżonego – samo w sobie – odpowiadało warunkom ingerencji w wolność wypowiedzi, określonych w art. 10 ust. 2 Konwencji. Trybunał przyjął po prostu, że to wymiar kary – 13 lat pozbawienia wolności – jest szokujący, ewidentnie sprzeczny z Konwencją. Mając zatem na względzie surowość kary, ETPC nie uznał za konieczne „badania, czy powody przedstawione na skazanie i ukaranie skarżącego były wystarczające, by uzasadnić ingerencję w jego prawo do wolności wypowiedzi”. Na pytanie o to, czy skazanie za czyn polegający na oblaniu pomnika farbą z przyczyn politycznych mieści się w granicach art. 10 ust. 2 Konwencji, nie odpowiada zresztą również koncepcja wspólnot interpretacyjnych. Z kolei w drugim z wyroków, dotyczącym pomnika przebranego w rekwyty Świętego Mikołaja, ETPC podkreślił, że ocena dopuszczalności nakładania sankcji za profanację pomnika, bez jego niszczenia, staje się bardziej znuansowana. Znaczenie mają: dokładny charakter czynu, intencja, która za nim stoi, i przesłanie, które ma być przez niego przekazane. Skarżący po prostu wykorzystał pomnik jako symbol partii politycznej, którą chciał skrytykować. Nie można zatem powiedzieć, że jego czyn miał na celu okazanie pogardy dla głęboko zakorzenionych wartości społecznych. Mimo

⁴⁴ A. Demenko, *Jak rozpoznać...*, s. 25.

⁴⁵ Wyrok ETPC z 6.04.2021 r., skarga 10783/14, Handzhiyski przeciwko Bułgarii.

że niektóre osoby mogły odebrać zachowanie sprawcy jako krzywdzące, mieściło się ono w granicach swobody wypowiedzi.

5. Istota zagadnienia tkwi, moim zdaniem, w tym, że zastanawiając się nad przypadkami granicznymi, w których wchodzi w grę kolizja z innymi wartościami, należy dokonywać całościowej oceny uwzględniającej wagę naruszonych poprzez wypowiedź innych dóbr (kontekst aksjologiczny) oraz adekwatność środków wyrazu w stosunku do komunikowanego poglądu. Ocenę tę formułujemy niekiedy intuicyjnie, opierając się na zdrowym rozsądku i zawsze w realiach konkretnego przypadku.

5. Istota wypowiedzi symbolicznej na ubraniu

1. Na czym zatem polega istota wypowiedzi symbolicznej na ubraniu? Problem wyznaczania granic swobody posługiwania się określonymi symbolami na ubraniu nie zawsze związany jest ze swobodą wypowiedzi i ma niekiedy kontekst religijny. W grę wchodzi również różne reguły prawa publicznego. Kwestie te będą poruszone w dalszej części opracowania.

Nie powinno budzić sprzeciwu doktrynalnego stanowisko ETPC, dla którego nie ma znaczenia dla kwalifikacji danego zachowania w kontekście art. 10 ust. 1 Konwencji, czy dana wypowiedź jest dokonywana za pomocą słów (mowy lub pisma), czy za pomocą innych zachowań, w tym prezentowania symboli.

Problem kwalifikacyjny dotyczy jedynie tych zachowań, co do których mogą istnieć wątpliwości, czy stanowią formę komunikatu. Pojęcie wypowiedzi symbolicznej służy w tym przypadku do odróżnienia zwykłych zachowań (objętych po prostu wolnością) od wypowiedzi właśnie, na której straży stoi prawo do wolności wypowiedzi.

Łatwo o diagnozę wypowiedzi symbolicznej na ubraniu wówczas, gdy posługuje się ona znakami, to jest wizualnymi symbolami mającymi – relatywnie do kontekstu – jednoznaczną, „zageszczoną” treść⁴⁶. Nie musi ona być jednoznaczna ani zrozumiała dla ogółu lub jego większości. Wydaje się, że wystarczy, aby choć jeden odbiorca był w stanie zdekodować przesłanie, które stoi za użyciem danego symbolu. Chodzi bowiem o to, że symbole, przynajmniej w większości wypadków (z wyjątkiem tzw. silnych symboli o utrwalonej historycznie treści), nabierają pewnych znaczeń, utrwalają się w nich, a niekiedy zmieniają swoje konteksty. Trudno odmówić kwalifikacji danego znaku jako symbolu tylko dlatego, że dopiero zaczyna nabierać popularności – rozpoznawalności w przestrzeni publicznej.

Trudności w kwalifikacji ujawniają się wtedy, gdy wypowiedź na ubraniu przybiera postać abstrakcyjną i polega na różnorodnych kompozycjach długości spódnic, kolorów, krojów itp., a za daną manifestacją nie przemawiają ważne kwestie społeczne czy światopoglądowe. To, że zagadnienie to jest sporne, dostrzeżono zresztą w sprawie *Tinker v. Des Moines School District*⁴⁷, analizowanej w punkcie 3.6. niniejszego artykułu. W uzasadnieniu wyroku podkreślono, że uczniowie noszący czarne opaski pozostają pod

⁴⁶ Tak H.-U. Paefffgen [w:] *Strafgesetzbuch...*, za: W. Kulesza, „Polskie obchody” *rocznicy...*, s. 12.

⁴⁷ *Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 (1969).

ochroną Pierwszej Poprawki, bo element stroju, który założyli, dotyczył ważnych kwestii politycznych. W uzasadnieniu wskazano również, że sprawa nie dotyczyła po prostu kwestii ubioru. To przeciwstawienie wydaje się ważne, gdyż może sugerować, że Sąd Najwyższy USA nie zastosowałby tej samej oceny do złamania wymogów szkolnych w zakresie preferowanego ubioru do długości spódnic, rodzaju ubioru, fryzury itp., lub manieryzmów, podyktowanej jedynie względami samorealizacji. Upoważnia to do wniosku, że we wspomnianym orzeczeniu odróżniono polityczną wypowiedź symboliczną (uzyskującą najwyższy stopień ochrony) od innych form ideowej samorealizacji za pomocą stroju.

W mojej ocenie zagadnienie to wiąże się z pytaniem, czy istnieje gradacja ważności celów swobody wypowiedzi. Zagadnienie to samo w sobie wymagałoby odrębnego opracowania. Wystarczy jednak wskazać, że jednym z celów swobody wypowiedzi, przyjmowanym zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i na gruncie Konwencji, jest samorealizacja jednostki. W kluczowym dla swobody ekspresji wyroku ETPC z 7.12.1976 r.⁴⁸ stwierdzono, że wolność słowa stanowi jeden z filarów demokratycznego społeczeństwa, jest podstawą jego rozwoju i warunkiem samorealizacji jednostki. W kolejnych orzeczeniach ETPC wielokrotnie odwoływał się właśnie do kwestii samorealizacji jako jednego z celów wolności wypowiedzi⁴⁹. Niemniej jednak powołane wcześniej orzeczenia, w których dany problem społeczny był dla ETPC marginalny (kwestia nagości)⁵⁰ lub dotyczył w istocie jedynie kwestii samorealizacji, jak w wypadku obowiązku używania szkolnych mundurków⁵¹, uznawano, że różnego rodzaju ograniczenia mieściły się w marginesie swobody uznania, wskazanej w art. 10 ust. 2 Konwencji. W przypadku nagości ETPC doszedł zresztą do paradoksalnego wniosku, że wzięcie udziału w debacie publicznej na ten temat niekoniecznie musi wiązać się z użyciem środka właśnie w postaci nagości.

To powinno zaś doprowadzić do wniosku, że tego typu abstrakcyjne manifestacje własnej osobowości (w oderwaniu od debaty publicznej czy ważnych tematów społecznych) albo nie będą uznane za problem swobody wypowiedzi, albo też uzasadnione jest szersze ich limitowanie, przy czym i ono nie może być nadmierne ze względu na konieczność ochrony sfery prywatności osoby posługującej się ubiorem. Ze sfery tej wynika pozytywne uprawnienie do kształtowania swego wyglądu. Pojawianie się w określonym ubraniu w sferach widoczności publicznej nie pozbawia ubrania „cech prywatności”. Wprawdzie w wyroku z 6.04.2021 r.⁵² ETPC wskazał, że ochrona z art. 10 Konwencji rozciąga się nie tylko na treść wyrażonych idei i informacji, lecz także na formę, w jakiej są one przekazywane, niemniej jednak w tej sprawie (dotyczącej przebrania pomnika) chodziło po prostu o swobodę wyboru formy zakomunikowania określonej treści politycznej i satyrycznej.

⁴⁸ Wyrok ETPC z 7.12.1976 r., skarga 5493/72, Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii.

⁴⁹ Przykładowo wyroki ETPC: z 19.12.2006 r., skarga 18235/02, Dąbrowski przeciwko Polsce; z 30.10.2014 r., skarga 1526731, Shvydka przeciwko Ukrainie.

⁵⁰ Wyrok ETPC z 28.10.2014 r., skarga 49327/11, Gough przeciwko Wielkiej Brytanii.

⁵¹ Decyzja EKPC z 3.03.1986 r., skarga 11674/85, Stevens przeciwko Wielkiej Brytanii.

⁵² Wyrok ETPC z 6.04.2021 r., skarga 10783/14, Handzhiyski przeciwko Bułgarii.

Wypowiedź symboliczna na ubraniu może niekiedy korzystać (co w sumie paradoksalne) z dalej idącej ochrony niż wypowiedź słowna. Należy przy tym podkreślić, że zależałoby to oczywiście od konkretnych okoliczności. Chodzi bowiem o zjawisko, które można uznać za milczącą obecność symbolu w przestrzeni publicznej, niegenerującą agresji. W przytaczanym w punkcie 3.6. artykułu nietypowym orzeczeniu *Cohen v. California*⁵³, dotyczącym ukarania mężczyzny, który zjawił się w sądzie z napisem „Fuck the Draft” (będącym wyrazem sprzeciwu wobec służby wojskowej), jednym z elementów mających istotne znaczenie dla udzielenia ochrony z Pierwszej Poprawki było to, że oskarżony nie zachowywał się agresywnie ani nie wywołał gwałtownej reakcji publiczności. To intuicyjne wręcz rozumowanie wydaje się w pełni trafne. Zdroworozsądkowa ocena nakazuje odmienne traktowanie osoby, która w przestrzeni publicznej wykrzykuje słowa obelżywe, niż takiej, która w sposób milczący prezentuje identyczne treści poprzez napis na ubraniu. Zakładając spójność systemu prawnego, nie jest możliwe (bez popadania w sprzeczność intelektualną) łagodniejsze traktowanie osób używających na kurtkach swastyki⁵⁴ (o czym będzie mowa w dalszej części opracowania) i osób prezentujących pewne przekazy słowne, nawet obelżywe.

Należy odnotować oczywiście w świetle przytoczonych w punkcie 9. artykułu orzeczeń dotyczących symboli w kontekście religijnym twierdzenie, że zakres swobody i dopuszczalność stosowania różnych klauzul limitujących swobodę wypowiedzi na ubraniu różni się w zależności od tego, czy mamy do czynienia z funkcjonariuszem publicznym zobowiązanym do zachowania w miejscu pracy neutralności w prezentowaniu światopoglądu, czy z osobami korzystającymi z usług takich instytucji, jak sądy czy szkoły. Zarówno sąd, jak i szkoła oraz inne instytucje publiczne nie są bowiem miejscami, w których dopuszczalne byłoby formowanie światopoglądu osób korzystających z tych usług jedynie według kanonów preferowanych przez władze publiczne.

Problem z odczytywaniem symboli i znaków (z wyjątkiem ewidentnie jednoznacznych) polega na tym, że odbiorcy przekazu uciekają się przy dekodowaniu jego znaczenia do daleko szerszego kontekstu niż wygląd ubrania. Prawidłowe odczytanie intencji oznacza zatem konieczność sięgnięcia dalej niż sam znak. W dalszej części opracowania zostanie przedstawiony problem używania oznaczeń wiążących się z grupami ekstremistycznymi. Już teraz jednak należy wskazać, że stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO)⁵⁵ sprzeciwiające się bezkarności osób wykorzystujących w przestrzeni publicznej znaki jednoznaczne (swastyka) oraz mniej jednoznaczne (krzyż celtycki) odnosiło się do publicznego używania tych znaków przez osoby, którym przypisywano poglądy ekstremistyczne. W przestrzeni publicznej można znaleźć zaś sytuacje prezentowania krzyża słonecznego⁵⁶ (zbliżonego do celtyckiego) w otoczeniu znaków antyfaszystowskich i sprzeciwiających się tolerancji, tak jakby osoby decydujące o prezentacji tych znaków nie odczytywały wszystkich możliwych konotacji znaczeniowych.

⁵³ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

⁵⁴ Wyrok SA w Katowicach z 4.08.2005 r., II AKa 251/05, LEX nr 167924. Wyrok został omówiony w pkt 10.5. artykułu.

⁵⁵ Wystąpienie RPO z 23.01.2019 r., XI.518.7.2019.MS.

⁵⁶ Również zaliczanego do symboliki chętnie wykorzystywanej przez organizacje neonazistowskie, co nie usuwa konotacji, że krzyż wpisany w koło jest jednocześnie symbolem gnostycyzmu.



Ekologiczna bluza z kapturem typu unis...
gegen_nazis_012011_b_3c
179,00 zł



Premium bluza męska z kapturem
Nazisli zbanowani
159,00 zł



Bluza rozpinana z kapturem unisex
Krzyż słoneczny z runami „ZŁOTO”
189,00 zł

Strona jednego ze sklepów internetowych z odzieżą w Polsce, 2021⁵⁷

2. Niektóre symbole uzyskują zatem swój wtórny zakres znaczeniowy jedynie dlatego, że zaczynają być używane przez grupę ludzi mających określone poglądy. Dla członków grupy stają się oznaką przynależności, ale dla innych osób mogą mieć inne znaczenie. Paradoksalnie ułatwia to niekiedy identyfikację osób o poglądach ekstremistycznych. W powyższych uwagach nie chodzi przy tym o aprobatę dla dywagacji, że używanie swastyki nie oznacza posługiwania się symboliką III Rzeszy, lecz hinduskim symbolem szczęścia⁵⁸. Rację mają niemieccy komentatorzy, wskazując, że decydujące znaczenie dla oceny danego znaku jako narodowosocjalistycznego powinna mieć „ocena nieuprzedzonej, bezstronnej osoby trzeciej, posiadającej przeciętną wiedzę historyczną, przy czym (...) zarówno modelowy obserwator, jak i ten, kto się posługuje danym symbolem, muszą mieć zdolność myślowej asocjacji znaku z okresem narodowego socjalizmu”⁵⁹. Wyklucza to z zakresu modelowego obserwatora osoby dotknięte dysfunkcjami intelektualnymi. Problem polega jednak na tym, że w praktyce nawet dla osób odpowiadających za urzędowe rozpoznawanie symboli bywa to trudne. Wskazują na to badania prowadzone nad skutecznością szkoleń policjantów w Polsce w zakresie zwalczania mowy nienawiści. Spośród 486 policjantów poddanych 76-godzinnemu szkoleniu z przestępstw z nienawiści i mowy nienawiści jedynie 86 (18%) potrafiło rozpoznać oznaczenie SS Totenkopf⁶⁰ jako wiążący się z nazizmem, a 172 (36%) krzyż celtycki jako wiążący się z rasizmem. Spośród 304 policjantów objętych badaniem i niepoddanych szkoleniu udział ten był zbliżony, a nawet wyższy (20% dla znaku SS Totenkopf i 34% dla krzyża celtyckiego)⁶¹.

⁵⁷ Zob. <https://www.spreadshirt.pl/shop/odziez/bluzy/swastyka/> (dostęp: 6.02.2021 r.).

⁵⁸ Uwagi na ten temat pojawiające się czasem w przestrzeni publicznej jako usprawiedliwiające posługiwanie się swastyką w Polsce mają, moim zdaniem, taką samą wartość naukową, jak poglądy ruchów antyszczepionkowych. Opierają się na wybiórczym doborze faktów i dowolnej interpretacji negującej, że III Rzesza dokonała radykalnego zawłaszczenia owego symbolu, zmieniając już na zawsze jego znaczenie – przynajmniej w obszarze europejskim.

⁵⁹ W. Kulesza, „Polskie obchody” rocznicy..., s. 12.

⁶⁰ Czaszka na tle skrzyżowanych kości. Oznaczenie zarówno dywizji SS Totenkopf, jak i SS-Totenkopfverbände (oddziałów wartowniczych SS w niemieckich obozach koncentracyjnych).

⁶¹ J. Jurczak, *Police Competences’ in Preventing, Investigating and Combatting Hate Crimes in Poland*, Part 2, „Internal Security” 2018/2, s. 136–137.

Być może dowodzi to nieskuteczności szkoleń, a być może obrazuje coś innego. Symbole są bowiem w pewnym sensie podobne do ludzi. Wykazują się zmiennością znaczeniową w okresie swojego życia. To, co było oczywiste dla sędziów Sądu Najwyższego USA wydających orzeczenie *Cohen v. California* w 1971 r.⁶² w pewnym kontekście historycznym, jest całkowicie niezrozumiałe dla aktualnych uczestników życia społecznego. Naszywka „Fuck the Draft” na kurtce w latach 60. i obecnie, choć znaczyć może to samo, jest teraz odbierana bez tego samego bogactwa znaczeniowego, które było bliskie osobom w latach 60. XX w. w Stanach Zjednoczonych. Napis na kurtce, który był przedmiotem sporu, został umieszczony na słynnym plakacie antywojennym i stał się wyrazem sprzeciwu wobec powołań na wojnę w Wietnamie. Zdjęcie przedstawia mężczyznę palącego kartę powołania do wojska⁶³. Napis na kurtce został w tym kontekście trafnie odczytany przez uzasadnienie większości Sądu Najwyższego jako posiadający pewne konotacje ideowe i przez to objęty ochroną Pierwszej Poprawki.



Plakat z 1968 r. – autor plakatu Kiyoshi Kuromiya, autor zdjęcia nieznan⁶⁴

⁶² *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

⁶³ I. Rosebner, *The Fight for Free Speech: Ten Cases That Define Our First Amendment Freedoms*, New York 2021, s. 284.

⁶⁴ Zob. https://dangerousminds.net/comments/fuck_the_draft_the_amazing_story_of_kiyoshi_kuromiya_creator_of_the_iconic (dostęp: 7.02.2021 r.).

6. Czerwona błyskawica

1. Pora w tym miejscu na skonfrontowanie dotychczasowych rozważań z przykładem konkretnego symbolu, wykorzystywanego niekiedy na ubraniach, wywołującego silne emocje i niosącego określony przekaz ideowy. Przyczynkiem do niniejszego artykułu były dyskusowane pod koniec 2020 r. w Polsce przypadki używania czerwonej błyskawicy na ubraniu oraz w internecie jako elementu zdjęć profilowych oraz jako symbolu określonych przekonań. Na tle historii używania owego znaku i reakcji, jakie wywoływał, ujawnia się wiele istotnych problemów. W tym miejscu wymienię jedynie kilka z nich. Chodzi m.in. o nabywanie i utratę przez symbole określonych znaczeń, o wpływ intencjonalności używania symbolu na ocenę kolizji praw osoby posługującej się nim z ewentualnymi regułami zakazującymi posługiwania się symbolem, o to, czy powinniśmy przykładać inną miarę do wypowiedzi przy użyciu słów, a inną do symboli posiadających dużą dynamikę znaczenia i niepewny zakres desygnatów znaczeń. Wreszcie powstaje pytanie, czy w przypadku ubioru w grę nie wchodzi szerszy zakres wolności niż w wypadku głoszenia mową lub pismem określonych przekonań, ze względu na ewidentny związek ubrania ze strefą prywatności (prywatności, choć ujawniającej się w miejscach publicznych)?

2. Ramy opracowania nie pozwalają na omówienie wszystkich zarysowanych wyżej zagadnień, ale, by oddać złożoność problematyki, konieczne jest chociażby ich zasygnalizowanie.

Wprawdzie część opisywanych dalej zdarzeń nie dotyczyła ubioru, lecz jego cyfrowej emanacji (rysunku maski zakrywającej twarz z symbolem błyskawicy), używanej jako zdjęcie profilowe w programach do połączeń zdalnych, niemniej, pamiętając o tej różnicy, można zadać sobie pytanie o ewentualne wykorzystywanie tych samych znaków na koszulkach, maskach i maseczkach oraz innych elementach ubioru, które pojawiły się w sprzedaży właśnie w związku ze wzrostem popularności tego symbolu (produkowane przez rozmaitych przedsiębiorców próbujących wykorzystać jego popularność). Ponadto w chwili obecnej coraz częściej dochodzi do przenikania się świata cyfrowego i rzeczywistego również w świecie mody. Chodzi o wirtualne ubrania nakładane na zdjęcie, którymi można podzielić się w mediach społecznościowych⁶⁵. To skłania do zbliżonego podejścia do wypowiedzi symbolicznej na ubraniu – zarówno rzeczywistym, jak i cyfrowym.

Należy jednakże zaznaczyć, że w analizowanym znaku błyskawicy i reakcjach, które wywołuje, nie ma w istocie niczego szczególnego, nakazującego jakąś odrębną analizę w porównaniu do innych symboli. Znak ten należy – tu i teraz – do tak zwanych silnych symboli, które skupiają emocje towarzyszące sprawom ważnym społecznie. W istocie reakcje na nie są w historii powtarzalne, a wiele wydarzeń wydaje się wręcz kopią sytuacji mających miejsce w innych czasach. Dowodzi tego opisany w punkcie 3.6. artykułu

⁶⁵ W październiku 2018 r. skandynawska marka Carlings wypuściła limitowaną kolekcję cyfrowych kurtek, płaszczy, koszulek i spodni. Ceny zaczynały się od 11 dolarów za sztukę, wszystko wyprzedano się w ciągu miesiąca. Zob. M. von Horn, *Cyfrowa moda: Jak ją nosić?*, „Vogue” z 2.05.2021 r., <https://www.vogue.pl/a/cyfrowa-moda-podpowiadamy-jak-ja-nosic> (dostęp: 21.05.2021 r.).

wyrok Sądu Najwyższego USA z 1969 r. w sprawie *Tinker v. Des Moines School District*⁶⁶, dotyczący zawieszenia w prawach ucznia młodych osób, chcących zaprotestować przeciwko wojnie w Wietnamie za pomocą czarnych opasek, co było sprzeczne zarówno z regulaminem szkoły, jak i oczekiwaniami władz szkolnych, które nie chciały dopuścić do protestów antyrządowych.

3. Wydarzenia w Polsce, związane z nabraniem określonych znaczeń przez znak czerwonej błyskawicy, przedstawiały się w następujący sposób. Wyrokiem z 22.10.2020 r., wydanym w sprawie K 1/20⁶⁷, Trybunał Konstytucyjny (TK) orzekł, że art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży jest niezgodny z art. 38 w zw. z art. 30 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁶⁸. Zakwestionowany przepis dotyczył dopuszczalności przerywania ciąży w sytuacji, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu.

Wyrok TK doprowadził do protestów społecznych, które odbyły się w kilkuset miastach Polski. Wznoszono na nich hasła antyrządowe postulujące poszanowanie praw kobiet oraz sprzeciw wobec ograniczania dopuszczalności aborcji. Protesty były szeroko komentowane w mediach oraz wzbudziły ożywioną debatę na temat stanu prawnego dotyczącego przerywania ciąży. Jednym z najbardziej rozpoznawalnych znaków wykorzystywanych podczas manifestacji była czerwona błyskawica, wykorzystywana pierwotnie na logotypach Ogólnopolskiego Strajku Kobiet (nieformalnego ruchu społecznego) już od 2018 r.



Plakat Strajku Kobiet, 2018⁶⁹
Autorka: Aleksandra Jasionowska



Plakat Strajku Kobiet, 2020⁷⁰
Autorka: Aleksandra Jasionowska

⁶⁶ *Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 (1969).

⁶⁷ Wyrok TK z 22.10.2020 r., K 1/20, OTK-A 2021, poz. 4. Wyrok został opublikowany dopiero 27.01.2021 r. (Dz.U. poz. 175).

⁶⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

⁶⁹ Zob. <http://strajkkobiet.eu/wp-content/uploads/2018/09/legalna-a2-3.pdf> (dostęp: 28.01.2021 r.).

⁷⁰ Zob. http://strajkkobiet.eu/wp-content/uploads/2020/10/OSK_PLAKATY.pdf (dostęp: 28.01.2021 r.).

4. Znak ten zaczął być masowo wykorzystywany w mediach społecznościowych i na plakatach; protestujący malowali go na twarzach oraz na maseczkach zakrywających usta i nos. Od tego momentu znak ten zaczął być jednoznacznie kojarzony z protestami, co doprowadziło do wystąpień publicznych niektórych polityków oraz innych osób publicznie znanych, które zaczęły porównywać symbol błyskawicy do symboliki organizacji III Rzeszy. To z kolei wywołało wypowiedzi wskazujące na fakt wykorzystywania symbolu błyskawicy przez wiele współczesnych instytucji i polskich jednostek wojskowych. W publicznym oświadczeniu kilkudziesięciu pracowników naukowych i studentów Instytutu Historii Sztuki Uniwersytetu Warszawskiego z 2.11.2020 r. wskazano, że „Błyskawica i piorun to znak gniewu, oburzenia, ale również siły i szybkości działania. Symbol ten funkcjonował także w polskiej symbolice wojskowej. Wykorzystywanie go (...) nie ma nic wspólnego z nadużyciem, gdyż jest to jeden z najdawniejszych, funkcjonujących w wielu kulturach, powszechnie zrozumiałych, archetypicznych wręcz znaków”⁷¹.

5. Z publicznie dostępnych informacji prasowych wynika, że autorką wizualizacji symbolu (czerwonej błyskawicy wpisanej w czarny zarys twarzy kobiety) jest Aleksandra Jasionowska. Od 2016 r. tworzy ona plakaty dla Ogólnopolskiego Strajku Kobiet, a błyskawica jest ich stałym elementem.

W październiku 2020 r. pojawiła się kolejna wersja logotypu w postaci twarzy kobiety zasłoniętej maseczką z symbolem błyskawicy.



Plakat Strajku Kobiet, 2020⁷²
Autorka: Aleksandra Jasionowska



Znaki ostrzegawcze przed elektrycznością⁷³

⁷¹ *Stanowisko ws. sposobu relacjonowania w mediach protestów wywołanych orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020, 2.11.2020 r.*, <https://stanowiskohistoriasztuki.wordpress.com> (dostęp: 26.01.2021 r.).

⁷² Zob. http://strajkkobiet.eu/wp-content/uploads/2020/10/OSK_PLAKATY.pdf (dostęp: 28.01.2021 r.).

⁷³ Znak niesformalizowany, powszechnie wykorzystywany w Polsce. Zdjęcie zaczerpnięte z Audytu Efektywności Energetycznej szkoły w Orlu w 2016 r. (brak oznaczenia autorstwa), <https://bip.ugwejherowo.pl/> (dostęp: 6.02.2021 r.).

Jak wyjaśniła autorka: „Jej ostrzegawczy charakter jest czytelny dla wszystkich ludzi na świecie, niezależnie od kraju czy języka, jakim się posługują. Muszę przyznać, że kiedy w 2016 r. powstawały pierwsze plakaty dla Strajku, nie miałam zbyt wiele czasu na szukanie rozbudowanych znaczeń, nie odwoływałam się ani do mitologii, ani do religii, odwoływałam się do symbolu ostrzeżenia i był to zabieg mocno graficzny. Czerwona błyskawica miała kontrastować ze statycznym profilem kobiety, którą narysowałam na plakacie. Z drugiej strony, zależało mi, by plakat nie był drastyczny, chciałam uniknąć wszelkich nawiązań do krwi”⁷⁴.

W dyskusji, która przetoczyła się wówczas w Polsce, wskazywano, że próby wiązania symbolu czerwonej błyskawicy z symboliką nazistowską są nieuprawnione, gdyż znak błyskawicy jest wykorzystywany w logotypach Poczty Polskiej, jednostki wojskowej Grom, Oddziałów Łączności, a w czasie II wojny światowej był używany przez Grupy Szturmowe Szarych Szeregów⁷⁵.



Odnazka Jednostki Wojskowej GROM⁷⁶



Odnazka Jednostki Wojskowej Agat⁷⁷

6. Jesienią 2020 r. prasa odnotowała kilka wydarzeń, w których osoby używające elementów ubioru z symbolem błyskawicy wykorzystywanym podczas protestów zmagający się

⁷⁴ E. Stawikowska, Czerwona błyskawica – symbol protestów – nawiązuje do nazistowskich źródeł? „Zarzut pravicowców jest absurdalny”, wywiad z A. Jasionowską, „Newsweek” z 16.04.2020 r., <https://www.newsweek.pl/polska/ogolnopolski-strajk-kobiet-autorka-blyskawicy/ph9d2xk> (dostęp: 26.01.2021 r.).

⁷⁵ Zdjęcia na stronie: https://pl.wikipedia.org/wiki/Grupy_Szturmowe (dostęp: 28.01.2021 r.).

⁷⁶ Decyzja nr 37/MON Ministra Obrony Narodowej z 20.02.2002 r. w sprawie wprowadzenia oznaki rozpoznawczej i oznaki korpusu Jednostki Wojskowej Nr 2305 (Dz.Ur. MON Nr 3, poz. 22).

⁷⁷ Decyzja nr 118/MON Ministra Obrony Narodowej z 8.04.2014 r. w sprawie wprowadzenia oznaki rozpoznawczej Jednostki Wojskowej AGAT – „Grupy Szturmowe” (Dz.Ur. MON poz. 118). Motyw litery G, w którą wpisana jest błyskawica, jest wierną kopią oznaki Grup Szturmowych Szarych Szeregów walczących w powstaniu warszawskim w 1944 r.

z różnymi reperkusjami tego typu zachowania. W niektórych wypadkach, które dotyczyły uczniów, interweniował Rzecznik Praw Obywatelskich. W wystąpieniu z 30.10.2020 r. zwrócił się on do dyrektora jednej ze szkół, w której doszło do usunięcia z zajęć zdalnych ucznia wykorzystującego symbol błyskawicy na zdjęciu profilowym. Wskazał, że „art. 54 Konstytucji gwarantuje każdemu wolność wyrażania swoich poglądów. Również art. 12 ust. 1 Konwencji ONZ o Prawach Dziecka z 1989 r. stanowi, że Państwa-Strony zapewniają dziecku, które jest zdolne do kształtowania swych własnych poglądów, prawo do swobodnego wyrażania własnych poglądów we wszystkich sprawach dotyczących dziecka, przyjmując je z należytą wagą, stosownie do wieku oraz dojrzałości dziecka”⁷⁸.

Jak wynika z informacji prasowych⁷⁹, 7.01.2021 r. – podczas rozpoznawania jednej ze spraw karnych – prokurator na podstawie art. 146 k.p.k.⁸⁰ wniósł o wyłączenie protokolantki z powodu używania przez nią na sali rozpraw maseczki z czerwoną błyskawicą. Jako uzasadnienie wniosku wskazano powinność powstrzymywania się od wyrażania na sali rozpraw poglądów politycznych. Wniosek ten został oddalony, a rzecznik prasowy Sądu Okręgowego w Gdańsku wskazał, że „Sąd uznał, że prokurator nie wskazał na żadne konkretne przesłanki mogące przemawiać za tym, że wyrażenie poglądów społecznych przez protokolanta na sali sądowej w sposób realny i obiektywny wzbudza wątpliwości co do jej bezstronności w sprawie, której przedmiot nie jest powiązany z tymi poglądami”⁸¹.



Fotografia autorstwa Radka Pietruszki, 2020⁸²

⁷⁸ A. Kabulska, *Używanie symbolu Strajku Kobiet przez uczniów – interwencja RPO*, „Biuletyn Informacji Publicznej RPO” z 30.10.2020 r., <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/uzywanie-symbolu-strajku-kobiet-przez-uczniow-interwencja-rpo> (dostęp: 26.01.2021 r.).

⁷⁹ *Prokurator wniósł o wyłączenie z rozprawy protokolantki za maseczkę ze znakiem Strajku Kobiet*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 7.01.2021 r., <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8062258,prokurator-wniosl-o-wylaczenie-z-rozprawy-protokolantki-za-maseczke-ze-znakiem-strajku-kobiet.html> (dostęp: 28.01.2021 r.).

⁸⁰ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 534 ze zm.) – dalej k.p.k.

⁸¹ *Protokolantka, która miała maseczkę z błyskawicą, może wykonywać obowiązki. O jej wyłączenie wniósł prokurator*, TOK FM, 11.01.2021 r., <https://www.tokfm.pl/Tokfm/7,103085,26677126,protokolantka-ktora-miala-maseczka-z-blyskawica-moze-wykonywac.html> (dostęp: 28.01.2021 r.).

⁸² *Gdańsk: prokurator wniósł o wyłączenie protokolantki z powodu maski z błyskawicą*, Onet Trójmiasto, 7.01.2021 r., <https://wiadomosci.onet.pl/trojmiasto/gdansk-prokurator-wniosl-o-wylaczenie-protokolantki-z-powodu-maski-z-blyskawica/2xp277v> (dostęp: 6.02.2021 r.).

Należy również odnotować, że kwestia używania jako awatarów podczas zajęć zdalnych ze studentami logotypu przedstawiającego twarz kobiety z maską i błyskawicą wywołała kontrowersje na Uniwersytecie Warszawskim. Jeden z wykładowców poprosił studentów, by podczas zajęć nie używali żadnych znaków słownych i graficznych będących manifestacjami politycznymi lub ideologicznymi lub odwołujących się do takiej symboliki, a wobec tych, którzy nie dostosowywaliby się do wspomnianego zalecenia, sugerował możliwość wszczęcia postępowań dyscyplinarnych, ze względu na konieczność zachowywania powściągliwości⁸³. Oświadczenie to spotkało się z reakcją osób zajmujących się równouprawnieniem na Uniwersytecie Warszawskim, które wydały oświadczenie na temat dopuszczalności posługiwania się na zajęciach różnymi symbolami, w tym politycznymi i religijnymi, ale w sposób niewykluczający innych⁸⁴.

7. Przedstawione wydarzenia skłaniają do przynajmniej kilku uwag.

Po pierwsze, w przypadku używania symboli na ubraniach, w przeciwieństwie do klasycznej wypowiedzi formułowanej przez daną osobę za pomocą słów, która prawie zawsze jest intencjonalna, sam fakt wykorzystywania symbolu może być nieintencjonalny. Użytkownik może nie odczytywać danego symbolu tak jak inne osoby, które przypisują mu określone znaczenie. Dzieje się tak zwłaszcza wówczas, gdy dany symbol zaczyna uzyskiwać nowe znaczenie dopiero od niedawna. Użytkownicy ubioru z takim symbolem mogą być w takich sytuacjach nieraz zaskoczeni przypisywaniem im określonych poglądów, związanych z nowelizacją znaczenia symbolu.

Przykładem mogą być buty na obcasie w kształcie czerwonej błyskawicy oferowane przez producenta obuwia jeszcze przed uzyskaniem dużej popularności owego symbolu⁸⁵.

Innym przykładem był wychwycony przez tzw. prasę plotkarską przykład użycia przez zagranicznego gwiazdora kina koszulki z symbolem błyskawicy. Dało to asumpt do pytań o to, czy aktor ten popiera poglądy formułowane podczas protestów w Polsce, ze względu na zbieżność symbolu. Dziennikarze doszli jednak do wniosku, że jest to zbieżność



⁸³ Prof. UW Jan Majchrowski zapowiada konsekwencje wobec studentów za manifestacje podczas wykładów, „Rzeczpospolita” z 3.11.2020 r., <https://www.rp.pl/Edukacja-i-wychowanie/311039951-Prof-UW-Jan-Majchrowski-zapowiada-konsekwencje-wobec-studentow-za-manifestacje-podczas-wykadow.html> (dostęp: 28.01.2021 r.). Szerzej na temat motywów owego zalecenia: M. Żuraw, M. Olejnik, *Zabronił manifestacji, został posądzony o gwałcenie wolności słowa. Prof. UW dla Niezależna.pl: Ten aktyw potępia mnie systematycznie*, *Niezależna*, 9.11.2020 r., <https://niezalezna.pl/362856-zabronil-manifestacji-zostal-posadzony-o-gwalcenie-wolnosc-slowa-prof-uw-dla-niezalezna-pl-ten-aktyw-potepia-mnie-systematycznie> (dostęp: 28.01.2021 r.).

⁸⁴ A. Cybulko, J. Kubisa, *Rekomendacje rzeczniczki akademickiej i głównej specjalistki ds. równouprawnienia na UW w sprawie wykorzystania symboli w przestrzeni akademickiej*, UW, 4.11.2020 r., <https://www.uw.edu.pl/rekomendacje-rzeczniczki-akademickiej-i-glownej-specjalistki-ds-rownouprawnienia-na-uw-w-sprawie-wykorzystania-symboli-w-przestrzeni-akademickiej/> (dostęp: 28.01.2021 r.).

⁸⁵ VITKAC.com, <https://www.vitkac.com/pl/p/szpilki-z-blyskawica-dsquared2-buty-7350> (dostęp: 29.01.2021 r.).

przypadkowa, gdyż podkoszulki z symbolem błyskawicy aktor ten używał również przed rozpoczęciem protestów⁸⁶.

Jeśli zatem w przypadku symboli na ubraniach w o wiele większym stopniu zachodzi niepewność co do intencji ich użycia, to czy zasadne jest przypisywanie znaczenia intencjonalności zachowania jako okoliczności wpływającej pozytywnie na udzielanie danej osobie ochrony w ramach swobody wypowiedzi? To prowadziłoby bowiem do wniosku, że zakres swobody kształtowania swojego wyglądu jest mniejszy w wypadku osób, które nie zwracają uwagi na taką czy inną przejściową symbolikę, a na przykład jedynie na stronę wizualną. Jak zostało to już wskazane w punkcie 3. artykułu, to właśnie intencjonalności komunikowania znaczeń orzecznictwo zarówno Sądu Najwyższego USA, jak i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przypisuje pierwszorzędne znaczenie – jako warunkowi udzielenia ochrony w ramach swobody wypowiedzi.

Po drugie, inne pytanie, które ujawnia się na tym tle, dotyczy zakresu władzy osoby posługującej się danym wzorem na ubraniu nad tym, jak jest on odbierany. Problematyka ta wiąże się z kolei z omawianymi w dalszej części artykułu symbolami, które przynajmniej w części mogą być kojarzone z ruchami ekstremistycznymi, ale które jednocześnie bywają używane w zwykłej ornamentyce bez określonych konotacji ideowych.

Wreszcie po trzecie, opisane wyżej wydarzenia wskazują na dużą łatwość, z jaką określone symbole przekazują swoje znaczenia i jak wpływają na dyskurs społeczny. Znaki potrafią zatem zagęścić przekazywaną informację w stopniu tak dużym, że dla zakomunikowania swoich przekonań zbędne niekiedy staje się formułowanie dłuższych wypowiedzi za pomocą słów. Komunikacja symbolami i skrótowymi znakami graficznymi wydaje się coraz popularniejsza w XXI w. – wieku wizualnej, skondensowanej komunikacji wpływającej głównie na emocje.

7. Podstawy prawne swobody ubioru

1. Dotychczasowe rozważania nie powinny prowadzić do wniosku, że kwestia komunikatów umieszczonych na ubraniu to jedynie sprawa z zakresu swobody wypowiedzi. Wydaje się bowiem, że problem ten jest o wiele bardziej złożony.

Na kwestię swobody komunikowania treści, myśli i uczuć za pomocą ubioru oraz związane z tym analizy zakresu swobody wypowiedzi można też spojrzeć w nieco innym kontekście, wychodząc od pytania o swobodę kształtowania swojego wyglądu. Wydaje się bowiem, że jeżeli wykorzystywanie danego ubioru jest po prostu dozwolone, bo wynika z zasady wolności, to zbędne są dalsze analizy na temat swobody wypowiedzi ewentualnie innych wolności. One aktualizują się wówczas, gdy zastanawiamy się, czy zakazywanie używania określonego ubioru czy umieszczania na nim określonych treści (pomijając aspekt źródła prawnego tego zakazu, umownego bądź wynikającego z przepisu prawa) w konkretnej sytuacji jest bezprawne, gdyż godzi w wyodrębnione z wolności swobody wypowiedzi, sumienia i wyznania, czy wreszcie w swobodę wypowiedzi artystycznej.

⁸⁶ *Ben Affleck wspiera Strajk Kobiet? Znow założył koszulkę z błyskawicą*, Eska.pl, 9.11.2020 r., <https://www.eska.pl/hotplota/news/ben-affleck-wspiera-strajk-kobiet-znow-zalozyl-koszulke-z-blyskawica-aa-aoJS-LP6T-rVSp.html> (dostęp: 29.01.2021 r.).

Wstępna ocena nakazałaby uznanie, że pytanie o podstawę prawną swobody ubioru jest jednak pozbawione sensu, skoro wydaje się ona czymś zupełnie naturalnym. Przeciętna osoba na pytanie, czy istnieją jakieś normy regulujące kwestie ubioru, odpowiedziałaby zapewne, że owszem, ale mają one charakter kulturowy. Każda jednak próba limitowania ubioru, chociażby w sytuacji wprowadzania określonego *dress code'u* przez pracodawcę czy konfliktów między osobą korzystającą z odzieży noszącej treści urażające innych a osobami w przestrzeni publicznej, którzy odbierają te treści na przykład jako znieważające, stawia przed nami pytanie o to, co jest zasadą w prawie, a co wyjątkiem. Siłą rzeczy szukamy zatem podstaw prawnych zarówno swobody, jak i jej ograniczenia.

2. Problemem jest jednak to, że w przypadku ubioru występują różne płaszczyzny, na podstawie których analizuje się podstawę i zakres swobody. Płaszczyzny te wydają się nawzajem na siebie zachodzić. I tak, na przykład, kwestia noszenia symboli religijnych czy elementów stroju podyktowanych względami wiary bardzo często ujawnia się w przypadku ograniczeń wprowadzanych przez pracodawców oraz nakazów wynikających z przepisów publicznych regulujących wygląd osoby, której zdjęcia są wykorzystywane do dokumentów urzędowych. Analizuje się wówczas kwestię zakazu dyskryminacji pracowników ze względu na religię oraz swobody wyznania. W przypadku ubiorów będących nośnikami treści ideowych, politycznych lub społecznych mogą się pojawić kwestie związane ze swobodą wypowiedzi oraz próbami jej ograniczenia, z powołaniem się na wiele ograniczeń wynikających z prawa publicznego, regulujących wygląd określonych grup zawodowych (m.in. służb mundurowych) oraz wygląd w określonych miejscach publicznych (urzędy, szkoły). Jeszcze inne zagadnienia występują w przypadku uznania danego stroju za element wypowiedzi artystycznej. Niekiedy ujawniają się również kwestie natury estetycznej, zwłaszcza w przypadku miejsc publicznych, w których zarządcy nieruchomości próbują wpłynąć na wybory estetyczne osób w nich przebywających. Tego typu sytuacje możemy kwalifikować z kolei w kontekście kolizji między wolnością wykorzystywaną do szczególnej formy ekspresji osobowości (kontekst praw osobistych) a prawem własności nieruchomości. Jeśli z powodu wykorzystywania różnych płaszczyzn do oceny podobnego zjawiska, jakim jest sposób ubioru, możemy dojść do różnych wyników analiz tego, co jest dopuszczalne, to okaże się, że z pozoru prozaiczny problem, jakim jest swoboda ubioru (obejmująca zarówno formę, jak i ewentualne treści umieszczone na ubraniach) oraz dopuszczalność jej limitowania, zaczyna jawić się jako wielowątkowe zagadnienie.

3. Nie ulega wątpliwości, że podstawową zasadą prawa, z której wynika oczywista dla wszystkich swoboda ubioru, jest wolność. Jest to na tyle istotna wartość, że w preambule Konstytucji RP prawo do wolności zostało postawione obok godności. Zgodnie z art. 31 ust. 1 Konstytucji RP wolność człowieka podlega ochronie prawnej. W nauce prawa wskazuje się, że wolność człowieka jest kategorią „przedpozytywną” w tym sensie, że Konstytucja RP nie przyznaje człowiekowi wolności, lecz potwierdza jej ochronę⁸⁷. Wolność

⁸⁷ P. Tuleja [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, LEX/el. 2019, komentarz do art. 30, uwaga 1.

jest zatem stanem pierwotnym. Oznacza ona „swobodę podejmowania aktów woli i ich wyboru, inaczej mówiąc, oznacza swobodę decydowania o własnym postępowaniu”⁸⁸. Co oczywiste, obejmuje ona również wolność kształtowania własnego wyglądu.

Z wolnością jako taką nierozzerwalnie związana jest wolność wypowiedzi. Zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Wolność wypowiedzi wydaje się kluczowa dla tych sytuacji, w których poglądy, przekonania itp. rozpowszechniane są w społeczeństwie za pomocą elementów ubioru (napisów, naszywek, opasek itp.). Wolność wypowiedzi ma charakter:

- ustrojowy (ze względu na art. 14 Konstytucji RP),
- indywidualny (doskonalenie indywidualne jednostki, środek do rozwoju jej osobowości i samorealizacji),
- zbiorowy (poprzez umożliwienie debaty publicznej będącej jednym z warunków demokracji)⁸⁹.

W orzecznictwie TK zwraca się uwagę na szerokie spektrum tej wolności i interesów, które pozwala realizować, zwłaszcza w aspekcie rozwoju osobowości. I tak, na przykład, w wyroku TK z 23.03.2006 r. wskazano, że „swoboda wypowiedzi jest jednym z fundamentów społeczeństwa demokratycznego, warunkiem jego rozwoju i samorealizacji jednostek”⁹⁰.

4. W przypadku elementów ubioru związanych z wyznawaną religią znaczenie ma art. 53 ust. 1, 2 i 5 Konstytucji RP. Każdemu przysługuje wolność sumienia i religii, obejmująca m.in. wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. W przypadku ubioru podyktowanego względami religijnymi możemy mieć do czynienia zarówno z sytuacjami, gdy określone elementy ubioru nakazane są przez religię, jak i z takimi przypadkami, gdy element religijny stroju nie jest nakazany przez daną religię, ale służy ujawnieniu na zewnątrz własnych przekonań. W nauce prawa zauważa się, że racjonalne podejście do wolności religii nakazuje przyjęcie, że katalog zachowań określony w art. 53 ust. 2 Konstytucji RP nie jest zamknięty, mimo braku zwrotów: „jak w szczególności”, „zwłaszcza” itp.⁹¹ Stanowisko to jest trafne, nie budzi bowiem wątpliwości, że co do zasady wolnością religii objęta jest kwestia szerzenia wiary, choć nie jest wymieniona wśród zachowań składających się na wolność uzewnętrzniania religii⁹². W ramach swobody sumienia chroniona jest również wolność wyrażania światopoglądu w innym niż religijny kontekście, w tym

⁸⁸ P. Tuleja [w:] *Konstytucja...*, red. P. Tuleja, komentarz do art. 31, uwaga 1.

⁸⁹ M. Florczak-Wątor [w:] *Konstytucja...*, red. P. Tuleja, komentarz do art. 54, uwaga 1.

⁹⁰ Wyrok TK z 23.03.2006 r., K 4/06, OTK-A 2006/3, poz. 32; podobnie w wyroku TK z 11.10.2006 r., P 3/06, OTK-A 2006/9, poz. 121.

⁹¹ M. Florczak-Wątor [w:] *Konstytucja...*, red. P. Tuleja, komentarz do art. 53, uwaga 1.

⁹² Podobnie ujmuje się tę kwestię na gruncie art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Europejski Trybunał Praw Człowieka w kilku orzeczeniach przeprowadził linię demarkacyjną między nauczaniem a nakłanianiem do zmiany religii w formach moralnie nagannych lub sprzecznych z prawem – m.in. wyrok ETPC z 24.02.1998 r., skarga 23372/94, 26377/94 i 26378/94, Larissis, Mandalaridis i Sarandis przeciwko Grecji.

również posługiwania się symbolami propagującymi odmienne od religijnych przekonania. Wolność sumienia i wyznania ma charakter nie tylko ustrojowy, należy również do praw i wolności o charakterze osobistym. Jej wykorzystywanie związane jest ściśle z osobowością człowieka⁹³. Wolność sumienia i religii (abstrahując na razie od granic tej wolności) obejmuje zatem również posługiwanie się na co dzień elementami ubioru o religijnym lub światopoglądowym kontekście, niezależnie od tego, czy wynikają one z nakazu religijnego, czy też po prostu z chęci zmanifestowania wyznawanej wiary lub poglądów.

5. Dla omawianego zagadnienia znaczenie ma również kwestia wolności twórczości artystycznej (wolność sztuki), a także wolność korzystania z dóbr kultury regulowana w art. 73 Konstytucji RP. W nauce prawa wiąże się wolność twórczości artystycznej z wolnością wyrażania poglądów, przy czym odrębność regulacji świadczyć ma o szczególnym znaczeniu działalności artystycznej jako zasługującej na szczególną ochronę⁹⁴. Wolność sztuki oznacza również swobodę publicznego komunikowania dzieła odbiorcom⁹⁵. W piśmiennictwie podkreśla się, że „konstytucyjna ranga wolności sztuki nie pozostaje bez wpływu na status podmiotów pośredniczących między artystą a publicznością, zwłaszcza że bez zapewnienia tym podmiotom swobody działania nader utrudniona stawałaby się prezentacja dzieła”⁹⁶. Wydaje się, że taki sposób ujęcia wolności sztuki może mieć znaczenie dla producentów odzieży zawierającej reprodukcje utworów, jak również dla osób używających takiej odzieży. Na przykład używanie podkoszulka z reprodukcją instalacji artystycznej mieści się w zakresie korzystania z dóbr kultury (choć nie jest to oczywiście okoliczność egzoneracyjna dla ewentualnego naruszenia praw autorskich przez producenta odzieży), jak i prezentacji w ten szczególny sposób owego dzieła innym osobom.

6. Jak wynika zatem z tego syntetycznego ujęcia podstaw prawnych swobody ubioru, w grę wchodzi wiele regulacji, nieraz z różnymi klauzulami limitującymi dany typ prawa. Nie ulega również wątpliwości, że znaczenie dla wielu przypadków spornych mają zarówno regulacje międzynarodowe, niejednokrotnie zawierające zresztą podobne przepisy, jak i przyjmowana na ich tle praktyka. Do najważniejszych aktów prawnych regulujących przedstawione wyżej prawa i wolności należą: Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁹⁷, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych⁹⁸ oraz Powszechna Deklaracja Praw Człowieka⁹⁹.

⁹³ P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, komentarz do art. 53, uwaga 4.

⁹⁴ L. Garlicki, M. Derlatka [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, komentarz do art. 73, uwaga 4.

⁹⁵ A. Frankiewicz, *Wolność w sferze sztuki i nauki według Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r. oraz Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.* [w:] *Prawa człowieka – idea, instytucje, krytyka*, red. M. Sadowski, P. Szymaniec, „Studia Erasmiانا Wratislaviensia” 2010/IV, s. 236.

⁹⁶ L. Garlicki, M. Derlatka [w:] *Konstytucja...*, t. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, komentarz do art. 73, uwaga 6.

⁹⁷ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7.12.2000 r. (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389).

⁹⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167). Traktat uchwalony w wyniku konferencji ONZ w Nowym Jorku, na mocy rezolucji Zgromadzenia Ogólnego nr 2200A (XXI) z 16.12.1966 r.

⁹⁹ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka – J. Symonides, *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (po 60 latach od jej przyjęcia)*, „Państwo i Prawo” 2008/12, s. 10–11.

Omawiane zagadnienie dotyczy zatem różnych płaszczyzn: ekspresji osobowości, estetyki, religii, idei itp. Bardzo często odpowiedź na pytanie o swobodę i jej granice wymaga przez to nieraz kazuistycznych rozważań, tym bardziej że w przypadku formułowanych niekiedy przez pracodawców nakazów używania określonego ubioru w grę może wchodzić również kwestia ochrony czci pracownika albo jego prywatności.

8. Ograniczenia swobody ubioru

Ograniczenia swobody ubioru mogą być podyktowane różnymi przyczynami i znajdować oparcie w różnych instrumentach prawnych. Niektóre z nich wynikają z prawa publicznego, inne zaś, jak w przypadku *dress code'u* pracowniczego, znajdują oparcie w zasadzie swobody umów. Zawarte poniżej wyliczenie nie ma charakteru wyczerpującego, choć dotyka głównych obszarów, w których ograniczenia te mogą wystąpić.

8.1. *Dress code*

1. Pojęcie *dress code* nie jest zdefiniowane w prawie. Ze względu na powszechność stosowania tego terminu i brak równie popularnego polskiego odpowiednika uzasadnione jest odwoływanie się do wersji anglojęzycznej¹⁰⁰. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że *dress code* to „pisany lub niepisany zbiór zasad dotyczących ubioru obowiązującego pracowników instytucji lub przedsiębiorstwa w czasie pełnienia swoich funkcji zawodowych. Obowiązuje on także na różnego rodzaju spotkaniach towarzyskich i oficjalnych ceremoniach. Różni się w zależności od instytucji, rodzaju spotkania, pory roku, kręgu kulturowego itp. W niektórych kręgach cywilizacyjnych sposób ubioru może świadczyć o przynależności do grupy społecznej, statusie, stanie cywilnym, orientacji seksualnej itd.”¹⁰¹ Według I. Miernickiej, posługującej się szerokim określeniem *dress code'u*, należy przez niego rozumieć „zbiór zasad dotyczących wyglądu pracownika, który został ustanowiony przez pracodawcę w formie pisemnej lub ustnej albo przez ustawodawcę w przepisach prawa powszechnie obowiązującego”¹⁰². Definicja ta zwraca uwagę na dwiistość źródeł reguł ubioru, zaliczając do niego również te sytuacje, gdy to właśnie przepisy prawa, a nie reguły wynikające z umowy o pracę narzucają określony wygląd pracownika.

2. Podstawą prawną ingerencji pracodawcy w wygląd pracowników jest art. 22 § 1 k.p.¹⁰³ Stosownie do jego treści pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Podstawową cechą stosunku pracy jest podporządkowanie pracownika,

¹⁰⁰ Tłumaczenie „kodeks ubraniowy” nie przyjęło się w literaturze przedmiotu.

¹⁰¹ J. Modrzyńska, *Protokół dyplomatyczny, etykieta i zasady savoir-vivre'u*, Warszawa 2016, s. 238.

¹⁰² I. Miernicka, *Wymagania dotyczące wyglądu pracownika jako ingerencja w sferę jego wolności*, Warszawa 2020, s. 37.

¹⁰³ Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1320) – dalej k.p. M. Wójczyk, *Prawo pracownika do ochrony prywatności*, Warszawa 2012, s. 278.

czyli wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy. Ponadto znaczenie dla omawianego zagadnienia ma obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy, określony w art. 100 § 2 pkt 4 k.p.¹⁰⁴ W doktrynie prawa pracy podkreśla się, że „polecenia dotyczące pracy” mogą dotyczyć także do wyglądu zewnętrznego pracownika, który ma znaczenie dla budowania wizerunku firmy¹⁰⁵. Nie oznacza to dowolności oczekiwań pracodawcy odnośnie do wyglądu pracownika, gdyż zgodnie z art. 100 § 1 k.p. wyznaczone przez pracodawcę zadanie nie może być sprzeczne z przepisami obowiązującego prawa oraz umową o pracę. Powszechnie uważa się, że klauzulą limitującą swobodę pracodawcy w określaniu wyglądu pracownika jest obowiązek dbałości pracodawcy o dobra osobiste pracownika, w tym zdrowie i godność¹⁰⁶.

3. Wygląd pracownika może być również określany przepisami prawa. Mamy w tym wypadku do czynienia z dwoma typami regulacji. Jedna z nich, dotycząca służb mundurowych, polega na wprowadzaniu przepisami prawa szczegółowych wytycznych dotyczących wyglądu pracowników. Drugi typ regulacji opiera się na klauzulach generalnych dotyczących zasad etycznych pracowników¹⁰⁷.

Ogólna regulacja dotycząca mundurów zawarta została w ustawie z 21.12.1978 r. o odznakach i mundurach¹⁰⁸. Definiuje ona w art. 10 mundur jako „ubiór lub jego części służące oznaczeniu przynależności do określonej jednostki organizacyjnej lub wykonywania określonych funkcji albo służby”. Ustawodawca przewidział dwie drogi wprowadzania umundurowania: rozporządzeniem Rady Ministrów (art. 11 u.o.m.) oraz ustawą (art. 11 u.o.m.), wskazując jednak, że mundury, których podstawą wprowadzenia jest ustawa, powinny różnić się w sposób widoczny od pozostających pod szczególną ochroną mundurów Policji i Straży Granicznej oraz Wojska Polskiego.

W przypadku służb mundurowych pracodawca pozostawia niewielki margines swobody kształtowania wyglądu oraz używania znaków i symboli nieprzewidzianych przepisami. I tak, w przypadku policjantów kwestię munduru reguluje rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 20.05.2009 r. w sprawie umundurowania policjantów¹⁰⁹. W sposób bardzo szczegółowy reguluje ono kwestię umundurowania policjantów, a do rozporządzenia dodane zostały załączniki, które obrazują, jak ten strój powinien wyglądać. W rozporządzeniu określono kolor, materiał, z którego mundur jest wykonany, sposób noszenia nakrycia głowy, sposób wiązania krawata (§ 10 r.u.p.) czy dopuszczalna wysokość obcasa obuwia damskiego (§ 13 ust. 6 r.u.p.). Pewien margines swobody pozostawiono w odniesieniu do nakrycia głowy (dopuszczalne jest m.in. zdjęcie nakrycia głowy podczas przebywania w pojeździe służbowym w czasie pełnienia służby – § 34a pkt 2 r.u.p.), możliwości noszenia okularów przeciwsłonecznych i zdrowotnych z przyciemnionymi szklami oraz symbolu żałoby według zasad określonych

¹⁰⁴ I. Miernicka, *Prawo pracodawcy do ingerowania w wygląd zewnętrzny jego pracowników*, „Monitor Prawa Pracy” 2017/10, s. 520.

¹⁰⁵ T. Liszcz, *Ochrona prywatności pracownika w relacjach z pracodawcą*, „Monitor Prawa Pracy” 2007/1, s. 13.

¹⁰⁶ I. Miernicka, *Wymagania...*, s. 149–174.

¹⁰⁷ I. Miernicka, *Wymagania...*, s. 104.

¹⁰⁸ Dz.U. z 2016 r. poz. 38 – dalej u.o.m.

¹⁰⁹ Dz.U. Nr 90, poz. 738 ze zm. – dalej r.u.p.

w praktykowanym przez policjanta obrzędki religijny (§ 35 r.u.p.). Ponadto: „W zależności od uznania policjanta i okoliczności można nosić jedną wybraną odznakę organizacji społecznych, zawodowych lub sportowych na klapie prawej górnej kieszeni, na wysokości guzika, na środku lewej połowy klapki (...)” (§ 42 ust. 2 r.u.p.). Ponadto zakazane jest m.in. noszenie przez policjantów przedmiotów umundurowania w połączeniu z przedmiotami ubioru cywilnego oraz samowolne dokonywanie przeróbek, poprawek i zniekształcanie przedmiotów umundurowania (§ 36 r.u.p.).

Podobne regulacje występują w odniesieniu do umundurowania np. żołnierzy¹¹⁰ i leśników¹¹¹. Ramy opracowania nie pozwalają na odniesienie się do wszystkich służb mundurowych. Wystarczająca niech będzie konstatacja, że z przytoczonych przepisów wynika zakaz wykorzystywania na mundurze symboliki nieprzewidzianej przez wzór munduru. Jedyne wyjątek dotyczy policjantów i możliwości wykorzystywania przez nich odznak organizacji społecznych, zawodowych lub sportowych. Potwierdza on jednak ogólną regułę, że w przypadku zawodów mundurowych przepisy prawa niemal w całości ograniczają możliwość używania elementów ubioru związanych z prezentowaniem wybranych przez użytkownika treści.

4. Innym sposobem regulacji wyglądu pracowników jest odwoływanie się do ogólnych zasad postępowania i norm deontologicznych wiążących takie grupy zawodowe, jak urzędnicy, w tym urzędnicy sądowi czy nauczyciele. Wprawdzie w poszczególnych pragmatykach służbowych brak przepisów, które odnosiłyby się wprost do kwestii wyglądu urzędników czy nauczycieli, niemniej przyjmuje się, że ich wygląd powinien odpowiadać miejscu, w którym pracują, i nie kolidować z ogólnymi regułami instytucji publicznych (zakładającymi neutralność światopoglądową, religijną i polityczną¹¹²). W drodze wykładni celowościowej obowiązek odpowiedniego kształtowania swojego wyglądu przez nauczycieli wyprowadza się w piśmiennictwie¹¹³ z art. 6 pkt 1 ustawy – Karta Nauczyciela¹¹⁴. Zgodnie z treścią przepisu nauczyciel obowiązany jest „rzetelnie realizować zadania związane z powierzonym mu stanowiskiem oraz podstawowymi funkcjami szkoły: dydaktyczną, wychowawczą i opiekuńczą, w tym zadania związane z zapewnieniem bezpieczeństwa uczniom w czasie zajęć organizowanych przez szkołę”. Zdaniem I. Miernickiej oznacza to, że można oczekiwać od nauczyciela, by w trakcie zajęć w szkole nie nosił ubrań np. ze znakiem marihuany¹¹⁵. Urzędników sądowych i prokuratur dotyczy z kolei art. 6

¹¹⁰ Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z 31.12.2014 r. w sprawie rodzajów, zestawów i wzorów oraz noszenia umundurowania i oznak wojskowych przez żołnierzy zawodowych i żołnierzy pełniących służbę kandydacką (Dz.U. z 2021 r. poz. 1127).

¹¹¹ Rozporządzenie Ministra Środowiska z 19.12.2017 r. w sprawie wzorów mundurów leśnika i oznak dla osób uprawnionych do ich noszenia (Dz.U. poz. 2466).

¹¹² Tak ETPC w wyroku z 26.11.2015 r., skarga 64846/11, Ebrahimian przeciwko Francji, LEX nr 1920782, w którym podkreślono „rolę państwa jako neutralnego i bezstronnego organizatora wyznawania różnych religii, wyznań i przekonań”. Rozstrzygnięcie dotyczyło oceny porządku prawnego we Francji, ale zwrot ten wydaje się mieć szersze znaczenie i odnosi się również do innych państw. W realiach konkretnej sprawy nie chodziło o nauczyciela, lecz o pracownicę szpitala publicznego.

¹¹³ I. Miernicka, *Wymagania...*, s. 104.

¹¹⁴ Ustawa z 26.01.1982 r. – Karta Nauczyciela (Dz.U. z 2019 r. poz. 2215 ze zm.).

¹¹⁵ I. Miernicka, *Wymagania...*, s. 107.

pkt 4 ustawy o pracownikach sądów i prokuratury¹¹⁶, który nakazuje im godne zachowanie w miejscu pracy. W odniesieniu do urzędników państwowych znajduje zastosowanie art. 17 pkt 7 ustawy o pracownikach urzędów państwowych¹¹⁷, który to przepis wprowadza obowiązek godnego zachowania się w pracy oraz poza nią. Niemalże identyczne brzmienie ma art. 24 ust. 2 pkt 6 ustawy o pracownikach samorządowych¹¹⁸.

W przypadku nauczycieli oraz urzędników trudno jednak mówić o bardziej szczegółowych zasadach ubioru, wykraczających poza szeroko rozumianą adekwatność do miejsca pracy, o uwzględnienie uwarunkowań pracy oraz ogólnej neutralności światopoglądowej instytucji. Warto jednak odnotować, że co jakiś czas pojawiają się w poszczególnych szkołach, urzędach czy sądach próby kodyfikacji zasad ubioru. Podstawą prawną tego typu działań są wcześniej opisane art. 22 § 1 oraz art. 100 § 2 pkt 4 k.p. I tak, na przykład, w 2020 r. Ministerstwo Sprawiedliwości opracowało „Standardy obsługi interesanta w sądownictwie powszechnym” zawierające wytyczne dotyczące ubioru pracowników sądów zajmujących się obsługą interesantów¹¹⁹. Dokument ten zawiera bardzo ogólne wskazówki. Przykładowo w odniesieniu do mężczyzn zaleca się używanie jednolitych garniturów oraz koszul w jednolitym kolorze (inne podobne zalecenia dotyczą kobiet, z uwzględnieniem krojów i kolorów spódnic i sukienek).

5. W tym miejscu należy również zaznaczyć, że w ostatnim czasie w orzecznictwie TS¹²⁰ można zaobserwować trend wzmacniający uprawnienia pracodawcy we wszystkich zakładach pracy (również w sektorze prywatnym) do ograniczenia swobody wypowiedzi na ubraniu przez swoich pracowników – o ile jest to podyktowane obiektywnymi przyczynami uzasadniającymi politykę neutralności danego pracodawcy. Kwestia ta omówiona jest w punkcie 9.6. artykułu. W tym miejscu jednak należy zauważyć, że to właśnie owa neutralność zaczyna być odczytywana jako czynnik bardziej istotny, niż wolność wypowiedzi pracowników. Jest to ciekawe zjawisko, które wymagałoby odrębnych analiz, a zwłaszcza rozważenia, czy neutralność światopoglądowa podmiotów świadczących usługi różnorodnym grupom klientów nie została uznana za środek służący zapewnieniu pokoju społecznego w różnorodnych społeczeństwach.

8.2. Reguły ubioru w miejscach urzędowych

1. Niekiedy ograniczenia dotyczące swobody kształtowania własnego wyglądu mogą być powiązane z miejscem i rodzajem czynności dokonywanych przez określone w treści przepisów osoby. Najbardziej instruktywnym przykładem tego typu miejsca jest sala rozpraw. Ze względu na przykładowy charakter tego wyliczenia należy wskazać jedynie

¹¹⁶ Ustawa z 18.12.1998 r. o pracownikach sądów i prokuratury (Dz.U. z 2018 r. poz. 577).

¹¹⁷ Ustawa z 16.09.1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 537).

¹¹⁸ Ustawa z 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1282).

¹¹⁹ *Standardy obsługi interesanta w sądownictwie powszechnym*, zob. https://zamosc.sr.gov.pl/container/2020/standardy_obsługi_interesanta.pdf (dostęp: 31.01.2021 r.).

¹²⁰ Wyroki TS: z 14.03.2017 r., C-157/15, Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding przeciwko G4S Secure Solutions NV, EU:C:2017:203; z 15.07.2021 r., C-804/18 i C-341/19, IX przeciwko WABE eV i MH Müller Handels GmbH przeciwko MJ, EU:C:2021:594.

sądownictwo powszechne. Zgodnie z art. 84 § 1 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych¹²¹ sędzia na rozprawie i posiedzeniu z udziałem stron, odbywającym się w budynku sądu, używa stroju urzędowego. Strojem urzędowym sędziego jest toga¹²², a sędziego przewodniczącego na rozprawie lub posiedzeniu – także nakładany na kołnierz togi łańcuch z wizerunkiem orła. Obowiązek używania podczas rozprawy togi dotyczy również radców prawnych¹²³, adwokatów¹²⁴ i prokuratorów¹²⁵.

8.3. Reguły ubioru w miejscach publicznie dostępnych zarządzanych przez podmioty prywatne

1. Kwestia podporządkowania się określonym regulaminom porządkowym czy regułom ustanawianym przez właściciela lub zarządcę nieruchomości publicznie dostępnych dla publiczności wiąże się z zagadnieniem kolizji między prawem własności i wolnością prowadzenia działalności gospodarczej a wolnością i godnością osobistą publiczności i innych osób korzystających z usług i świadczeń oferowanych przez przedsiębiorców. Problem ten wydaje się nie budzić wątpliwości w orzecznictwie, które uznaje, że ochrona dóbr osobistych obejmuje również taki element, jak „prawo wstępu do publicznych miejsc wypoczynku i rozrywki”¹²⁶, które nie może być w sposób nieuzasadniony ograniczane poprzez powołanie się na uprawnienie do władania nieruchomością. Niemniej jednak dopuszczalne jest wprowadzenie wymogu posiadania odpowiedniego stroju, adekwatnego do miejsca, zwłaszcza jeśli służy względem bezpieczeństwa¹²⁷. Swoboda wstępu do miejsc dostępnych publicznie obejmuje również sklepy, muzea, kina, środki transportu itp. Nie ulega wątpliwości, że odmowa wstępu podyktowana kwestiami dyskryminującymi, na podstawie kryteriów: rasy, płci, wyglądu itp., jest bezprawna i może zostać uznana za naruszenie godności osobistej oraz wolności, rodząc roszczenia przewidziane w art. 24 Kodeksu cywilnego¹²⁸. Również odmowa świadczenia usług z niejasnych powodów, które nie są podyktowane racjonalnymi względami porządkowymi, może być uznana za naruszenie dobra osobistego w postaci godności osobistej¹²⁹. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 25.01.2013 r.¹³⁰ uznano za naruszenie

¹²¹ Ustawa z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 2072 ze zm.) – dalej p.u.s.p.

¹²² Wzór togi został określony w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 14.10.2011 r. w sprawie stroju urzędowego sędziów (Dz.U. Nr 225, poz. 1354) w związku z art. 84 § 2 p.u.s.p.

¹²³ Artykuł 12 ust. 2 ustawy z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 75).

¹²⁴ Artykuł 7 ust. 2 ustawy z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2020 r. poz. 1651 ze zm.).

¹²⁵ Artykuł 36 § 6 ustawy z 28.01.2016 r. – Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2021 r. poz. 66 ze zm.).

¹²⁶ Wyrok SN z 10.06.1977 r., II CR 187/77, LEX nr 7947 (dostępna jedynie teza orzeczenia).

¹²⁷ Na ten fragment rozważań SN w uzasadnieniu wyroku z 10.06.1977 r., II CR 187/77, LEX nr 7947, zwracają uwagę Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych w praktyce sądowej* [w:] *Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym*, red. J.S. Piątowski, Ossolineum 1986, s. 30. Podobnie w wyroku SA w Warszawie z 13.11.2009 r., I ACa 769/09, LEX nr 832535.

¹²⁸ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.).

¹²⁹ Wyrok Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy, IIC 3179/65, niepubl., za: Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna...*, s. 30. W omawianej sprawie odmówiono w kawiarni hotelowej podania napoju dwóm młodym kobietom, które usiadły przy stoliku wraz z dwoma mężczyznami, cudzoziemcami, będącymi gośćmi hotelu, z uzasadnieniem, że „takim kobietom nie podaje się tu napojów”.

¹³⁰ Wyrok SA w Warszawie z 25.01.2013 r., I ACa 987/12, LEX nr 128670.

godności osobistej odmowę wydania karty kibica i w konsekwencji uniemożliwienie wstępu na mecz piłki nożnej jedynie ze względu na posiadanie przez powoda karty kibica innego klubu.

Wydaje się również oczywiste, że właściciele lub zarządcy nieruchomości publicznych nie mogą – w ramach wydawanych przez siebie regulaminów porządkowych – pozostawić sobie możliwości niewpuszczenia do tych miejsc osób, które posługują się na ubiorze określonymi znakami czy symbolami odzwierciedlającymi ich przekonania. Dopuszczenie takiej praktyki nie dawałoby się pogodzić z regułami demokratycznego państwa opartego na zasadzie pluralizmu przekonań.

2. Sporna jest natomiast kwestia oznaczeń na ubraniu, które mogłyby być uznane za mowę nienawiści. Kwestia ta zostanie rozwinięta w dalszej części artykułu, ale już tu należy wskazać, że ETPC odróżnia swobodę wypowiedzi i wolności formułowania opinii od mowy nienawiści. Część nienawistnych wypowiedzi kwalifikowana jest jako nadużycie prawa z art. 17 Konwencji (w przypadku gdy komentarze wyrażają nienawiść i negują fundamentalne wartości Konwencji)¹³¹, a część jako wypowiedzi, które wprawdzie stanowią mowę nienawiści, ale nie są w stanie zniweczyć fundamentalnych wartości Konwencji, choć uzasadniają zastosowanie ograniczeń przewidzianych w art. 10 ust. 2 Konwencji¹³². Zgodnie z art. 17 Konwencji nie można dochodzić ochrony praw podstawowych w przypadku, gdy stanowi to nadużycie takiego prawa, to jest zmierza do zniweczenia innych praw i wolności chronionych konwencyjnie. W decyzji ETPC z 27.06.2017 r.¹³³ uznano za mowę nienawiści publikowanie przez skarżącego na platformie YouTube serii filmów wzywających do obrony szariatu poprzez walkę z niewiernymi. ETPC nie miał wątpliwości odnośnie do „silnie nienawistnego wydzwisku wypowiedzi skarżącego”, co stoi „w sprzeczności z wartościami tolerancji, pokoju społecznego i niedyskryminacji, które stanowią fundament Konwencji”.

3. Wprawdzie w polskim orzecznictwie brak publikowanych orzeczeń, w których przedmiotem uwagi byłyby odmowa wstępu do miejsc publicznych ze względu na używanie na ubraniu treści mogących być uznanymi za mowę nienawiści, niemniej jednak warto zwrócić uwagę na podobne zagadnienie, z którym zetknął się Sąd Okręgowy w Warszawie w postanowieniu z 24.07.2019 r.¹³⁴ Udzielono w nim zabezpieczenia roszczenia

¹³¹ Artykuł 17 Konwencji ma na celu uniemożliwienie wywodzenia z Konwencji prawa do podjęcia działań lub dokonania aktu zmierzającego do unicestwienia praw i wolności określonych w Konwencji – np. decyzja ETPC z 20.02.2007 r., skarga 35222/04, Ivanov przeciwko Rosji, dotycząca artykułów przedstawiających Żydów jako źródło zła w Rosji i wzywająca do wykluczenia ich z życia publicznego.

¹³² Ograniczenia uznane za niezbędne w interesie bezpieczeństwa państwowego i publicznego, zapobiegania zakłóceniu porządku lub przestępstwom, ochrony zdrowia lub moralności oraz ochrony praw i wolności innych osób – np. wyrok ETPC z 9.02.2012 r., skarga 1813/07, Vejdeland i inni przeciwko Szwecji, w którym uznano sankcje karne za rozpowszechnianie na ulotkach treści homofobicznych, takich jak stwierdzenia, że homoseksualizm to „dewiacyjna skłonność seksualna” mająca „moralnie destrukcyjny wpływ na istotę społeczeństwa” oraz że jest odpowiedzialny za rozwój HIV i AIDS, za mieszczące się w granicach dopuszczalnych ograniczeń swobody wypowiedzi określonych w art. 10 ust. 2 Konwencji.

¹³³ Decyzja ETPC z 27.06.2017 r., skarga 34367/14, Belkacem przeciwko Belgii.

¹³⁴ Postanowienie SO w Warszawie z 24.07.2019 r., IV Co 130/19, LEX nr 274689.

o ochronę dóbr osobistych osobie homoseksualnej, aktywiście społeczności LGBT i organizatorowi Marszu Równości. Wnioskodawca wskazywał, że druga strona postępowania (wydawca tygodnika) dołączyła do wydania naklejkę przedstawiającą okrągłe pole wypełnione barwami tęczy, które zostały przekreślone dwoma czarnymi pasami. Wokół tak wyglądającego znaku graficznego umieszczony został napis „strefa wolna od LGBT”. Sąd w ramach zabezpieczenia nakazał wycofanie z dystrybucji tego dodatku, uznając, że „publikacja naklejki (...) może spowodować daleko idące skutki w postaci m.in. wykluczenia wnioskodawcy oraz innych osób należących do tego środowiska z przestrzeni publicznej, dalszego ich szykanowania i dyskryminowania”. Ten ostatni przykład należałoby zakwalifikować jako dopuszczalne ograniczenie swobody wypowiedzi, przewidziane w art. 10 ust. 2 Konwencji.

Na tle tego orzeczenia powstaje jednak pytanie, czy analogiczne reguły zezwalające na ograniczenie szerzenia mowy nienawiści można zastosować w odniesieniu do osoby posługującej się nienawistnymi określeniami na ubraniu i na przykład zakazanie jej wstępu do miejsca dostępnego dla innych. To już wydaje się o wiele bardziej dyskusyjne i zapewne wszystko zależałoby od okoliczności zdarzenia, a zwłaszcza treści napisu, jak również tego, czy zachowaniu danej osoby można by postawić zarzut prowokacji i celowego działania w celu upokorzenia innych osób korzystających z danego miejsca. Na pewno znaczenie ma inna skala zjawiska – zakres szerzenia mowy nienawiści. W przypadku prasy czy serwisów internetowych krąg odbiorców jest o wiele szerszy. Ponadto inaczej wpływa na porządek publiczny zachowanie danej osoby, która w miejscu publicznym nawołuje słowami do nienawiści, niż takiej, która hasła tych nie wykrzykuje, a ma je na ubraniu. Konkretna ocena zależałaby od szczegółowego kontekstu, gdyż mogłoby się okazać, że w przypadku elementów ubioru częściej zachodzi nieintencjonalne użycie danego znaku czy symbolu. Zagadnienie to wymagałoby na pewno szerszych rozważań, zwłaszcza w kontekście coraz częściej pojawiających się spraw dotyczących jeżdżących po miastach ciężarówek obklejonych treściami (nieraz z nagłośnieniem), z których przynajmniej część treści może być uznana za mowę nienawiści.

4. Odmienne jednak należy ocenić kwestię prób regulacji wyglądu klientów poddyktowanych względami obyczajowymi (zagadnienie to ma charakter marginalny dla tego artykułu, ale warte jest odnotowania). W pewnych sytuacjach wydaje się ona uzasadniona. I tak, na przykład, w Wielkiej Brytanii znana stała się sprawa jednego z supermarketów, który zakazał wstępu do sklepu klientom zamierzającym robić zakupy „na bosaka”, w koszuli nocnej czy piżamie. Jak wynika z informacji prasowych, było to spowodowane dość częstym zjawiskiem robienia zakupów w godzinach porannych w tych strojach i skargami innych klientów¹³⁵. Za dopuszczalne należy również uznać przyjmowane zwyczajowo

¹³⁵ M. Sypniewska, *Popularna na wyspach sieć supermarketów zaszokowała! Ban dla klientów – bez tego nie zrobisz zakupów!*, <http://polemi.co.uk/informacje/wielka-brytania/popularna-na-wyspach-siec-supermarketow-zaszokowala-baln-dla-klientow-bez-tego-nie-zrobisz-zakupow-28593> (dostęp: 2.02.2021 r.). Podają za: N. Wojtasiak, *Prawo pracodawcy do ingerencji w wygląd zewnętrzny pracownika. Dress code jako przyczyna dyskryminacji i naruszenia dóbr osobistych*, praca magisterska, Uniwersytet Łódzki, 2020, s. 67.

reguły ubioru związane z wstępem do określonych restauracji (np. krawat w odniesieniu do mężczyzn), o ile mają charakter zobiektywizowany i kulturowo przyjęty. W takich sytuacjach trudno bowiem o zarzut naruszenia godności osobistej osoby niewpuszczonej do restauracji stosującej takie wymagania ze względu na zwyczajową akceptację tego typu zachowań.

9. Kolidacja między swobodą ubioru a jej ograniczeniami (kontekst religijny) w orzecznictwie

1. Kwestia dopuszczalności używania różnych elementów stroju podyktowanych względami religii oraz ograniczeń tej swobody jest przedmiotem uwagi wielu orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości (TS).

Mimo dość szerokiego marginesu swobody¹³⁶ pozostawianego poszczególnym państwom z orzecznictwa tego wylania się w miarę spójny obraz potrzeby poszukiwania punktu równowagi między obowiązkiem poszanowania swobód religijnych a generalnie istniejącym we wszystkich państwach obowiązkiem zachowania neutralności w kwestiach religijnych i światopoglądowych jako warunku demokracji i pluralizmu (choć z różnym nasileniem w zależności od konkretnego kraju). W zakresie stosunku państwa i religii ETPC dopuszcza szeroki margines uznania przy podejmowaniu decyzji o tym, czy i w jakim zakresie ograniczenie prawa do manifestowania swego wyznania lub przekonań jest konieczne.

2. W odniesieniu do kwestii używania elementów stroju w kontekście religijnym na salach sądowych ETPC rozróżnia zatem swobodę osób występujących w sądzie w charakterze urzędowym (która podlega daleko idącym ograniczeniom) oraz swobodę uczestników postępowań. Noszenie symboli religijnych i stroju wyrażającego przekonania religijne na salach sądowych było przedmiotem uwagi ETPC w co najmniej kilku rozstrzygnięciach.

W sprawie zakończonej wydaniem decyzji z 26.04.2016 r. ETPC¹³⁷ zajmował się skargą adwokat z Hiszpanii, która uczestniczyła w procesie dotyczącym islamskiego terroryzmu. Podczas pierwszych rozpraw skarżąca, z głową przykrytą hidżabem zakrywającym włosy i twarz, z wyjątkiem owalu twarzy, zajmowała miejsce dla publiczności, nie będąc przedmiotem jakichkolwiek uwag sądu. Na kolejnej rozprawie zajęła miejsca dla strony. Spotkało się to z uwagą sędziego, który zażądał opuszczenia przez nią miejsca dla stron, powołując się na regulację, zgodnie z którą strój urzędowy adwokata nie obejmuje nakrycia głowy. Skarżąca podporządkowała się tej decyzji, ale zaczęła później ją kwestionować w trakcie składanych przez siebie odwołań. W toku postępowania przed ETPC skarżąca zarzuciła naruszenie art. 9 Konwencji (wolność wyznania) oraz art. 1 Protokołu 12 do Konwencji (ogólny zakaz dyskryminacji). Ostatecznie ETPC nie wydał decyzji merytorycznej, uznając skargę za niedopuszczalną z powodu uchybienia terminowi wniesienia środka odwoławczego w prawie krajowym. Wydaje się jednak istotne, że analizując przebieg postępowania

¹³⁶ Wyrok ETPC z 5.12.2017 r., skarga 57792/15, Hamidović przeciwko Bośni i Hercegowinie.

¹³⁷ Decyzja ETPC z 26.04.2016 r., skarga 21780/13 Barik Edidi przeciwko Hiszpanii.

przed organami krajowymi, ETPC nie pokusił się o krytykę postępowania sędziego na sali rozpraw. W kontekście stanowiska zajmowanego przez ETPC w odniesieniu do używania przez uczestników postępowań niesprawujących funkcji publicznych (np. świadków) nakryć głowy podyktowanych względami religijnymi, w których to rozstrzygnięciach ETPC przykłada inną miarę do funkcjonariuszy publicznych, uprawniony jest w mojej ocenie wniosek, że w omawianej sytuacji nie doszło do naruszenia Konwencji.

W wyroku ETPC z 18.09.2018 r.¹³⁸ stwierdzono naruszenie art. 9 Konwencji na skutek wydalenia z sali rozpraw kobiety (strony sporu cywilnego), która z powodów religijnych miała twarz zasłoniętą burką. Skarżąca występowała jako strona w postępowaniu karnym toczącym się w związku ze śmiercią jej brata. Na rozprawie skarżąca wystąpiła w islamskiej zasłonie na twarz. Przy wejściu na salę rozpraw skarżąca została poinformowana przez urzędnika sądowego, w imieniu przewodniczącego składu sądu karnego, że musi zdjąć chustę pod rygorem niewypuszczenia jej na salę rozpraw. Skarżąca odmówiła, musiała opuścić salę i nie mogła wziąć udziału w rozprawie. Zdaniem ETPC uzasadnienie decyzji sądu nie pozwalało na przyjęcie tezy, że zastosowane ograniczenia były istotne i wystarczające oraz proporcjonalne do celu. Sędzia powołał się bowiem jedynie na przepis ustawy, który, w jego ocenie, zakazywał noszenia islamskiej zasłony przez skarżącą. ETPC podkreślił, że skarżąca jest zwykłą obywatelką, a nie funkcjonariuszem publicznym, i przez to „nie może zostać wezwana, z powodu swego urzędowego statusu, do przestrzegania obowiązku dyskrecji przy publicznym wyrażaniu swych przekonań religijnych”.

W dalszej, interesującej części uzasadnienia ETPC zasugerował, że możliwe jest przyjęcie surowszej miary do takich miejsc publicznych jak sąd – w porównaniu do innych miejsc „przestrzeni publicznej”, takich jak ulice czy place. Ponadto ETPC przeciwstawił przestrzeń publiczną i przestrzeń miejsca pracy („sąd może stanowić część «przestrzeni publicznej», w przeciwieństwie, na przykład, do miejsca pracy”). Choć bowiem budynek sądu stanowi miejsce publiczne, dostępne wszystkim osobom, to biorąc pod uwagę publiczny charakter tej instytucji, „poszanowanie dla neutralności przekonań może zyskać pierwszeństwo przed swobodnym wykonywaniem prawa do uzewnętrzniania swego wyznania, tak jak się to dzieje w publicznych placówkach edukacyjnych”. Niemniej jednak żaden z elementów stanu faktycznego nie wskazywał w ocenie ETPC, by wydalenie skarżącej z sali rozpraw miało służyć ochronie neutralności przestrzeni publicznej oraz utrzymaniu porządku publicznego. ETPC podkreślił przy tym, że zachowanie skarżącej nie było lekceważące, nie zakłócało też w inny sposób przebiegu rozprawy. Doprowadziło to ETPC do wniosku, że nie została wykazana konieczność zastosowania ograniczenia, a dokonana przez sąd ingerencja nie była uzasadniona w społeczeństwie demokratycznym.

Orzeczenie to jest interesujące z kilku powodów. Po pierwsze, wydaje się potwierdzać formułowaną w doktrynie tezę, że oprócz sfery prywatnej i sfery publicznej istnieje konieczność wyodrębnienia „trzeciej strefy, będącej pomiędzy nimi, zwanej sferą widzialności społecznej”¹³⁹, występującej np. w prywatnych zakładach pracy (choćby zakład

¹³⁸ Wyrok ETPC z 18.09.2018 r., skarga 3413/09, Lachiri przeciwko Belgii.

¹³⁹ I. Miernicka, *Wymagania...*, s. 173. Z kolei według M. Mielczarka należy krytycznie podejść do ogólnego neutralizowania wszelkich przejawów wyznaniowości, np. poprzez zakazywanie noszenia religijnych nakryć głowy w prywatnych zakładach pracy – M. Mielczarek, *Realizacja wolności religijnej w zatrudnieniu pracowniczym*, Warszawa 2013, s. 183–184.

pracy to również do pewnego stopnia przestrzeń publiczną). W uzasadnieniu ETPC przeciwstawił bowiem sąd i takie miejsca publiczne jak zakłady pracy. Po drugie, ETPC wskazał, że nie powinno się stosować jednakowej miary do wszystkich miejsc publicznych (sądy, szkoły publiczne, place, ulice itp.). Niektóre z nich (szkoły, sądy i urzędy), wiążące się z działalnością publiczną wymagającą poszanowania neutralności przekonań, mogą wymagać stosowania ograniczeń pozwalających zachować tę neutralność. W przypadkach budynków sądów ETPC odróżnił jednak zachowania funkcjonariuszy publicznych od zachowań interesantów i publiczności. Neutralności tej można zatem zdaniem ETPC wymagać jedynie od funkcjonariuszy publicznych. Jeśli nawet dopuścić ograniczenia w tej materii, to musiałyby być uzasadnione, moim zdaniem, na przykład koniecznością identyfikacji osób uczestniczących w rozprawie czy koniecznością obserwowania twarzy świadków i stron (ocena pozawerbalnych kanałów komunikacji świadka).

Podobne w swej wymowie rozstrzygnięcie to wyrok ETPC z 5.12.2017 r.¹⁴⁰ W tej sprawie skarżący (należący do społeczności wahabickiej) został wezwany do sądu w charakterze świadka w procesie jego współwynawców oskarżonych o zamach terrorystyczny w Sarajewie w 2011 r. Na sali rozpraw świadek został poinformowany przez sędziego o konieczności zdjęcia nakrycia głowy, zgodnie z regulaminem sądu. Sędzia wskazał, że pozostawanie w nakryciu głowy jest sprzeczne z zasadami obowiązującymi w instytucjach sądowych, a na sali sądowej żadne symbole religijne nie są dopuszczalne. Skarżący ostatecznie odmówił zdjęcia nakrycia głowy, powołując się na obowiązki religijne wymagające pozostawania przez cały czas w nakryciu głowy. Został za to ukarany grzywną, której nie zapłacił, a grzywna została zamieniona na karę 30 dni pozbawienia wolności.

ETPC ustalił również, że względy religijne były jedynymi powodami odmowy zdjęcia nakrycia głowy, a świadek nie chciał uchybić powadze czynności sądowych ani nie dążył do „podżegania innych osób do odrzucenia wartości sekularnych i demokratycznych”. Uznając prawo do manifestacji swej religii za prawo podstawowe, ETPC stwierdził, że choć w demokracji interesy indywidualne czasami muszą zostać podporządkowane interesom grupy, nie oznacza to jednak, że poglądy większości zawsze muszą przeważać. W tej konkretnej sprawie organy krajowe wykroczyły poza szeroki margines uznania i naruszyły art. 9 Konwencji.

3. Jak już wskazano, podobna linia orzecznicza ETPC dotyczy nauczycieli w szkołach publicznych. W decyzji z 15.02.2001 r. ETPC¹⁴¹ uznał, że nie doszło do naruszenia art. 9 Konwencji w sytuacji, gdy władze szkolne nakazały nauczycielce szkoły podstawowej zdjęcie chusty, którą zaczęła nosić z powodu konwersji na islam. Znaczenie dla tej sprawy miał fakt nauczania dzieci we wczesnym wieku – od 4 do 8 lat. Chusta została uznana przez ETPC za „silny symbol zewnętrzny”, który mógł mieć prozelityczny (a zatem niewskazany) wpływ na małe dzieci. W orzeczeniu tym ETPC nie stwierdził naruszenia Konwencji, uznając, że ingerencja miała na celu ochronę praw i swobód innych osób, porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego, mimo że żaden z rodziców nie

¹⁴⁰ Wyrok ETPC z 5.12.2017 r., skarga 57792/15, Hamidović przeciwko Bośni i Hercegowinie.

¹⁴¹ Decyzja ETPC z 15.02.2001 r., skarga 42393/98, Dahlab przeciwko Szwajcarii.

protestował przeciwko zachowaniu nauczycielki. W orzeczeniu tym interesujące jest to, że oprócz podkreślenia możliwości wpływu na małe dzieci ETPC zauważył, że noszenie chusty może być uznane za trudne do pogodzenia z zasadą równości płci oraz niedyskryminacji, tolerancji i poszanowania innych ze względu na świeckość, która zakłada wyznaniową neutralność w szkołach (a która jest zasadą ustanowioną w konstytucji polskiego państwa).

Przedstawione wyżej orzeczenia dotyczyły szczególnych miejsc publicznych – instytucji publicznych. ETPC dokonywał w nich rozróżnienia między osobami pełniącymi funkcje publiczne a interesantami, wyprowadzając wymóg neutralności czy wręcz zakazu manifestowania uczuć religijnych przez funkcjonariuszy publicznych. Nie da się jednak ukryć, że w przypadku symboli religijnych związanych z islamem ETPC zdaje się akceptować surowe ustawodawstwo niektórych państw, również w odniesieniu do osób małoletnich korzystających z usług tych instytucji publicznych. Chodzi mianowicie o przypadki zakazywania uczniom używania chusty w krajach takich jak Francja. W wyroku ETPC z 4.12.2008 r.¹⁴² nie stwierdzono naruszenia Konwencji zarówno w aspekcie wolności wyznania, jak i prawa do nauki na skutek wydalenia ze szkoły jedenastoletniej uczennicy za odmowę podporządkowania się nakazowi zdejmowania chusty podczas zajęć wychowania fizycznego. ETPC uznał, że zastosowana ingerencja była uzasadniona i proporcjonalna, również w kontekście ogólnym – przestrzegania wymagań świeckości w szkołach państwowych. ETPC przyjął, że noszenie symboli religijnych nie jest samo w sobie niezgodne z zasadą świeckości w szkołach, ale może zostać za takie uznane ze względu na warunki, w jakich są one noszone, oraz skutki takiego zachowania.

4. W przypadku spraw pracowniczych, jak już wspomniano, orzecznictwo ETPC oraz TS jest bardziej surowe w ocenie zakazów korzystania z symboli religijnych. W powszechnie znanym i cytowanym wyroku ETPC z 15.01.2013 r.¹⁴³ dokonano wzmocnienia standardu ochrony wolności religii w zakresie manifestowania jej w miejscu pracy. Sprawa dotyczyła noszenia krzyży przez pracownicę linii lotniczych oraz pielęgniarki na oddziale geriatrycznym. W przypadku pracownicy linii lotniczych ETPC uznał, że brak było dowodu na to, by używanie przez nią krzyżyka wpływało negatywnie na prawa innych czy na interesy pracodawcy. Jakkolwiek cel działania pracodawcy w postaci prezentacji określonego wizerunku jest uprawniony, to jednak nie doszło do jego naruszenia. Krzyżyk noszony przez skarżącą był dyskretny i nie uchybiał jej zawodowemu wizerunkowi. Nie przedstawiono również dowodów na to, by noszenie innych, wcześniej dozwolonych elementów odzieży związanych z religią, takich jak turbany czy hidżaby, miało jakikolwiek negatywny wpływ na markę lub wizerunek linii lotniczych. W odniesieniu do pielęgniarki ETPC uznał z kolei, że ingerencja w wolność wyznania poprzez zakazanie używania krzyża na łańcuszku była konieczna. Wprawdzie na marginesie ETPC wskazał, że pielęgniarka była zatrudniona w instytucji publicznej, ale to nie miało większego wpływu na rozstrzygnięcie. Uzasadnionym powodem ingerencji była bowiem ochrona zdrowia

¹⁴² Wyrok ETPC z 4.12.2008 r., skarga 27058/05, Dogru przeciwko Francji.

¹⁴³ Wyrok ETPC z 15.01.2013 r., skargi 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, Eweida i inni przeciwko Wielkiej Brytanii.

i bezpieczeństwa pielęgniarek i pacjentów. Przełożeni pielęgniarki uznawali, że istniało ryzyko chwycenia i zerwania łańcuszka przez niespokojnego pacjenta, który mógł w ten sposób zranić siebie i skarżącą, oraz że krzyżyk mógł wejść w kontakt z otwartą raną. Dla ETPC istotne znaczenie miał fakt, że istniejące w szpitalu restrykcje dotyczyły wszystkich wyznań. Na przykład pielęgniarki sikhijki nie mogły nosić tradycyjnych bransolet ani kirpanów, zakazane były również powłóczyste hidżaby. Ponadto skarżącej zaproponowano możliwość noszenia krzyżyka w formie broszki przypinanej do fartucha lub schowanie go pod bluzkę bez dekoltu, założoną pod fartuch. Z propozycji tej skarżąca nie skorzystała.

5. Podobne stanowisko – do pewnego stopnia liberalne w zakresie manifestowania symboli religijnych w zakładach pracy (jako szczególnej postaci miejsca, innej niż przestrzeń publiczne i strefa prywatna) – zajmował Trybunał Sprawiedliwości. W wyroku z 14.03.2017 r.¹⁴⁴ TS uznał, że wykładnia art. 4 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/78/WE z 27.11.2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy powinna być przeprowadzona w ten sposób, że „chęć uwzględnienia przez pracodawcę życzeń klienta, aby świadczone przez niego usługi nie były już wykonywane przez pracownicę noszącą chustę islamską, nie może być uznana za istotny i determinujący wymóg zawodowy w rozumieniu tego przepisu”. W sprawie tej pracownica sektora prywatnego nawiązała stosunek pracy, nie ukrywając przed pracodawcą, że nosi chustę islamską. Pracodawca z kolei nie ukrywał swych preferencji odnośnie do neutralności religijnej. Po realizacji jednego ze zleceń klient firmy wskazał, że noszenie chusty islamskiej przez pracownicę kępowało niektórych jego pracowników. Ostatecznie doszło do wypowiedzenia stosunku pracy. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że wolność religii powinna być jednolicie wykładana zarówno na gruncie wspomnianej dyrektywy, jak i Europejskiej Karty Praw Podstawowych oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Regulamin obowiązujący w miejscu pracy, zakazujący używania wszelkich symboli religijnych, może być, w ocenie TS, uznany za dyskryminację pośrednio opartą na religii bądź przekonaniach. **Różnica w traktowaniu nie stanowi dyskryminacji jedynie wtedy, gdy ze względu na rodzaj działalności zawodowej lub warunki jej wykonywania dana cecha różnicująca stanowi istotny i determinujący wymóg zawodowy, pod warunkiem jednak, że realizowany cel jest zgodny z prawem, a wymóg jest proporcjonalny. Wymogi te powinny mieć jednak charakter obiektywny i nie mogą one obejmować „względów natury subiektywnej, takich jak chęć uwzględnienia przez pracodawcę konkretnych życzeń klienta”.**

6. W ostatnich latach widać jednak w orzecznictwie TS wzmocnienie trendu ograniczającego swobody religijne w zakresie ubioru na rzecz neutralności w zakładach pracy. Wymagałoby odrębnego opracowania rozważenie, czy nie dochodzi w ten sposób do rozejścia się stanowiska ETPC i TS w omawianym zakresie. Już bowiem w wyroku z 14.03.2017 r.¹⁴⁵ TS uznał, że zgodny z prawem cel, taki jak realizowanie przez

¹⁴⁴ Wyrok TS z 14.03.2017 r., C-188/15, Asma Bougnaoui i Association de défense des droits de l'homme (ADDH) przeciwko Micropole SA, EU:C:2017:204.

¹⁴⁵ Wyrok TS z 14.03.2017 r., C-157/15, Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding przeciwko G4S Secure Solutions NV, EU:C:2017:203

pracodawcę polityki neutralności politycznej, światopoglądowej i religijnej w relacjach z jego klientami, może uzasadniać zakaz noszenia przez pracowników wszelkich widocznych symboli przekonań politycznych, światopoglądowych lub religijnych oraz uczestniczenia w obrzędach. Stanowisko to podtrzymano w wyroku z 15.07.2021 r.¹⁴⁶, w którym w przeciwieństwie do wyroku ETPC z 15.01.2013 r.¹⁴⁷ (punkt 9.4. artykułu) podkreślono, że pracodawca może zakazywać noszenia jakichkolwiek symboli religijnych (niezależnie od ich rozmiaru) jeżeli jest to podyktowane polityką neutralności pracodawcy wobec klientów lub użytkowników. Owa neutralność musi być jednak zdeterminowana obiektywnymi czynnikami, w szczególności uzasadnionymi oczekiwaniami tych klientów i użytkowników, jak również niekorzystnymi konsekwencjami, jakie pracodawca poniósłby w braku takiej polityki, mając na uwadze charakter jego działalności lub kontekst, w jaki ona się wpisuje. Dodatkowo TS podkreślił, że polityka neutralności pracodawcy musi być realizowana spójnie i konsekwentnie, a wszelkie zakazy muszą być konieczne „w świetle rzeczywistego zakresu i wagi negatywnych konsekwencji, których pracodawca usiłuje uniknąć poprzez taki zakaz”.

Warto również podkreślić, że TS odnosił się w obu wyrokach do symboli nie tylko religijnych, ale i politycznych oraz światopoglądowych, nie traktując ich jednak jedną miarą. Trybunał w wyroku z 15.07.2021 r. dopuścił bowiem możliwość wzięcia pod uwagę przepisów krajowych bardziej korzystnych dla swobód – ale ograniczył ją tylko do kwestii religii. Z przytoczonego wyroku może wynikać, że TS zaaprobował kierunek orzecznictwa, w którym ważniejsza jest kwestia neutralności przedsiębiorcy (a w konsekwencji i pracowników) w relacjach z klientami i następuje to kosztem swobód – w większym zakresie politycznych i światopoglądowych, a w mniejszym religijnych, co do których dopuszczono w porządkach krajowych bardziej liberalne podejście. Być może u podłoża tego podejścia (odmiennego niż w starszym orzecznictwie ETPC) leży myśl, że w różnorodnym społeczeństwie podmioty zaspokajające potrzeby klientów muszą być jak najbardziej przezroczyste, nawet kosztem swobody ujawniania własnych przekonań przez pracowników. Wydaje się, że w ten sposób TS zaczyna traktować sektor prywatny w podobny sposób jak dotychczas ETPC traktował sektor publiczny (ograniczenie swobody ubioru pracowników).

10. Kolidują między swobodą ubioru a jej ograniczeniami (kontekst prawnokarny związany z mową nienawiści, zniesławieniem i znieważeniem) w orzecznictwie

1. W przeciwieństwie do spraw związanych z kontekstem religijnym problem znieważenia i zniesławienia dokonanych napisami na ubraniu oraz mowy nienawiści w zakresie treści na ubraniu jest przedmiotem nielicznych orzeczeń. W większości wypadków dotyczą one prawa publicznego (przestępstwa i wykroczenia). W wypadku

¹⁴⁶ Wyrok TS z 15.07.2021 r., C-804/18 i C-341/19, IX przeciwko WABE eV i MH Müller Handels GmbH przeciwko MJ, EU:C:2021:594.

¹⁴⁷ Wyrok ETPC z 15.01.2013 r., skargi 48420/10, 36516/10, 51671/10, 59842/10, Eweida i inni przeciwko Wielkiej Brytanii.

zniesławienia i znieważenia uprawnione jest przenoszenie analizy na grunt prawa cywilnego, gdyż obydwaj zachowania stanowią zarówno naruszenie dóbr osobistych, jak i przestępstwa stypizowane w Kodeksie karnym¹⁴⁸. Większych trudności nastręcza analiza stanów faktycznych, w których rozważano odpowiedzialność prawnokarną np. za propagowanie ustroju faszystowskiego lub innego ustroju totalitarnego w związku z wykorzystywaniem symboliki tych ustrojów. Jest tak, gdyż nawet jeżeli nie przyjmujemy w określonych stanach faktycznych bezprawności prawnokarnej, to nie wyłącza to automatycznie możliwości ustalenia bezprawności takiego zachowania na gruncie prawa cywilnego.

2. Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji gdy określony napis na ubraniu ma charakter obraźliwy i kierowany jest konkretnie w stosunku do innej osoby, nie ma znaczenia charakter medium użytego do przekazania znieważającej treści. Takie zachowanie traktowane jest jako identyczne w swej wymowie jak wypowiedzenie słów. W wyroku z 8.10.2020 r. Sąd Apelacyjny w Lublinie¹⁴⁹ rozstrzygał sprawę konfliktu sąsiedzkiego, nasilonego do tego stopnia, że pozwany „ubrał białą koszulkę typu t-shirt z wykonanym przez siebie napisem «S. K. robi zdjęcia małym dzieciom» (...) oraz nazwał powoda «pedofilem» i «zboceńcem»”. Zachowanie to słusznie zostało uznane za obraźliwe, poniżające powoda. Doszło do naruszenia dobra osobistego w postaci godności osobistej.

3. Pewnych trudności nastręcza kwestia wykorzystywania na ubraniach symboli związanych z nazizmem oraz komunizmem. Na marginesie należy zauważyć, że regulacje krajowe dotyczące tego zagadnienia są bardzo różne. W Niemczech wykorzystywanie symboliki organizacji zakazanych (swastyki itp.) jest przestępstwem¹⁵⁰, a w wielu innych krajach nie jest¹⁵¹. Ponadto zdarzają się sytuacje, w których symbol swastyki bywa wykorzystywany przez przeciwników faszyzmu, nieraz w celach obrazoburczych (niejednokrotnie jednak pełna znajomość kontekstu wymaga szerszego zakresu informacji na temat poglądów osoby noszącej ten znak – jeśli nie towarzyszy mu przekreślenie albo inny sposób oznaczenia negacji). Dowodzi tego używanie symbolu swastyki na ubraniach w latach 70. XX w. przez znanego muzyka punkrockowego Sida Viciousa. Stanowiło to akt podwójnej wręcz prowokacji, biorąc pod uwagę żydowskie korzenie Nancy Spungen (towarzyszki życia) oraz menadżera zespołu Sex Pistols Malcolma McLaren, który zaprojektował koszulkę¹⁵².

¹⁴⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 ze zm.) – dalej k.k.

¹⁴⁹ Wyrok SA w Lublinie z 8.10.2020 r., I ACa 514/19, LEX nr 310893.

¹⁵⁰ § 86 a ust. 1 StGB (niemieckiego Kodeksu karnego) w związku z § 86 StGB, przy czym wyłączona jest bezprawność wykorzystywania tych symboli, jeżeli „akt służy celom edukacji obywatelskiej, obrony przed niekonstytucyjnymi działaniami, celom artystycznym lub naukowym, badawczym lub dydaktycznym, relacjonowaniu wydarzeń współczesnych lub historii lub podobnym celom” (§ 86 a ust. 3 StGB w zw. Z § 86 ust. 3 StGB).

¹⁵¹ P. Jendroszczyk, *Swastyka będzie zakazana*, „Rzeczpospolita” z 22.01.2014 r., <https://www.rp.pl/artykul/1080941-Swastyka-będzie-zakazana.html> (dostęp: 6.02.2021 r.).

¹⁵² V. Goldman, *Never mind the swastikas: the secret history of the UK's 'punk' Jews*, „The Guardian” z 24.02.2014 r., <https://www.theguardian.com/music/2014/feb/27/never-mind-swastikas-secret-history-punky-jews> (dostęp: 6.02.2021 r.).



Sid Vicious oraz Nancy Spungen, 1978
Autor zdjęcia: Steve Emberton¹⁵³

4. Poza sporem jest, że z punktu widzenia prawa karnego bezprawne jest publiczne propagowanie totalitarnego, w tym faszystowskiego ustroju państwa (art. 256 § 1 k.k.) oraz rozpowszechnianie, produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie, jak również przesyłanie druków nagrań lub innych przedmiotów zawierających treści propagujące ustroje totalitarne (art. 256 § 2 k.k.). Obydwa typy przestępstw obejmują również zachowania polegające na nawoływaniu do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych oraz ze względu na bezwyznaniowość. Sąd Najwyższy (SN) trafnie uznaje przepis art. 256 k.k. za ograniczający swobodę wypowiedzi ze względu na przesłankę porządku publicznego, zaliczając jednocześnie nawoływanie do nienawiści do „obszaru określanego jako mowa nienawiści”¹⁵⁴.

5. Większych trudności nastręcza jednak kwestia wykorzystywania symboliki związanej z ustrojami totalitarnymi (nazistowskim, komunistycznym itp.). Polskie przepisy prawa karnego przeszły w tym zakresie ewolucję. Ograniczając się jedynie do Kodeksu karnego z 1997 r., należy wskazać, że początkowo zakazane było pod groźbą kary

¹⁵³ Zob. <https://steveemberton.com/gallery/celebrities-and-models/sid-and-nancy-2/> (dostęp: 6.02.2021 r.).

¹⁵⁴ Wyrok SN z 8.02.2019 r., IV KK 38/18, LEX nr 2621830.

publiczne propagowanie ustrojów totalitarnych. W uchwale z 28.03.2002 r. SN¹⁵⁵ przyjął, że „propagowanie, w rozumieniu art. 256 k.k., oznacza każde zachowanie polegające na prezentowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, w zamiarze przekonania do niego”. SN odróżnił jednak propagowanie od pochwalania, uznając, że „propagowanie może, ale nie musi być połączone z pochwalaniem. Można bowiem coś publicznie pochwalać bez zamiaru propagowania, jak i propagować nie pochwalając tego, co się propaguje”. SN wskazał również, że propagowanie to przekonywanie innej osoby, dlatego też samo w sobie prezentowanie takiego ustroju służące jedynie manifestacji osobistych przekonań nie stanowi propagowania.

Na tle pierwotnej wersji przepisu Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 4.08.2005 r.¹⁵⁶ uznał, że zachowanie polegające „na noszeniu kurtek z naszywkami na rękawie i kołnierzu przedstawiających swastykę nie nosi znamion przestępstwa z art. 256 k.k.” Brak opublikowanego uzasadnienia uniemożliwia pewność sądów w tej materii, ale można racjonalnie założyć, że u podłoża tego rozstrzygnięcia leżała myśl, że samo w sobie posługiwanie się symboliką nazistowską nie oznacza jeszcze propagowania tego ustroju.

Dopiero od 8.06.2010 r. zaczęła obowiązywać nowelizacja art. 256 k.k., która przewidziała w § 2 odpowiedzialność karną również za przechowywanie, posiadanie itp. przedmiotów, które służą albo do propagowania ustrojów totalitarnych, albo są po prostu nośnikami symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej. Z dniem 3.08.2011 r. art. 256 § 2 w części obejmującej wyrazy: „albo będące nośnikami symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej” został uznany za niezgodny z art. 42 ust. 1 w zw. z art. 54 ust. 1 i art. 2 Konstytucji RP na mocy wyroku TK z 19.07.2011 r.¹⁵⁷ Przyczyną było uznanie przez TK, że przepis poddany kontroli „nie spełnia kryteriów określoności, wymaganych dla przepisów karnych – jest skonstruowany w sposób nieprecyzyjny, niejasny i niepoprawny. Przekłada się to na niepewność sytuacji prawnej osób, które – z różnych przyczyn – pragną posłużyć się symbolami, które mogą zostać uznane za totalitarne”. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia TK wskazał, że trafne jest pytanie „o to, czy do wyłączenia karnej bezprawności czynu dojdzie wobec osoby, która publicznie nosiła na ubraniu symbol kojarzony z systemem/ustrojem totalitarnym, a zwłaszcza, czy będzie ona w stanie dowieść, że jej zachowanie stanowi działalność artystyczną”. Również w doktrynie wskazywano, że trudności może przysporzyć ocena prawnokarna wymuszona kontekstem sytuacyjnym (kwestia niedookreśloności znamion czynu zabronionego), np. w sytuacji „gdy sprawca nosi odzież z elementami symboliki państwa totalitarnego, np. czerwoną gwiazdą, jednak została ona wykorzystana jako motyw dekoracyjny”¹⁵⁸.

Wspomniana uchwała SN z 28.03.2002 r., nie była aż tak jednoznaczna jak późniejszy wyrok SA w Katowicach z 4.08.2005 r., który wykluczył z zakresu penalizacji zwykłe

¹⁵⁵ Uchwała SN z 28.03.2002 r., I KZP 5/02, LEX nr 51722.

¹⁵⁶ Wyrok SA w Katowicach z 4.08.2005 r., II AKa 251/05.

¹⁵⁷ Wyrok TK z 19.07.2011 r., K 11/10, LEX nr 963753.

¹⁵⁸ M. Woiński, *Projekt nowelizacji art. 256 k.k.* [w:] *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias, Warszawa 2010, s. 32.

użycie symboliki na odzieży. Wprawdzie SN podkreślał, że oprócz prezentacji konieczne jest również działanie w zamiarze propagowania, niemniej jednak niektórzy komentatorzy orzeczenia zwracali uwagę, że sam fakt prezentacji symboliki uzasadnia odpowiedzialność prawnokarną¹⁵⁹. Pogląd ten należy uznać za zdezaktualizowany. Orzecznictwo stawia bowiem obecnie wyśrubowane wymagania dla oceny znamienia propagowania nazizmu (wymagając propagowania wszystkich cech tego stroju), pozostawiając poza obszarem bezprawności prawnokarnej zwykle używanie symboli nazistowskich, jeśli z całokształtu okoliczności nie wynika jednoznacznie, że prezentacja symboliki służy zabronionemu celowi propagowania¹⁶⁰. W pogłębianym opracowaniu na temat symboliki nazistowskiej Witold Kulesza doszedł do wniosku, że zachowania polegające na używaniu swastyki na ubraniach (w kontekście wydarzeń dziejących się w Polsce w 2017 r., kiedy to grupa osób zorganizowała w lesie obchody urodzin Adolfa Hitlera), „stanowiły zachowania zabronione w Niemczech nazistowskich i takimi pozostają w Republice Federalnej, nie realizują jednakże zespołu znamion czynu zabronionego w Polsce. Taki stan prawny trudno określić inaczej niż w kategoriach koszmarne historycznego i prawnego paradoksu, dlatego zgłoszony zostaje postulat kryminalizacji «obchodów» wskazanych w tytule tego artykułu”¹⁶¹.

Taki sposób wykładni art. 256 § 1 k.k. powoduje, że sądy powszechne uniewinniają sprawców czynów polegających na wykorzystywaniu w przestrzeni publicznej koszulek ze swastyką i innymi symbolami nazistowskimi¹⁶².

6. Nie ulega jednak wątpliwości, że w świetle orzecznictwa ETPC używanie określonej symboliki, w tym na ubraniu, kwalifikowane jest na podstawie art. 10 Konwencji (chyba że zachodzi kontekst religijny) i w sytuacji, gdy określonej symbolice nie towarzyszy wprost odwoływanie się do działań mających na celu zanegowanie praw podstawowych wynikających z Konwencji, reakcja państw analizowana jest w kontekście ograniczeń przewidzianych w art. 10 ust. 2 Konwencji. Ramy opracowania nie pozwalają na szersze rozwinięcie tego zagadnienia, ale wydaje się uprawnione twierdzenie, że ETPC odróżnia symbole jednoznacznie kojarzące się z treściami zasługującymi

¹⁵⁹ S. Hoc wskazał, że „z wykładni językowej wynika, iż propagowanie to nic innego jak prezentowanie tego stroju (faszystowskiego), czyli również wystawianie na widok publiczny symboli takiego państwa, czy też wykonywanie określonych gestów odnoszących się do tego stroju” – S. Hoc, *Glosa do uchwały SN z 28.03.2002 r., I KZP 5/02*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2002/12, poz. 164. Podobne stanowisko zajął Z. Cwiakalski, wskazując, że noszenie na ubraniu symboliki nazistowskiej, a także „publiczne prezentowanie symboli faszystowskich, akceptacja tych symboli, okazywanie ich innym, popularyzowanie tych symboli (...) bez wątpienia wyczerpuje dyspozycję” art. 256 k.k. – Z. Cwiakalski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Kraków 2013, komentarz do art. 256, uwaga 8.

¹⁶⁰ Postanowienie SN z 1.09.2011 r., V KK 98/11, LEX nr 950444, w którym oddalono jako oczywiście bezasadną kasację od wyroku sądu II instancji uniewinniającego oskarżonych o to, że publicznie propagowali totalitarny ustrój oraz nawoływali do nienawiści na tle różnic rasowych i narodowościowych przez to, że podczas manifestacji publicznie wygłaszali przemówienia o charakterze rasistowskim, odwoływali się do idei czystości rasy, prezentowali flagi z symbolem swastyki, transparenty o treści „Europa dla białych, Afryka dla HIV” oraz wznosili okrzyki o treści „Biała siła”, „Každy inny, wszyscy biali”.

¹⁶¹ W. Kulesza, *„Polskie obchody” rocznicy...*, s. 21–22.

¹⁶² K. Sobczak, *Chodzenie ze swastyką na piersi nie propaguje faszyzmu?*, Prawo.pl, 27.06.2013 r., <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/chodzenie-ze-swastyka-na-piersi-nie-propaguje-faszyzmu,51548.html> (dostęp: 4.02.2021 r.).

na potępienie, z których korzystanie może być ograniczone (symbole nazistowskie)¹⁶³, od symboli kojarzonych z totalitarnym ustrojem komunistycznym, które jednak w społeczeństwie mają również – przynajmniej w części – pozytywne konotacje, a zatem ich zakres znaczeniowy nie jest jednoznaczny (symbol czerwonej gwiazdy)¹⁶⁴, oraz takich, które związane są nie tylko z reżimami, ale mają również inne ugruntowane historycznie konotacje (flaga Arpad¹⁶⁵). Wprawdzie brak publikowanego orzeczenia ETPC dotyczącego innych symboli niejednoznacznych, które wtórnie zaczęły być kojarzone z wypowiedziami zawierającymi uprzedzenia na tle rasowym (np. krzyż celtycki), jednak w świetle polskiego orzecznictwa wydaje się wątpliwe, by symbol ten sam w sobie i wykorzystywanie go na ubraniach mogły być uznane za wypełniające dyspozycję art. 256 § 1 lub 2 k.k. Jest tak, gdyż sądy nie dokonują powyższej kwalifikacji nawet w przypadku swastyki, a zatem symbolu jednoznacznie kojarzonego ze zbrodniczym ustrojem. Odmiennie stanowisko zajmuje w tej materii Rzecznik Praw Obywatelskich, kwestionując stosowaną przez prokuraturę kwalifikację tego typu zachowań jako niewypełniających dyspozycji art. 256 k.k.¹⁶⁶ Nawet jeśli uznać, że Rzecznik ma rację na gruncie aksjologii, to jednak problem nie leży w praktyce prokuratury, lecz raczej w orzecznictwie sądów, które z kolei w swych orzeczeniach odzwierciedlają taki, a nie inny zespół znamion przestępstw opisanych w art. 256 k.k. Raz jeszcze należy odwołać się do stanowiska Witolda Kuleszy wskazującego na pewien paradoks historyczny, że prawo polskie jest w tej materii o wiele bardziej liberalne niż niemieckie. I tak, na przykład, w wyroku Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 1.10.2008 r.¹⁶⁷ przyjęto, że stanowi przestępstwo z § 86 a ust. 1 StGB wykorzystywanie publicznie stylizowanego krzyża celtyckiego używanego jako symbol przez zakazany Ludowy Ruch Socjalistyczny Niemiec/Partię Pracy (VSBD/PdA) lub znaków łudząco do niego podobnych. W uzasadnieniu wskazano, że brak bezprawności zachodzi jedynie wówczas, gdy z całokształtu okoliczności używania znaku wynika, że nie jest ono sprzeczne z celem ochronnym przepisu, m.in. w obawą przed odrodzeniem się zdelegalizowanej organizacji i prowadzonych

¹⁶³ Decyzja ETPC z 13.03.2018 r., skarga 35285/16, Nix przeciwko Niemcom; decyzja ETPC z 22.01.2019 r., skarga 20373/17, *Šimunić* przeciwko Chorwacji. Szerzej na ten temat A. Sakowicz, *Używanie symboli ideologii nazistowskiej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Uwagi na podstawie spraw Nix v. Niemcy oraz Šimunić v. Chorwacja*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2020/42(1), s. 117 i n.

¹⁶⁴ Wyrok ETPC z 8.07.2008 r., skarga 33629/06, Vajnai przeciwko Węgrom. W wyroku tym ETPC nie zanegował zbrodniczego charakteru stroju komunistycznego. Wskazywał jednak na przykłady organizacji, które odwołują się do tej symboliki, nie działały w ramach ustroju komunistycznego i związane są z ruchem obrony praw pracowniczych.

¹⁶⁵ Wyrok ETPC z 24.07.2012 r., skarga 40721/08, Fábér przeciwko Węgrom. ETPC wskazał, że będąca przedmiotem sporu flaga jest symbolem wieloznacznym, związanym nie tylko z reżimem strzałkokrzyżowców, że jest również symbolem o daleko szerszej historii. ETPC uznał, że należy dokonać rozróżnienia między wypowiedzią szokującą i obraźliwą, która jest chroniona przez art. 10, a wypowiedzią, która nie może być tolerowana w demokratycznym społeczeństwie. Za takową nie uznał prezentowania flagi Arpad przez kontrmanifestanta manifestacji lewicowej.

¹⁶⁶ Wystąpienie RPO z 23.01.2019 r., XI.518.7.2019.MS, <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/WG%20do%20Prok.%20Gen%20Zbigniewa%20Ziobro%20ws%20przewod%20C4%99pstw%20motywowanych%20nienawi%20C5%9Bci%C4%85%2023.01.2019.pdf> (dostęp: 4.02.2021 r.).

¹⁶⁷ Wyrok Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 1.10.2008 r., 3 StR 164/08, <https://openjur.de/u/74749.html> (dostęp: 4.02.2021 r.).

przez nią dążeń antykonstytucyjnych¹⁶⁸. W tej sprawie chodziło o używanie przez oskarżonego zielonej koszulki, którą miał na sobie, a na której od strony klatki piersiowej widniał stylizowany tzw. krzyż celtycki – równoramienny krzyż belkowy, wokół którego przecięcia umieszczony był pierścień – w kolorze złotym i wielkości głowy.

7. Ramy opracowania nie pozwalają na nawet skrótowe omówienie wszystkich możliwych związków z prawem publicznym. Należy jedynie zasygnalizować, że trudności nastrocza kwalifikacja prawna zachowania polegającego na używaniu na ubraniu słów lub znaków wulgarnych w kontekście art. 141 k.w.¹⁶⁹, art. 140 kw.¹⁷⁰ oraz art. 51 § 1 k.w.¹⁷¹

11. Podsumowanie – błyskawica

1. Pora w tym miejscu wrócić do prezentowanych w punkcie 6. artykułu przypadków używania symbolu błyskawicy na ubraniach i podsumowania ewentualnej kwalifikacji prawnej tego typu zachowań.

2. W świetle przedstawionych rozważań nie powinno budzić wątpliwości uznanie bezprawnego charakteru oddziaływania przez władze szkolne na uczniów, którzy wykorzystują symbol błyskawicy na ubraniu, jako odzwierciedlenie własnych przekonań w ważnej debacie publicznej, która toczy się obecnie w Polsce. Nie chodzi przy tym o afirmację znaczeń stojących za tym symbolem, lecz o afirmację możliwości głoszenia poglądów, która to postawa powinna być wspólna dla wszystkich stron sporu światopoglądowego. Konwencja ani Konstytucja RP nie dają żadnych podstaw do odmowy korzystania przez małoletnich ze swobody wypowiedzi. Nie zajmując w tym sporze światopoglądowym stanowiska, należy podkreślić, że debata publiczna w demokratycznym państwie prawnym wymaga zezwolenia na posługiwanie się w niej określonymi symbolami. Trafnie powyższe zagadnienie ujął Abe Fortas, autor uzasadnienia większości w sprawie *Tinker v. Des Moines School District*¹⁷², wskazując, że „w naszym systemie szkoły nie mogą być enklawami totalitaryzmu. Władze szkolne nie posiadają absolutnej władzy nad swoimi uczniami. Uczniowie tak w szkole, jak i poza nią, są «osobami» w rozumieniu naszej ustawy zasadniczej. Dysponują fundamentalnymi uprawnieniami, które państwo musi szanować, tak jak i oni muszą respektować swoje powinności wobec państwa. W naszym systemie uczniowie nie mogą być traktowani jako bezwolni odbiorcy tylko takich przekazów, które państwo zdecyduje się komunikować. Nie mogą być ograniczeni

¹⁶⁸ Np. w różnych formach artystycznych, gdyż krzyż celtycki „był i jest przedstawiany i używany także w celach kultowo-religijnych, w kontekstach kulturowo-historycznych lub także jako czysty ornament, niezależnie od odniesienia do tej organizacji”.

¹⁶⁹ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2021 r. poz. 821) – dalej k.w. Zgodnie z art. 141 k.w. popełnia wykroczenie ten, kto w miejscu publicznym umieszcza nieprzyzwoite ogłoszenie, napis lub rysunek albo używa słów nieprzyzwoitych.

¹⁷⁰ Zgodnie z art. 140 k.w. wykroczenie popełnia ten, kto publicznie dopuszcza się nieobyczajnego wybryku.

¹⁷¹ Zgodnie z art. 51 § 1 k.k. wykroczenie popełnia ten, kto, krzykiem, hałasem, alarmem lub innym wybrykiem zakłóca spokój, porządek publiczny, spoczynek nocny albo wywołuje zgorszenie w miejscu publicznym.

¹⁷² *Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 (1969). Wyrok został omówiony w punkcie 8. artykułu.

w swoich wypowiedziach tylko do ekspresji urzędowo aprobowanych sentymentów. Przy nieobecności konstytucyjnie doniosłych argumentów usprawiedliwiających regulowanie ich wypowiedzi, uczniowie są upoważnieni do korzystania z przysługującej im wolności wyrażania opinii¹⁷³.

Powyższe uwagi wydają się w pełni aktualne również na gruncie Konwencji i prawa polskiego.

3. Odmienne jednak należałoby zakwalifikować zachowanie protokolantki używającej podczas rozprawy sądowej maseczki z symbolem błyskawicy. Jakkolwiek trafnie uznano w tym wypadku, że nie zachodzi podstawa do wyłączenia protokolanta na podstawie art. 146 k.p.k. ze względu na brak wpływu owego faktu na czynności na sali rozpraw, to jednak w świetle orzecznictwa ETPC w kontekście religijnym, a zwłaszcza sprawy zakończonej wydaniem decyzji przez ETPC z 26.04.2016 r.¹⁷⁴, należałoby uznać, że urzędnik sądowy powinien powstrzymać się od prezentowania tzw. silnych symboli światopoglądowych z uwagi na zasadę neutralności funkcjonariuszy publicznych.

4. Mimo obszerności artykułu większość z przedstawionych w nim zagadnień została jedynie zarysowana. Wskazuje to, moim zdaniem, na bogactwo zagadnień, które wyłaniają się na tle pytania o prawne aspekty wykorzystywania ubioru jako jednego z elementów kształtowania zewnętrznego obrazu naszej osoby, a zatem i osobowości.

12. Podsumowanie

Artykuł analizuje swobodę wypowiedzi za pomocą symboli – znaków o „zagęszczonym” znaczeniu, wykorzystywanych na ubraniu. Zagadnienie to dotyczy również wolności osobistej (dobra osobistego), swobody wyznania i wolności działalności artystycznej. Autor stawia tezę, że zwykłe formy samorealizacji poprzez ubranie, pozbawione treści, mogą doznawać niekiedy większych ograniczeń niż w wypadku prezentowania treści ideowych, światopoglądowych, politycznych itp. One korzystają z najwyższego standardu ochrony. Inne reguły stosowane są do funkcjonariuszy publicznych, obowiązanych co do zasady do zachowania neutralności światopoglądowej, a inne do pozostałych osób. W najnowszym orzecznictwie TS zwiększa się również akceptacja dla nakazu neutralności wobec pracowników sektora prywatnego, kosztem ich swobody wypowiedzi na ubraniu. Może to wskazywać na przebudowę podejścia do swobody wypowiedzi i jej ograniczenia (w stosunku do pracowników) celem zwiększania przestrzeni publicznej bez symboli. Autor artykułu stawia również tezę, że analiza wypowiedzi na ubraniu powinna uwzględniać możliwe szeroki kontekst, obejmujący również fakty niezwiązane bezpośrednio z ubiorem, uwzględniające intencje osoby wypowiadającej się, z wykorzystaniem elementów obiektywizujących w postaci odbioru zachowania przez innych.

¹⁷³ Tłumaczenie za: Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne...*, s. 106.

¹⁷⁴ Decyzja ETPC z 26.04.2016 r., skarga 21780/13 Barik Edidi przeciwko Hiszpanii. Decyzja została omówiona w punkcie 6. artykułu.

dr Krzysztof Kurosz

University of Lodz, Faculty of Law and Administration. ORCID: 0000-0003-0605-3392

Abstract

A Symbolic Statement on a Garment as an Instrument of Expression of One's Personality (When Does a Thunderbolt Cease to Be a Thunderbolt?)

The article analyses the freedom of expression via symbols: signs with 'thickened' meaning, used on garments. This issue also concerns personal freedom (personal interest), freedom of religion and freedom of artistic expression. The author puts forward the statement that ordinary forms of self-fulfillment via clothing, devoid of content, may sometimes be subject to greater limitations than in case of presenting ideational, world-view, political or similar content. They enjoy the highest standard of protection. Different rules apply to public officials, who as a rule are obliged to retain world-view neutrality, and to all other persons. In recent CJ case law there has also been growing acceptance for the requirement of neutrality for private sector employees, at the expense of their freedom of expression on garments. This can indicate an attempt to remodel the approach to freedom of expression and limitations of that freedom (with respect to employees) in order to enlarge the public space free from symbols. The author also puts forward the thesis that an analysis of statements made on garments should take into account as broad a context as possible, including also facts not directly related to the clothing, considering the intentions of the person making the statement, using objectivizing elements in the form of reception of the behavior by other persons.

Keywords: personal interests, freedom of expression, symbolic statement, freedom of religion, fashion, dress code

Bibliografia / References

- Ben Affleck wspiera Strajk Kobiet? Znow założył koszulkę z błyskawicą, Eska.pl, 9.11.2020 r., <https://www.eska.pl/hotplota/news/ben-affleck-wspiera-strajk-kobiet-znow-zalozyl-koszulke-z-blyskawica-aa-eoJS-LP6T-rVSp.html> (dostęp: 29.01.2021 r.)
- Bickman J., *The Social Power of a Uniform*, „Journal of Applied Social Psychology” 1974/4(1), <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.1974.tb02599.x> (dostęp: 27.12.2020 r.)
- Bidziński Z., Serda J., *Cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych w praktyce sądowej* [w:] *Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym*, red. J.S. Piątowski, Ossolineum 1986
- Cybulko A., Kubisa J., *Rekomendacje rzeczniczki akademickiej i głównej specjalistki ds. równouprawnienia na UW w sprawie wykorzystania symboli w przestrzeni akademickiej*, UW, 4.11.2020 r., <https://www.uw.edu.pl/rekomendacje-rzeczniczki-akademickiej-i-glownej-specjalistki-ds-rownouprawnienia-na-uw-w-sprawie-wykorzystania-symboli-w-przestrzeni-akademickiej/> (dostęp: 28.01.2021 r.)
- Ćwiąkalski Z. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Kraków 2013, komentarz do art. 256
- Demenko A., *Jak rozpoznać wypowiedź, gdy się ją widzi?*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2017/4
- Fish S., *Interpretacja, retoryka, polityka*, Kraków 2007
- Frankiewicz A., *Wolność w sferze sztuki i nauki według Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r. oraz Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.* [w:] *Prawa człowieka – idea, instytucje, krytyka*, red. M. Sadowski, P. Szymaniec, „Studia Erasmiiana Wratislaviensia” 2010/IV

- Gdańsk: prokurator wniósł o wyłączenie protokolantki z powodu maski z błyskawicą, Onet Trójmiasto, 7.01.2021 r., <https://wiadomosci.onet.pl/trojmiasto/gdansk-prokurator-wniosl-o-wylaczenie-protokolantki-z-powodu-maski-z-blyskawica/2xp277v> (dostęp: 6.02.2021 r.)
- Goldman V., *Never mind the swastikas: the secret history of the UK's 'punk' Jews*, „The Guardian” z 24.02.2014 r., <https://www.theguardian.com/music/2014/feb/27/never-mind-swastikas-secret-history-punky-jews> (dostęp: 6.02.2021 r.)
- Hoc S., *Glosa do uchwały SN z dnia 28.03.2002 r., IKZP 5/02*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2002/12
- Horn M. von, *Cyfrowa moda: Jak ją nosić?*, „Vogue” z 2.05.2021 r., <https://www.vogue.pl/a/cyfrowa-moda-podpowiadamy-jak-ja-nosic> (dostęp: 21.05.2021 r.)
- Jacobi J., *Zamaskowanie. Obserwacje z psychologii życia codziennego*, Warszawa 1979
- Jendroszczyk P., *Swastyka będzie zakazana*, „Rzeczpospolita” z 22.01.2014 r., <https://www.rp.pl/artukul/1080941-Swastyka-bedzie-zakazana.html> (dostęp: 6.02.2021 r.)
- Jurczak J., *Police Competences’ in Preventing, Investigating and Combatting Hate Crimes in Poland*, Part 2, „Internal Security” 2018/2
- Kabulska A., *Używanie symbolu Strajku Kobiet przez uczniów – interwencja RPO*, „Biuletyn Informacji Publicznej RPO” z 30.10.2020 r., <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/uzywanie-symbolu-strajku-kobiet-przez-uczniow-interwencja-rpo> (dostęp: 26.01.2021 r.)
- Kamiński I.C., *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, LEX/el. 2019
- Kulesza J., *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 24.09.2018 r., IV Ka 818/18*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2019/12
- Kulesza W., *„Polskie obchody” rocznicy urodzin Hitlera w świetle prawa karnego III Rzeszy, Republiki Federalnej Niemiec i Polski*, „Państwo i Prawo” 2018/7
- Laing R.D., *Ja i inni*, Poznań 1997
- Liszczyński T., *Ochrona prywatności pracownika w relacjach z pracodawcą*, „Monitor Prawa Pracy” 2007/1
- Machaj Ł., *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011
- Mielczarek M., *Realizacja wolności religijnej w zatrudnieniu pracowniczym*, Warszawa 2013
- Miernicka I., *Prawo pracodawcy do ingerowania w wygląd zewnętrzny jego pracowników*, „Monitor Prawa Pracy” 2017/10
- Miernicka I., *Wymagania dotyczące wyglądu pracownika jako ingerencja w sferę jego wolności*, Warszawa 2020
- Milgram S., *Posłuszeństwo wobec autorytetu*, Sopot 2017
- Modrzyńska J., *Protokół dyplomatyczny, etykieta i zasady savoir-vivre’u*, Warszawa 2016
- Mojski W., *Konstytucyjna ochrona wolności wypowiedzi w Polsce*, Lublin 2014
- Paeffgen H.-U. [w:] *Strafgesetzbuch*, Band 1 (Nomos Kommentar), red. U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, Baden-Baden 2005
- Post R., *Democracy, Expertise, Academic Freedom. A First Amendment Jurisprudence for Modern State*, New Haven–London 2012
- Prof. UW Jan Majchrowski *zapowiada konsekwencje wobec studentów za manifestacje podczas wykładów*, „Rzeczpospolita” z 3.11.2020 r., <https://www.rp.pl/Edukacja-i-wychowanie/311039951-Prof-UW-Jan-Majchrowski-zapowiada-konsekwencje-wobec-studentow-za-manifestacje-podczas-wykladow.html> (dostęp: 28.01.2021 r.)
- Prokurator wniósł o wyłączenie z rozprawy protokolantki za maseczkę ze znakiem Strajku Kobiet*, „Dziennik Gazeta Prawna: z 7.01.2021 r., <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8062258,prokurator-wniosl-o-wylaczenie-z-rozprawy-protokolantki-za-maseczke-ze-znakiem-strajku-kobiet.html> (dostęp: 28.01.2021 r.)
- Protokolantka, która miała maseczkę z błyskawicą, może wykonywać obowiązki. O jej wyłączenie wniósł prokurator*, TOK FM, 11.01.2021 r., <https://www.tokfm.pl/Tokfm/7,103085,26677126,protokolantka-ktora-miala-maseczka-z-blyskawica-moze-wykonywac.html> (dostęp: 28.01.2021 r.)

- Roseberg I., *The Fight for Free Speech: Ten Cases That Define Our First Amendment Freedoms*, New York 2021
- Sakowicz A., *Używanie symboli ideologii nazistowskiej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Uwagi na podstawie spraw Nix v. Niemcy oraz Šimunić v. Chorwacja*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2020/42(1)
- Sobczak K., *Chodzenie ze swastyką na piersi nie propaguje faszyzmu?*, Prawo.pl, 27.06.2013 r., <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/chodzenie-ze-swastyka-na-piersi-nie-propaguje-faszyzmu,51548.html> (dostęp: 4.02.2021 r.)
- Skrzydło J., *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013
- Standardy obsługi interesanta w sądownictwie powszechnym*, zob. https://zamosc.sr.gov.pl/container/2020/standardy_obsługi_interesanta.pdf (dostęp: 31.01.2021 r.)
- Stanowisko ws. sposobu relacjonowania w mediach protestów wywołanych orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020, 2.11.2020 r.*, <https://stanowiskohistoriasztuki.wordpress.com> (dostęp: 26.01.2021 r.)
- Stawikowska E., *Czerwona błyskawica – symbol protestów – nawiązuje do nazistowskich źródeł? „Zarzut prawicowców jest absurdalny”*, wywiad z Aleksandrą Jasionowską, „Newsweek” z 16.04.2020 r., <https://www.newsweek.pl/polska/ogolnopolski-strajk-kobiet-autorka-blyskawicy/ph9d2xk> (dostęp: 26.01.2021 r.)
- Symonides J., *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (po 60 latach od jej przyjęcia)*, „Państwo i Prawo” 2008/12
- Sypniewska M., *Popularna na wyspach sieć supermarketów zaszokowała! Ban dla klientów – bez tego nie zrobisz zakupów!*, <http://polemi.co.uk/informacje/wielka-brytania/popularna-na-wyspach-siec-supermarketow-zaszokowala-baln-dla-klientow-bez-tego-nie-zrobisz-zakupow-28593> (dostęp: 2.02.2021 r.)
- Woiński M., *Projekt nowelizacji art. 256 k.k. [w:] Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias, Warszawa 2010
- Wojtasik N., *Prawo pracodawcy do ingerencji w wygląd zewnętrzny pracownika. Dress code jako przyczyna dyskryminacji i naruszenia dóbr osobistych*, praca magisterska, Uniwersytet Łódzki, 2020
- Wujczyk M., *Prawo pracownika do ochrony prywatności*, Warszawa 2012
- Żuraw M., Olejnik M., *Zabronił manifestacji, został posądzony o gwałcenie wolności słowa. Prof. UW dla Niezależna.pl: Ten aktyw potępia mnie systematycznie*, Niezależna, 9.11.2020 r., <https://niezalezna.pl/362856-zabronil-manifestacji-zostal-posadzony-o-gwalcenie-wolnosc-slowa-prof-uw-dla-niezaleznapl-ten-aktyw-potepia-mnie-systematycznie> (dostęp: 28.01.2021 r.)