SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 13 maja 2013 r.

Sygn. akt K 50/12
BAS-WPTK-3162/12

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
KANCELARIA
wpł. dnia 13. 05. 2013
L.dz. ..... L. zał. .....

Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z 22 listopada 2012 r. (sygn. akt K 50/12), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 212 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) w zakresie zawierającym zwrot „albo pozbawienia wolności do roku" **jest zgodny** z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

Uzasadnienie

I. Przedmiot kontroli

Postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym zostało zainicjowane wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej również: wnioskodawca) z 22 listopada 2012 r. (dalej: wniosek).

Zakwestionowany art. 212 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.; dalej: k.k.) stanowi: „Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 za pomocą środków masowego komunikowania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku". Ustawodawca posłużył się w zaskarżonym przepisie odesłaniem do art. 212 § 1 k.k., zgodnie z którym: „Kto pomawia inną osobę, grupę osób, instytucję, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności".

Wnioskodawca wnosi o stwierdzenie niekonstytucyjności art. 212 § 2 k.k. w zakresie zawierającym zwrot „albo pozbawienia wolności do roku".

II. Zarzuty wnioskodawcy

Wskazując na naruszenie art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej: Konwencja) przez art. 212 § 2 k.k. (w części zawierającej zwrot „albo pozbawienia wolności do roku") wnioskodawca przywołuje stosowne wypowiedzi Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: ETPC), albowiem „Trybunał w Strasburgu utrwalił w swoim orzecznictwie pogląd, że rodzaj i dolegliwość wymierzonej kary są czynnikami, które są brane pod uwagę przy ocenie proporcjonalności ingerencji (...)" – wniosek, s. 15-16. Prezentując wybrane judykaty ETPC, Rzecznik Praw Obywatelskich podkreśla, że: a) „sankcja karna nałożona za zniesławienie nie może być dysproporcjonalna w stosunku do chronionego celu" (wniosek, s. 17); b) „oceniając kwestię proporcjonalności sankcji trzeba mieć na

uwadze obowiązek uwzględniania natury i surowości kar oraz zachowanie największej ostrożności, aby reakcja władz nie zniechęcała do udziału w dyskusji o kwestiach publicznych" (*ibidem*); c) „nałożenie kary pozbawienia wolności za przestępstwo prasowe będzie zgodne z wolnością słowa dziennikarzy gwarantowaną przez art. 10 Konwencji tylko w wyjątkowych okolicznościach, gdy inne fundamentalne prawa zostały istotnie naruszone, jak na przykład w sprawie o wypowiedź nawołującą do nienawiści (mowa nienawiści) i przemocy" (*ibidem*); d) „nawet orzeczenie kary grzywny oraz warunkowe umorzenie postępowania karnego może zostać uznane za rodzaj cenzury i powodować powstrzymywanie się dziennikarzy do wyrażania opinii i rozpowszechniania informacji" (*ibidem*, s. 18).

Konkludując, wnioskodawca stwierdza, że „w świetle orzecznictwa Trybunału w Strasburgu możliwość orzekania kary pozbawienia wolności akceptowalna jest z punktu widzenia standardów określonych w art. 10 Konwencji jedynie w najcięższych sprawach – na przykład kiedy nawołują do nienawiści i przemocy, natomiast w stosunku do czynu polegającego na zniesławieniu tego typu sankcja karna ze względu na swoją intensywność jawi się jako nieproporcjonalna, a przez to niedopuszczalna na gruncie Konwencji. Skoro w polskim porządku prawnym odpowiedzialność za słowa w tych najcięższych sprawach przewidziana jest na podstawie odrębnych przepisów karnych (por. np. art. 256 i 257 k.k.) to nie istnieją żadne przesłanki uzasadniające pozostawienie kary pozbawienia wolności w systemie kar przewidzianych za zniesławienie (...)" – wniosek, s. 19.

Jeżeli idzie o naruszenie art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, to wnioskodawca podnosi, że „art. 212 k.k. nie może również przejść pozytywnie testu proporcjonalności na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji. Interpretacja dopuszczalnych ograniczeń wolności słowa na gruncie Konstytucji, nie może być bowiem (...) dokonywana w oderwaniu od standardów strasburskich. Przyjęcie odmiennego poglądu powodować będzie niepożądaną dychotomię w ochronie wolności słowa na gruncie prawa Rady Europy i w systemie prawa krajowego (...)" – wniosek, s. 20.

III. Wzorce kontroli

1. Artykuł 54 ust. 1 Konstytucji stanowi: „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji".

Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny: „Sformułowana w art. 54 ust. 1 Konstytucji wolność konstytucyjna jest jednym z przejawów wolności człowieka, wolności przysługującej każdemu człowiekowi w sposób naturalny od urodzenia, wolności wywodzonej z istoty natury człowieka i stanowiącej fundamentalną wartość, którą winno uwzględniać prawo pozytywne. To prawno-naturalne uzasadnienie wolności człowieka stanowi inspirację współczesnych konstytucji państw demokratycznych. Można je odczytać także z Konstytucji stanowiącej w art. 30, że «przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela»" (wyrok TK z 20 lutego 2007 r., sygn. akt P 1/06).

Należy wskazać, że – jak wywiódł sąd konstytucyjny – „art. 54 Konstytucji formułuje trzy odrębne wolności jednostki, aczkolwiek wzajemnie ze sobą powiązane i współzależne, a mianowicie: wolność wyrażania swoich poglądów, wolność pozyskiwania informacji, wolność rozpowszechniania informacji. Użyte w art. 54 pojęcie «pogląd» należy rozumieć jak najszerzej. Nie tylko jako wyrażanie ocen, w szczególności kontrowersyjnych, ale również informowanie o faktach, także faktach domniemywanych. Jest to zgodne z zasadą rozumienia wyrażeń konstytucyjnych w możliwie najszerszym znaczeniu (zob. P. Sarnecki, komentarz do art. 54 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003). Należy też przyjąć, że pojęcia «pozyskiwanie informacji» oraz «rozpowszechnianie informacji» dotyczą nie tylko informacji o faktach, lecz także o cudzych poglądach. Wolność wyrażania swoich poglądów ma zasadnicze znaczenie w sferze życia publicznego, zwłaszcza politycznego, i wiąże się ściśle z innymi wolnościami konstytucyjnymi wyrażającymi łącznie – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – wolność działania jednostki w życiu publicznym (wolność tworzenia i działania związków zawodowych, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich; wolność tworzenia i działania partii politycznych; wolność zrzeszania się; wolność organizowania pokojowych zgromadzeń i uczestniczenia w nich; wolność wyznawania i uzewnętrzniania publicznego swojej religii). Wolność pozyskiwania informacji, o której mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji, jest pojęciem szerszym niż prawo do uzyskiwania informacji (art. 61 Konstytucji). Obejmuje także wolność poszukiwania informacji, ważną szczególnie dla dysponujących środkami społecznego przekazu. Natomiast wolność rozpowszechniania informacji to zarówno udostępnianie podmiotom indywidualnie wybranym przez rozpowszechniającego zebranych danych, jak i upowszechnianie informacji, tzn. podawanie ich do

wiadomości publicznej, a więc adresatom niezindywidualizowanym, zwłaszcza przez środki masowego przekazu. Wolność rozpowszechniania informacji dotyczącej sfery życia prywatnego ma znacznie dalej posunięte ograniczenia niż wolność pozyskiwania informacji. W sferze życia publicznego wolność rozpowszechniania informacji „ma granice identyczne, co wolność pozyskiwania takich informacji (...)" – wyrok TK z 20 lutego 2007 r., sygn. akt P 1/06.

Jednocześnie prezentowany jest pogląd, iż „Trybunał Konstytucyjny docenia w pełni znaczenie wolności słowa w państwie demokratycznym i społeczeństwie opartym na zasadzie wolności jednostki i pluralizmu poglądów, jednak podkreśla, że ochrona czci i dobrego imienia nie przez przypadek została wymieniona w art. 233 ust. 1 Konstytucji. Wynikało to z przekonania o integralnym związku czci i dobrego imienia z godnością człowieka. Godność człowieka – niezależnie od prób jej definiowania – jest ściśle związana m.in. z poczuciem własnej wartości oraz oczekiwaniem szacunku ze strony innych ludzi. Założenie to podkreśla się też w literaturze (por. K. Complak, *Rozważania na temat znaczenia pojęcia godności człowieka w polskim porządku prawnym,* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP,* red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 84), jak i w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyrok SN z 25 kwietnia 1989 r., sygn. akt I CR 143/89, OSP 9/1990, poz. 330). Nie ulega wątpliwości, iż pomówienie w rozumieniu art. 212 § 1 i 2 k.k. stanowi naruszenie tak rozumianej godności człowieka" (postanowienie TK z 16 marca 2010 r., sygn. akt P 3/07).

Jeżeli idzie o ograniczenia konstytucyjnej wolności słowa zastosowanie znajduje art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jak bowiem zauważył Trybunał Konstytucyjny: „W tekście art. 54 Konstytucji nie ma wzmianki o art. 31 ust. 3 Konstytucji. W świetle ustalonego orzecznictwa Trybunału nie może to być jednak rozumiane w ten sposób, że wolność słowa i będąca jej przejawem wolność środków społecznego przekazu ma charakter absolutny i nie podlega ograniczeniom. Art. 31 ust. 3 ma charakter zasady ogólnej, stosowanej nie tylko wtedy, gdy przepis będący podstawą wolności lub prawa wyraźnie przewiduje dopuszczalność ich ograniczenia, ewentualnie także poszczególne jej przesłanki (np. art. 64 ust. 3 Konstytucji), ale także wtedy, gdy przepis będący podstawą wolności lub prawa nie wspomina o możliwości wprowadzenia ograniczeń. Art. 31 ust. 3 jest zatem koniecznym dopełnieniem norm wyrażonych w art. 14 i art. 54 ust. 1 Konstytucji" (wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06; por. wyroki TK z: 23 marca 2006 r., sygn. akt K 4/06;

11 października 2006 r., sygn. akt P 3/06). Artykuł 31 ust. 3 formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: 1) ustawowa forma ograniczenia; 2) istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia; 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób); 4) zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności (zob. np. wyrok TK z 30 maja 2007 r., sygn. akt SK 68/06; por. również L. Garlicki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 31, s. 14 i n.; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 115-141).

2. Zgodnie ze stanowiącym drugi wzorzec kontroli art. 10 Konwencji: „Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych" (ust. 1); „Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej".

Na tle art. 10 ust. 1 Konwencji w orzecznictwie ETPC utrwalił się pogląd, iż: „Swoboda wypowiedzi jest jednym z filarów demokratycznego społeczeństwa, podstawą jego rozwoju i warunkiem samorealizacji jednostki. (...) Nie może obejmować tylko informacji i poglądów odbieranych przychylnie albo postrzeganych jako nieszkodliwe lub obojętne, ale i takie, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub w jakiejś grupie społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji i otwartości, bez których demokratyczne społeczeństwo nie

istnieje" (został on po raz pierwszy wyrażony w orzeczeniu ETPC z 17 grudnia 1976 r. w sprawie Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 5493/72 – zob. M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2006, s. 248; następnie był wielokrotnie powtarzany m.in. w następujących orzeczeniach ETPC: z 23 maja 1991 r. w sprawie Oberschlick przeciwko Austrii, skarga nr 11662/85; z 23 kwietnia 1992 r. w sprawie Castells przeciwko Hiszpanii, skarga nr 11798/85; z 21 stycznia 1999 r. w sprawie Janowski przeciwko Polsce, skarga nr 25716/94).

3. Porównując treść normatywną art. 54 ust. 1 Konstytucji oraz art. 10 Konwencji Trybunał Konstytucyjny zauważył, że „zakres znaczeniowy art. 54 Konstytucji jest węższy niż ten, który wynika z art. 10 Konwencji. W art. 10 Konwencji chodzi bowiem o wolność wszelkiej wypowiedzi (ekspresji: «*freedom of expression*», «*liberté d'expression*»), obejmującej nie tylko wyrażanie poglądów za pomocą mowy, ale także w formie pisanej, drukowanej lub artystycznej. (...) W Konstytucji «wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury» – ujęte są w art. 73. Art. 54 Konstytucji obejmuje natomiast «wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji» w formie słownej, pisemnej i drukowanej, także za pośrednictwem wszelkich środków społecznego przekazu. Ponadto, jak już wspomniano, wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, o których mowa w art. 54 Konstytucji, obejmuje nie tylko wolność pozyskiwania i rozpowszechniania faktów, ale także poglądów i opinii innych. Oznacza to, że treść normatywna art. 54 Konstytucji zawiera się w przyjętym współcześnie, demokratycznym standardzie «wolności ekspresji», a w szczególności w określonym ogólnie, a jednocześnie ujętym szerzej, art. 10 Konwencji, w którym wyszczególnia się *expressis verbis* «informacje» i «idee» (wyrok TK z 20 lutego 2007 r., sygn. akt P 1/06).

Z kolei w odniesieniu do różnic pomiędzy klauzulami limitacyjnymi z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 10 ust. 2 Konwencji sąd konstytucyjny skonstatował, podobieństwo konstytucyjnych i konwencyjnych ram dopuszczalnych ograniczeń wolności wyrażania opinii (zob. wyrok TK z 5 maja 2004 r., sygn. akt P 2/03).

IV. Analiza zgodności

1. W pierwszej kolejności należy odnieść się do stwierdzenia Rzecznika Praw Obywatelskich, że „zakres kontroli art. 212 § 1 i 2 k.k. [dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06 – uwaga własna] był inny" (wniosek, s. 4), aniżeli w sprawie zainicjowanej wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich z 22 listopada 2012 r. Należy zatem przypomnieć, że sąd konstytucyjny orzekł wyrokiem z 30 października 2006 r. (sygn. akt P 10/06), iż: „Art. 212 § 1 i 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) są zgodne z art. 14 i art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej". Według wnioskodawcy poza kontrolą Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt P 10/06 znalazła się proporcjonalność sankcji (kary pozbawienia wolności), przewidzianej w art. 212 § 2 k.k. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić, przede wszystkim z uwagi na wypowiedzi sądu konstytucyjnego zamieszczone we wzmiankowanym orzeczeniu. Jak wskazał Trybunał: „W ramach badania zgodności z Konstytucją trzeba uwzględnić całą treść wyrażonych w tych przepisach norm, czyli zarówno opis znamion czynu zabronionego, jak rodzaj i wysokość sankcji". Dalej stwierdził zaś: „[P]atrząc z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji, a przede wszystkim przesłanki konieczności ograniczeń korzystania z wolności i praw człowieka i obywatela, nie można pominąć problemu, czy ustawowa sankcja jest w konkretnym przypadku adekwatna do przedmiotu ochrony i stopnia zagrożenia dla porządku prawnego". Jednocześnie sąd konstytucyjny dostrzegł, że w ramach postępowania zakończonego wyrokiem z 30 października 2006 r. (sygn. akt P 10/06) „zarówno z pytań prawnych, jak i stanowisk uczestników postępowania, nie wynika, żeby kwestionowano samą zasadność ograniczeń wolności słowa z uwagi na ochronę dobrego imienia i czci, kwestionowana jest jedynie głębokość (skala) ingerencji. Ewentualne uznanie, że odpowiedzialność karna za zniesławienie wynikająca z art. 212 k.k. nie jest konieczna w demokratycznym państwie, a co za tym idzie – że przepis ten jest niezgodny z art. 31 ust. 3 Konstytucji, wymagałoby uprzedniego wykazania, po pierwsze, że odpowiedzialność cywilna jest reżimem mniej uciążliwym (dotkliwym) dla sprawcy zniesławienia niż odpowiedzialność karna, i po drugie, że odpowiedzialność cywilna jest środkiem o podobnym stopniu skuteczności w zapobieganiu naruszeń dóbr chronionych przez art. 212 k.k.

Pierwsza teza *prima facie* wydaje się nie wymagać przeprowadzenia szczególnie skomplikowanych wywodów dla uzasadnienia jej prawdziwości. Przede wszystkim typowe dla prawa karnego sankcje o charakterze wolnościowym (w postaci kary pozbawienia lub ograniczenia wolności) są uważane za bardziej dolegliwe niż sankcje przewidziane w regulujących ochronę dóbr osobistych przepisach prawa cywilnego (art. 24 k.c. [ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.; dalej: k.c. – uwaga własna])". Pogłębioną analizę proporcjonalności sankcji karnych przewidzianych w art. 212 § 1 i 2 k.k. sąd konstytucyjny zawarł z kolei w punkcie 4.8 omawianego wyroku, wskazując iż: „Ustalenie, że w świetle Konstytucji dopuszczalne jest ograniczenie wolności słowa i środków społecznego komunikowania się przez kryminalizację czynów o znamionach opisanych w odpowiednich przepisach prawa karnego, oznacza, że popełnienie takiego czynu uzasadnia zastosowanie odpowiedniej sankcji karnej. Art. 212 k.k. w § 1 i 2 przewiduje trojakiego rodzaju sankcje, mianowicie: grzywnę, ograniczenie wolności oraz pozbawienie wolności, przy czym w § 1 górną granicą tej ostatniej kary jest rok, a w § 2 – dwa lata". Przeprowadzone przez Trybunał szczegółowe rozważania dotyczące zasad i dyrektyw wymierzania kary przewidzianych w ustawie – Kodeks karny, praktyki orzeczniczej sądów powszechnych, porównania sankcji karnych za inne przestępstwa o podobnej społecznej szkodliwości, doprowadziły do konkluzji, że: „[T]akże w tym zakresie regulacja przewidziana w art. 212 k.k. nie może być uznana za naruszającą art. 14 i art. 54 Konstytucji. Ustalenie to nie oznacza oczywiście, że z konstytucyjnego punktu widzenia niedopuszczalne byłoby zmniejszenie obecnych sankcji, co jednak musiałoby się łączyć z ogólnym złagodzeniem całokształtu regulacji prawnokarnej lub z takimi zmianami sytuacji społecznej, które uzasadniałyby zasadniczo odmienną ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynów określonych w art. 212 § 1 i 2 k.k.".

Jak wynika z powyższego, nie zasługuje na aprobatę stanowisko wnioskodawcy, jakoby kwestia proporcjonalności sankcji (kary pozbawienia wolności) przewidzianej w art. 212 § 2 k.k. znalazła się poza obszarem kontroli Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt P 10/06. Wobec tego – w ocenie Sejmu – ustalenia Trybunału poczynione w wyroku z 30 października 2006 r. (sygn. akt P 10/06) należy uznać za adekwatne dla niniejszej sprawy i – jako aktualne – podzielić je.

Jednocześnie wypada zauważyć, że w niniejszym postępowaniu nie

aktualizuje się zakaz orzekania *ne bis in idem*. Artykuł 212 § 2 k.k. został bowiem znowelizowany ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589). Podkreślić trzeba, że nowelizacja art. 212 § 2 k.k. dotyczyła tego fragmentu omawianej jednostki redakcyjnej, który został objęty wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich) – przewidzianą w tym przepisie karę pozbawienia wolności do lat 2 zastąpiono sankcją w postaci kary pozbawienia wolności do (jednego) roku. Wobec powyższego – w ocenie Sejmu – w przedmiotowej sprawie nie zachodzi tożsamość aktualnego przedmiotu kontroli z przepisem, co do którego Trybunał Konstytucyjny orzekł wyrokiem z 30 października 2006 r. (sygn. akt P 10/06).

Należy ponadto odnotować, że w sprawie o sygn. akt P 10/06 jako wzorzec kontroli nie został wskazany art. 10 Konwencji, zaś „z zasadą *ne bis in idem* nie mamy do czynienia w wypadku wskazania nowych wzorców kontroli, gdy we wcześniejszym orzeczeniu uznano zgodność zakwestionowanego przepisu z Konstytucją" (zob. np. postanowienie TK z 28 lipca 2003 r., sygn. akt P 26/02; wyrok TK z 27 marca 2007 r., sygn. akt SK 3/05).

Podzielając wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego zawarte w wyroku z 30 października 2006 r. (sygn. akt P 10/06) należy podkreślić następujące okoliczności.

Po pierwsze wypada wskazać, że istotnym kryterium oceny konstytucyjności sankcji przewidzianej w art. 212 § 2 k.k. przez Trybunał Konstytucyjny była ówczesna praktyka orzecznicza sądów – „(...) dane dotyczące praktyki sądów polskich dowodzą, że z możliwości orzeczenia kary pozbawienia wolności za przestępstwo z art. 212 § 1 i 2 k.k. korzystają one w sposób nacechowany daleko idącą powściągliwością. Zagrożenie tą karą pełni więc w gruncie rzeczy tylko funkcję prewencyjną" (wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06)".

Po drugie Trybunał zauważył, że zestawienie sankcji przewidzianych w art. 212 k.k. z sankcjami przewidzianymi za inne przestępstwa o podobnym stopniu społecznej szkodliwości nie uzasadnia oceny o nieproporcjonalności sankcji. Odnosząc się do tego zagadnienia wypada przypomnieć, że przestępstwo zniesławienia może być popełnione tylko umyślnie (zob. art. 8 k.k.), zaś „A. Gaberle stwierdza, że w obecnie obowiązującym Kodeksie karnym niezagrożone karą pozbawienia wolności są tylko cztery przestępstwa umyślne: niezgłoszenie się do

odbycia służby wojskowej, znieważenie osoby, znieważenie pomnika, wypadek mniejszej wagi poświadczenia nieprawdy oraz kilka drobnych przestępstw nieumyślnych. Oczywistą konsekwencją dołączenia do nich przestępstwa zniesławienia byłoby obniżenie społecznej szkodliwości i znaczenia czynów naruszających cześć" (P. Jóźwiak, *Prawnokarna ochrona czci a postulaty uchylenia bądź rewizji art. 212 Kodeksu karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2009, z. 3, s. 84-85).

Po trzecie – co jednak nie wiąże się bezpośrednio z problematyką surowości sankcji karnej – należy przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny powiązał ochronę czci i dobrego imienia z wyrażoną w art. 30 Konstytucji godnością człowieka, uznając, że „wolności i prawa wyrażające kwintesencję i stanowiące emanację godności człowieka, w tym cześć, dobre imię i prywatność (chronione z mocy art. 47 Konstytucji), mogą zasługiwać na pierwszeństwo w kolizji z wolnością słowa oraz wolnością prasy i innych środków społecznego przekazu, a w konsekwencji prowadzić do ich ograniczenia, niezależnie od tego, że mają one nie tylko wymiar indywidualny, ale też ogólnospołeczny" (wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06).

2. Niezależnie od podzielenia wskazanych wyżej zapatrywań sądu konstytucyjnego należy przedstawić następujące uwagi. W pierwszej kolejności wypada zwrócić uwagę, że ocena proporcjonalności sankcji przewidzianych w art. 212 § 2 k.k. nie może abstrahować od sposobu typizacji przestępstwa zniesławienia przyjętego przez ustawodawcę.

Trzeba podkreślić, że ustawodawca posłużył się w tym wypadku konstrukcją przestępstwa powszechnego (w opisie podmiotu czynu zabronionego użyto zaimka „kto"). W doktrynie prawa wskazuje się, że brak zawężenia kręgu podmiotów zdolnych do popełnienia czynu zabronionego należy wiązać z zaistnieniem wymogu karalności, opisanego w ustawie ataku na dobro prawne bez względu na to, kim jest sprawca tego ataku (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna,* Kraków 2010, s. 190). Zatem rozpoznany przez ustawodawcę poziom społecznej szkodliwości (ujmowanej *in abstracto*) oraz waga dóbr prawnie chronionych, aktualizujące wymóg karalności, pozwalają na stwierdzenie, że zniesławienie należy do kategorii czynów nacechowanych negatywnie niezależnie od cech podmiotu popełniającego przestępstwo. W tym wypadku dobrem prawnie chronionym

pozostaje cześć człowieka, wiązana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego z godnością wyrażoną w art. 30 Konstytucji (zob. wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06). Ponadto, z uwagi na objęcie zakresem ochrony również osób prawnych, jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej oraz instytucji zasadnym wydaje się wskazanie na przysługujące im (podlegające ochronie przyznawanej przez przepisy prawa karnego) dobre imię, z którym łączy się wiarygodność, niezbędna do prawidłowego funkcjonowania w obrocie podmiotów zbiorowych (co ma szczególne znaczenie w przypadku tzw. instytucji zaufania publicznego, jak np. banki, towarzystwa ubezpieczeniowe) – zob. J. Raglewski, *Komentarz do art. 212 k.k.*, LEX/el., teza 4-5. Należy przy tym zwrócić uwagę, że kwalifikowana postać zniesławienia stypizowanego w art. 212 § 2 k.k. nie pozbawia *per se* tego przestępstwa cechy powszechności. Można w tym wypadku mówić raczej o zawężeniu faktycznych możliwości jego popełnienia. Tym samym należy zgodzić się z J. Raglewskim, że „Krąg osób mogących być sprawcami kwalifikowanego typu przestępstwa zniesławienia z uwagi na uczynienie zarzutu zniesławiającego za pomocą środków masowego komunikowania (art. 212 § 2 k.k.) nie ogranicza się wyłącznie do dziennikarzy. Chodzi o wszelkie osoby wykorzystujące możliwość wyrażenia zniesławiającej wypowiedzi w środkach masowej komunikacji. Odpowiedzialność karną za ten rodzaj czynu karalnego może zatem przykładowo ponosić osoba redagująca stronę www w ogólnodostępnej sieci teleinformatycznej bądź też udzielająca wywiadu" (*ibidem*, teza 8).

Z drugiej strony należy przyjąć, że przepis ten przydaje ochronę czci (dobrego imienia) nieograniczonemu kręgowi podmiotów. Należy przypomnieć, że „Opis typu czynu zabronionego jest daleko posuniętą generalizacją i tym samym nie może uwzględniać indywidualnych cech konkretnego czynu" (W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 174). *In concreto* granice przypisania czynu zabronionego wyznaczy pomówienie o postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności. Ustawodawca określił tym samym, w sposób względnie szeroki, znamiona strony przedmiotowej czynu zabronionego, co sprawia, że art. 212 § 2 k.k. stanowi przepis elastyczny, gwarantujący ochronę w szerokiej konfiguracji stanów faktycznych. Warto dostrzec, że o ile znamię poniżenia w opinii publicznej kieruje uwagę na ochronę czci (dobrego imienia) osób lub instytucji funkcjonujących publicznie, o tyle w – ocenie Sejmu – obniżenie określonego poziomu zaufania

potrzebnego do zajmowania określonego stanowiska wyraźnie przesądza o tym, że ochronie podlegają też relacje o niskim poziomie upublicznienia, a nawet niedostrzegane i nieistotne z punktu widzenia ogólnie pojmowanej opinii publicznej, np. zawodowe (z zastrzeżeniem, że do ich niezakłóconego wykonywania, a nawet podjęcia, niezbędne jest legitymowanie się określonym poziomem zaufania). Tym samym w oparciu o językową wykładnię zaskarżonego przepisu nie można stwierdzić, że ustawodawca przyznaje nadmierną ochronę określonym kategoriom podmiotów, np. takim, które z racji sprawowania określonej funkcji, powinien cechować większy stopień tolerancji na rozpowszechnianie informacji, które bezpośrednio ich dotyczą (przykładowo można tu wymienić polityków, osoby ubiegające się o określone funkcje publiczne). Szczególnie istotne jawi się, w tym kontekście, powiązanie wypowiedzi zniesławiających z naruszeniami zaufania niezbędnego do wykonywania np. określonego zawodu (czego nie można nazwać działalnością publiczną)

3. Jak już była o tym mowa, ustawa karna nie ogranicza katalogu podmiotów zdolnych do ponoszenia odpowiedzialności z art. 212 § 2 k.k. Zwraca przy tym uwagę, że odpowiedzialność ta nie jest zawężona do przypadków wypowiedzi dokonywanych przez dziennikarzy (czy też szerzej – prezentowanych w toku debaty publicznej na istotne dla społeczeństwa tematy). Wpływa to – zdaniem Sejmu – na ocenę proporcjonalności kary pozbawienia wolności (również w świetle jej prewencyjnej funkcji), albowiem naruszenia czci i dobrego imienia mogą być popełnianie nie tylko w ramach wykonywania obowiązków dziennikarskich, ale także z innych przyczyn, niezasługujących na ochronę i niepożądanych w demokratycznym państwie prawnym. Wypada zauważyć, że przy upowszechnieniu dostępu do środków masowego komunikowania, nie wszystkie podmioty z nich korzystające muszą realizować funkcje właściwe prasie, będąc jednocześnie związanymi prawnymi ramami jej funkcjonowania określonymi w ustawie z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.; dalej: p.p.). Zgodnie bowiem z art. 1 p.p. prasa, zgodnie z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, korzysta z wolności wypowiedzi i urzeczywistnia prawo obywateli do ich rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej. Jednocześnie na podstawie art. 6 p.p. jest zobowiązana do prawdziwego przedstawiania omawianych zjawisk. W świetle brzmienia art. 212 § 2 k.k. nie można

zatem wykluczyć sytuacji, w której przepis ten znajdzie zastosowanie do przypadku celowego pomówienia, nakierowanego wyłącznie na zdyskredytowanie pomawianej osoby czy instytucji. Uznając zatem szczególną rolę funkcjonowania prasy w społeczeństwie demokratycznym, trzeba wspomnieć, że w systemie prawa przewidziano szczególne mechanizmy odnoszące się do wypowiedzi dziennikarskich. W tym miejscu należy przywołać treści art. 41 p.p., który w istotny sposób koryguje stosowanie art. 212 k.k. wobec dziennikarzy. Zgodnie z tym przepisem: „Publikowanie zgodnych z prawdą i rzetelnych sprawozdań z jawnych posiedzeń Sejmu i rad narodowych oraz ich organów, a także publikowanie rzetelnych, zgodnych z zasadami współżycia społecznego ujemnych ocen dzieł naukowych lub artystycznych albo innej działalności twórczej, zawodowej lub publicznej służy realizacji zadań określonych w art. 1 i pozostaje pod ochroną prawa; przepis ten stosuje się odpowiednio do satyry i karykatury". Przepis ten stanowi istotne dopełnienie kontratypu pomieszczonego w art. 213 § 2 k.k., który stanowi, że nie popełnia przestępstwa określonego w art. 212 § 2 k.k. ten, kto publicznie podnosi lub rozgłasza prawdziwy zarzut dotyczący postępowania osoby pełniącej funkcję publiczną lub służący obronie społecznie uzasadnionego interesu. Zestawienie przesłanek kontratypu z art. 213 § 2 k.k. z treścią normatywną art. 41 p.p. pozwala na stwierdzenie, że ten ostatni poszerza zakres art. 213 § 2 k.k. (tak również: J. Sobczak, *Komentarz do art. 41 ustawy – Prawo prasowe*, LEX/el., teza 3).

Należy bowiem podkreślić, że w art. 41 p.p. nie wskazano na przesłankę prawdziwości zarzutu. Z jednej strony dochodzi tu zatem do poszerzenia pola legalności działania dziennikarzy, z drugiej zaś, w doktrynie prawa wskazuje się, że sposób sformułowania art. 41 p.p. może budzić kontrowersje, albowiem przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja stwarza nadmiernie szerokie podstawy do wyłączania odpowiedzialności (zob. M. Mozgawa, *Odpowiedzialność karna za przestępstwa prasowe* [w:] *Prawo w działaniu 5. Sprawy karne*, red. A. Siemaszko, Warszawa 2008, s. 20). Należy jednak dostrzec, że treść normatywna art. 41 p.p. jest korygowana przez wymóg rzetelnego postępowania, zgodnego z zasadami współżycia społecznego. W doktrynie prawa wskazuje się, że przez pojęcie „rzetelny" należy rozumieć takie treści, jak: odpowiedzialny, zgodny z zasadami sztuki, niestosujący niedozwolonych wybiegów, uczciwy, niewprowadzający umyślnie w błąd (zob. J. Sobczak, *Komentarz...*, teza 1). Innymi

słowy przedstawienie ujemnej opinii w sposób złośliwy, tendencyjny, w niedopuszczalnej formie wykracza poza granice ochrony określonej przez art. 41 p.p., stanowiąc przestępstwo (zob. *ibidem* teza 4). Rekonstruując standard rzetelności dziennikarskiej należy mieć na uwadze treść art. 12 p.p., który stanowi, że do obowiązków dziennikarza należy zachowanie szczególnej staranności i rzetelności przy zbieraniu i wykorzystaniu materiałów prasowych, zwłaszcza sprawdzenie zgodności z prawdą uzyskanych wiadomości lub podanie ich źródła. W orzecznictwie sądowym akcentuje się wagę standardu rzetelności dziennikarskiej, jako czynnika gwarantującego prawidłowe (również z punktu widzenia ochrony praw innych osób) funkcjonowanie prasy. Jak bowiem zauważył Sąd Najwyższy: „Trafny i zasługujący na podtrzymanie jest pogląd, kładący zdecydowany nacisk na rzetelność dziennikarską, stanowiącą najlepszą gwarancję zarówno prawidłowej realizacji zadań prasy oraz respektowania praw osób, których publikacja dotyka" (uchwała SN [7 sędziów] z 18 lutego 2005 r., sygn. akt III CZP 53/04).

Artykuł 41 p.p. odwołuje się do – przykładowo i najbliżej istoty problemu, leżącego u podstaw wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich – rzetelnych, zgodnych z zasadami współżycia społecznego ujemnych ocen działalności zawodowej lub publicznej. Wypada zauważyć, że za wzmiankowaną działalność publiczną uznaje się wszelkie wzbudzające uzasadnione zainteresowanie społeczeństwa, choćby tylko w skali lokalnej, działania polityczne, społeczne, gospodarcze i zawodowe (zob. wyrok SN z 24 stycznia 2008 r., sygn. akt I CSK 338/07). Wyznaczając granice legalności działania w oparciu o art. 41 p.p. wskazuje się, że: „Bezsporne jest, iż w świetle art. 41 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. - prawo prasowe pod ochroną prawa pozostaje publikowanie rzetelnych, zgodnych z zasadami współżycia społecznego ujemnych ocen działalności publicznej. Treść przepisu art. 41 tejże ustawy koresponduje z dyspozycją (...) obecnie obowiązującego art. 213 § 2 k.k. (...) Sam fakt przeświadczenia o prawdziwości zarzutu stawianego publicznie, który w przypadku zawodu dziennikarza musi być oceniany pod kątem art. 12 ustawy – prawo prasowe, nie może jeszcze przemawiać za społeczną opłacalnością poświęcania czci drugiej osoby i tym samym wyłączeniem bezprawności. Zarzut postawiony publicznie musi obiektywnie służyć obronie społecznie uzasadnionego interesu. Społecznie uzasadniony interes może wystąpić w przypadku krytyki dotyczącej funkcjonowania organów państwowych. Nie leży natomiast w społecznie uzasadnionym interesie rozpowszechnianie niesprawdzonych i niezweryfikowanych

informacji (...) Niezbywalne prawo do krytyki, posiadane przez dziennikarzy, wywodzące się z Konstytucji RP i dobitnie podkreślone w treści art. 41 ustawy – prawo prasowe, nie jest bowiem nieograniczone i nie może być rozumiane jako prawo stawiania gołosłownych bądź niedostatecznie sprawdzonych zarzutów" (postanowienie SN z 17 października 2001 r., sygn. akt IV KKN 165/97).

Na marginesie wypada odnotować pogląd zaprezentowany w uchwale Sądu Najwyższego (7 sędziów) z 18 lutego 2005 r. (sygn. akt III CZP 53/04) wydanej w następstwie przedstawienia przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego zagadnienia prawnego: „Czy postawienie nieprawdziwego zarzutu w publikacji prasowej może być uznane za bezprawne naruszenie dóbr osobistych (art. 24 § 1 k.c.), jeżeli dziennikarz zachował szczególną staranność i rzetelność przy zbieraniu i wykorzystaniu materiałów prasowych (art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe, Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.)?". Sąd Najwyższy orzekł, że „Wykazanie przez dziennikarza, że przy zbieraniu i wykorzystaniu materiałów prasowych działał w obronie społecznie uzasadnionego interesu oraz wypełnił obowiązek zachowania szczególnej staranności i rzetelności, uchyla bezprawność działania dziennikarza. Jeżeli zarzut okaże się nieprawdziwy, dziennikarz zobowiązany jest do jego odwołania". Powyższa wypowiedź, jakkolwiek odnosi się do wyłączenia bezprawności naruszenia dóbr osobistych, stanowi ważną przesłankę dla akceptacji poglądu o dopuszczalności – *de lege lata* – korygowania zakresu odpowiedzialności dziennikarza za zniesławienie w oparciu o art. 41 p.p. Innymi słowy można zasadnie argumentować, że wypowiedź dziennikarska zawierająca ujemną ocenę działalności zawodowej lub publicznej nie znajdzie się w obszarze zakazu karnego wyznaczanego przez art. 212 § 2 k.k., jeżeli będzie można uznać, że jest ona rzetelna i zgodna z zasadami współżycia społecznego.

4. W dalszej kolejności należy rozwinąć uwagi dotyczące podmiotów, których dobra prawne są chronione przez art. 212 § 2 k.k.

Po pierwsze trzeba wskazać, że ustawa w sposób ogólny wskazuje na „inną osobę, grupę osób, instytucję, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną mniemającą osobowości prawnej".

Po drugie warto rozwinąć wątek naruszania dóbr chronionych podmiotów innych niż tylko osoby fizyczne. Jak zauważa A. Marek: „Przedmiotem ochrony jest dobre imię (tzw. cześć zewnętrzna) nie tylko pojedynczej osoby fizycznej, lecz także

grupy osób, przez co należy rozumieć zespół ludzi połączony więzią organizacyjną, właściwościami, wspólnym zadaniem lub interesem (np. zespół pracowniczy, osoby wchodzące w skład zarządu firmy, drużyny sportowej itp.), a nie jakąkolwiek przypadkową grupę (...). Ochroną na podstawie omawianego przepisu objęta jest także instytucja (państwowa, samorządowa lub społeczna), osoba prawna, a także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej (chodzi o wyodrębnioną organizacyjnie część składową osoby prawnej lub instytucji, np. oddział, wydział itp.). (...) przedmiot ochrony omawianego przepisu ujęty jest niezwykle szeroko, wykraczając poza ochronę czci jednostki" (*Komentarz do art. 212 Kodeksu karnego*, LEX/el., teza 2). W odniesieniu do instytucji wymienionych w art. 212 k.k. wskazuje się, że: „Chodzi przykładowo o urząd państwowy, szkołę, teatr, muzeum, szpital, klub sportowy (...). Przepis art. 212 § 1 k.k. nie wyłącza z zakresu swej regulacji żadnych kategorii tego rodzaju podmiotów" (J. Raglewski, *Komentarz do art. 212 Kodeksu karnego*, LEX/el., teza 35). Jednocześnie Sejm podziela stanowisko, że: „Jeśli chodzi o wymienione w art. 212 § 1 k.k. podmioty inne niż osoby fizyczne (instytucja, osoba prawna, jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej), to oprócz ochrony godności osób wchodzących w skład tych podmiotów zbiorowych przedmiotem ochrony jest także inna wartość konstytucyjna w postaci sprawności działania danej instytucji, jeśli chodzi o szeroko pojęte instytucje publiczne" (wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06). W tym miejscu wypada przypomnieć, że podobna koncepcja została wyrażona przez sąd konstytucyjny w wydanym w pełnym składzie wyroku z 6 lipca 2011 r. (sygn. akt P 12/09) w odniesieniu do znieważenia Prezydenta RP. Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny: „O ile bowiem określona w art. 216 k.k. zniewaga jest przestępstwem skierowanym przeciwko godności osobistej człowieka (cześć wewnętrzna) (zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 414), to w art. 135 § 2 k.k. przedmiotem ochrony są nie tylko godność i dobre imię Prezydenta, lecz przede wszystkim powaga i niezakłócone funkcjonowanie tego organu państwa, porządek publiczny, a w niektórych sytuacjach także bezpieczeństwo Rzeczypospolitej (por. J. Wojciechowska, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117-221*, red. A. Wąsek, t. 1, Warszawa 2006, s. 89 oraz M. Budyn-Kulik, [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 273). Tym samym zaostrzenie sankcji przewidzianej w art. 135 § 2 k.k. znajduje uzasadnienie w szerszym katalogu wartości chronionych w tym przepisie niż

w art. 216 k.k.". Wypada odnotować, że szczególny charakter dobra chronionego w art. 135 § 2 k.k. stanowił jeden z argumentów za uznaniem przez sąd konstytucyjny, że przepis ten jest zgodny z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 10 Konwencji. Przenosząc powyższe uwagi na grunt rozważań dotyczących art. 212 § 2 k.k. wypada zauważyć, że możliwa jest sytuacja, w której czyn wypełniający znamiona określone w tym przepisie, w konkretnej sytuacji faktycznej może narażać na niebezpieczeństwo, lub wręcz naruszać dobro prawne w postaci sprawności funkcjonowania instytucji publicznej, np. szpitala czy urzędu państwowego. Konkludując zatem ten wątek rozważań należy podkreślić względnie szeroki zakres normowania (w tym również w odniesieniu do katalogu dóbr chronionych) przez art. 212 § 2 k.k.

5. Trzeba wreszcie wskazać, że ze względu na specyfikę dóbr chronionych, a także potencjalne formy ich faktycznego narażania na niebezpieczeństwo (oraz naruszania) nie jest możliwe sformułowanie *in abstracto* katalogu wyjątków od zakazu naruszania czci i dobrego imienia wywodzonego z art. 212 k.k. Pomimo tego, że zniesławienie należy do przestępstw formalnych, a zatem dla jego wystąpienia nie jest wymagany skutek w postaci poniżenia, pełna ocena społecznej szkodliwości i ingerencji w dobra chronione konkretnego podmiotu możliwa jest w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Innymi słowy – z punktu widzenia skutecznej ochrony dóbr prawnych oraz celów kary – niezbędne jest takie sformułowanie zakazu karnego (w tym katalogu sankcji), który pozwala na adekwatną reakcję, realizując przy tym cele prewencji ogólnej. Należy przypomnieć, że przy wymierzaniu kary sąd powinien uwzględnić m.in. motywację i sposób zachowania się sprawcy, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa (zob. art. 53 § 2 k.k.). Powyższe dostrzegane jest również na gruncie Konwencji, gdzie wskazuje się, że wypracowane w orzecznictwie ETPC (zob. szerzej L. Garlicki [w:], *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do art. 1-18.*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 602-604) reguły niezbędności (w społeczeństwie demokratycznym) ograniczeń wolności przewidzianej w art. 10 Konwencji „mają ogólny i trudno definiowalny charakter (...) Ich przełożenie na język norm (zasad) nadających się do przewidywalnego stosowania, więc wyznaczających w miarę wyraźnie granice swobodzie działania państw członkowskich, następuje poprzez ustalenie – prawnego i faktycznego –

kontekstu każdej wypowiedzi (...) wymaga to wzięcia pod uwagę cech podmiotowych wypowiedzi (charakterystyki jej autora) oraz cech przedmiotowych (tzn. dziedziny, treści i formy wypowiedzi)" – *ibidem*, s. 604.

Spojrzenie na przestępstwo zniesławienia przez pryzmat powyższego uzasadnia – zdaniem Sejmu – pozostawienie w obrocie prawnym obecnego katalogu kar. Nie można bowiem stwierdzić, że stosowanie kary pozbawienia wolności jest *in genere* niedopuszczalne w przypadku zniesławienia. Jak wskazano, skutki zniesławienia mogą dotykać nie tylko osób piastujących funkcje publiczne (co do których można zasadnie powoływać się na większy stopień odporności na krytykę, w tym nieuzasadnioną lub nadmierną), ale godzić także w interesy podmiotów, dla których niezakłócone i społecznie aprobowane (względnie niepodważane w sposób bezpodstawny) funkcjonowanie oparte na zaufaniu stanowi warunek realizowania istotnych funkcji (w tym publicznych, jak w przypadku szpitali czy urzędów państwowych). Nie można również tracić z pola widzenia faktu, że wypowiedzi pomawiające mogą przynieść pokrzywdzonym podmiotom – poza wizerunkowymi – realne straty majątkowe. Nie rozwijając szerzej tego wątku wypada jednak zasygnalizować, że efektywność wielu przedsięwzięć gospodarczych niejednokrotnie wiąże się z nieposzlakowanym wizerunkiem i zaufaniem okazywanym przez uczestników obrotu (np. w szeroko rozumianej działalności finansowej, ale również prywatnych usługach medycznych). Przywołując rodzaj ujemnych następstw przestępstwa, jako dyrektywę wymiaru kary, należy podnieść, że uszczerbek, jakiego może doznać reputacja pokrzywdzonego, może być trudny do bezpośredniego zrekompensowania. Ponadto w wielu wypadkach nie można również zasadnie twierdzić, że zachodzi symetria pomiędzy rozpowszechnieniem zniesławiającej wypowiedzi za pomocą środków masowego komunikowania, a usunięciem skutków takiego naruszenia poprzez zasądzenie (i skuteczne wyegzekwowanie) obowiązku np. opublikowania odpowiedniego komunikatu odwołującego (prostującego) wcześniejsze pomówienie.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że wymienione w art. 212 § 2 k.k. środki masowego komunikowania oznaczają „wszelkie ogólnodostępne środki, za pomocą których współcześnie odbywa się przekazywanie informacji (np. prasa, radio, telewizja, Internet)" – zob. (M. Mozgawa, *Komentarz do art. 212 Kodeksu karnego*, LEX/el., teza 7). Nie ulega przy tym wątpliwości, że zniesławienie dokonane za pomocą środków masowego komunikowania cechuje się wyższym stopniem

społecznej szkodliwości popełnionego czynu (zob. J. Raglewski, *Komentarz...*, teza 38; por. wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06). Należy zatem przypomnieć, że w również orzecznictwie ETPC zwraca się uwagę na sposób rozpowszechniania informacji zniesławiającej, zawężając margines swobody przy stosowaniu prawa, przysługujący organom krajowym, gdy stopień rozpowszechnienia informacji był względnie niewielki (zob. np. wyrok ETPC z 6 września 2005 r. w sprawie Salov przeciwko Ukrainie, skarga nr 65518/01).

6. W dalszej kolejności należy zaprezentować oraz odnieść się do orzecznictwa ETPC dotyczącego art. 10 Konwencji. Rzecznik Praw Obywatelskich przywołuje m. in. wyrok ETPC z 17 grudnia 2004 r. (sprawa Cumpana i Mazare przeciwko Rumunii, skarga nr 33348/96). W omawianej sprawie przedmiotem zainteresowania dziennikarzy stało się działanie burmistrza miasta Konstancy, który wbrew decyzji rady miejskiej upoważnił inną, niż uprzednio wybrano, firmę do odholowywania pojazdów zaparkowanych z naruszeniem przepisów. Ze strony miasta nową umowę podpisali wiceburmistrz i radczyni prawna miasta. W artykule wskazano, że radczyni prawna R. M. podpisując umowę „albo nie znała , co sprawia, że trudno zrozumieć jak mogła później zostać sędzią (gdyż wymierza sprawiedliwość na podstawie tego samego prawa, którego nie zna), albo przyjęła łapówki i może to czynić także w przyszłości". Dodatkowo publikacji towarzyszył rysunek satyryczny. R. M. wniosła prywatny akt oskarżenia przeciwko dziennikarzom zarzucając im zniesławienie oraz zniewagę (zob. szerzej na temat stanu faktycznego sprawy I. C. Kamiński, *Swoboda...*, s. 290-291).

Wobec skarżących wymierzono kary pozbawienia wolności. Wypada ponadto zauważyć, że nałożenie na skarżących tych kar wiązało się z ograniczeniem praw obywatelskich określonych w art. 64 rumuńskiego kodeksu karnego (bierne i czynne prawo wyborcze, zakaz sprawowania funkcji publicznych, zakaz wykonywania określonego zawodu, sprawowania funkcji kuratora oraz przedstawiciela ustawowego nieletniego).

Wnioskodawca podnosi, że „Trybunał w Strasburgu wprost odniósł się do kwestii proporcjonalności kary pozbawienia wolności orzekanej za słowo uznając, że nałożenie kary pozbawienia wolności za przestępstwo prasowe będzie zgodne z wolnością słowa dziennikarzy (...) tylko w wyjątkowych okolicznościach, gdy inne fundamentalne prawa zostały istotnie naruszone, jak na przykład w sprawie

o wypowiedź nawołującą do nienawiści (mowa nienawiści) i przemocy" (wniosek, s. 17). Jak wskazuje I. C. Kamiński w odniesieniu do wymienionych wyjątkowych okoliczności: „Katalog takich sytuacji musi być wąsko i precyzyjnie określony i zasadniczo nie należy (...) wykraczać poza te dwa wyraźnie zidentyfikowane wypadki. Kary pozbawienia wolności nie powinno się w każdym razie orzekać w odniesieniu do «prostych» naruszeń dobrego imienia, czyli takich, którym nie towarzyszą ogólniejsze sformułowania dotykające lub godzące w większą grupę ludzi" (I. C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Kraków 2006, s. 300). Jednocześnie ten sam autor stwierdza, że: „Trudno obecnie precyzyjnie przewidzieć, jak daleko orzecznictwo strasburskie może pójść w zakwestionowaniu kary pozbawienia wolności jako takiej. Moim zdaniem, tezy z rumuńskiej sprawy uprawniają do interpretacji uznającej za sprzeczną z konwencją – poza wyjątkowymi sytuacjami – każdej kary pozbawienia wolności. Analogiczne zagrożenia dla swobody wypowiedzi istnieją przecież nie tylko, jeśli orzeczono bezwzględną karę więzienia, ale i wtedy, gdy zawieszono jej wykonanie" (tenże, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, LEX/el.).

Przykładem kolejnego etapu w rozwoju linii orzeczniczej ETPC jest wyrok z 6 września 2005 r. (sprawa Salov przeciwko Ukrainie, skarga nr 65518/01). W tej sprawie skarżący został skazany na karę pięciu lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania kary na okres dwóch lat za rozpowszechnianie przed wyborami prezydenckimi sfałszowanego numeru gazety z wiadomością, że dotychczasowy prezydent, który ubiegał się o reelekcję, zmarł w wyniku choroby alkoholowej, a w kraju doszło do zamachu stanu. Trybunał stwierdził naruszenie art. 10 Konwencji. Należy jednak podkreślić, że jak wskazuje I. C. Kamiński „wywiedzenie z ukraińskiego wyroku jednoznacznych konkluzji jest z kilku powodów trudne. Po pierwsze, Trybunał wskazał, że skarżący nie był autorem wypowiedzi. Po drugie, Salov miał i rozprowadził jedynie osiem egzemplarzy gazety, a zawartą w niej informację przekazał ustnie «ograniczonej liczbie osób». Po trzecie wreszcie, podjął działania w celu sprawdzenia informacji. Dlatego można zadać pytanie, jak brak tych okoliczności mógłby wpłynąć na zmianę konkluzji wyroku. Ale zasadna jest też argumentacja, że, co do zasady, również kara pozbawienia wolności w zawieszeniu staje się wątpliwa z punktu widzenia Konwencji i jedynie pewne szczególne okoliczności mogą ją usprawiedliwić" (I.C. Kamiński, *Sankcje*

karne w orzecznictwie ETPCz za nadużycia swobody wypowiedzi, „Europejski Przegląd Sądowy" 2009, nr 1, s. 38).

Warto również przywołać przykładowe wypowiedzi ETPC zawarte w wyrokach w sprawach wydanych przeciwko Polsce, w których skarżący domagali się stwierdzenia naruszenia art. 10 Konwencji.

W wyroku z 6 kwietnia 2006 r. (sprawa Malisiewicz-Gąsior przeciwko Polsce, skarga nr 43797/98) ETPC stwierdził: „Rząd argumentował, że skarżąca nie poniosła żadnej szkody, gdyż kara pozbawienia wolności nie została wykonana. Jednakże w opinii Trybunału sprawą zasadniczą jest tutaj nie to, że wyrok nie został wykonany, ale że skarżąca w ogóle została skazana (zob., *mutatis mutandis*, *Lopes Gomes da Silvia p. Portugalii*, wyrok z 28 września 2000 r., § 36). Ponadto postanowienie o niewykonywaniu kary pozbawienia wolności nie zaciera skazania ani nie powoduje wykreślenia z rejestru skazanych. Trybunał uważa, że okoliczności przedmiotowej sprawy – zniesławienie polityka w kontekście gorącej debaty politycznej – nie uzasadnia wymierzenia kary pozbawienia wolności (zob. *Cumpănă and Mazăre p. Rumunii*, cytowane powyżej, §§ 115 i 116). Skazanie skarżącej za składanie w prasie i radiu w trakcie kampanii wyborczej oświadczeń zarzucających nadużycie władzy przez jednego z najbardziej prominentnych polityków w państwie musiało wywrzeć «ostry efekt» na swobodę wypowiedzi w debacie publicznej w ogólności".

Z kolei w sprawie Dąbrowski przeciwko Polsce (wyrok z 19 grudnia 2006 r., skarga nr 19235/02) ETPC stwierdził, że: „[A]ni sąd pierwszej instancji ani sąd apelacyjny nie wzięły pod uwagę faktu, iż Pan L (...) będąc politykiem powinien wykazać większy stopień tolerancji na zadaną mu krytykę. (...) W związku z tym, Trybunał zauważa, iż kara wymierzona skarżącemu była relatywnie łagodna (grzywna w wysokości 1.000 zł oraz koszty 300 zł – około 330 euro) oraz chociaż postępowanie przeciwko skarżącemu zostało warunkowo umorzone, to niemniej jednak sądy krajowe uznały go za winnego popełnienia przestępstwa zniesławienia. W konsekwencji skarżący został notowany. Ponadto podjęcie postępowania karnego przez sąd było możliwe w każdym momencie trwania okresu próby w przypadku zajścia okoliczności przewidzianych przez prawo karne (zobacz paragraf 16 powyżej). (...) Ponadto o ile nałożona kara nie powstrzymała skarżącego od wypowiedzi, o tyle skutkowała ona rodzajem cenzury, która mogła zniechęcić go od czynienia krytyki tego rodzaju w przyszłości. Takie skazanie może zniechęcać dziennikarzy od udziału w dyskusji publicznej w sprawach dotyczących życia

społeczności".

Natomiast w wyroku z 24 lutego 2010 r. (sprawa Długołęcki przeciwko Polsce, skarga nr 18235/02) ETPC wywodził: „Skarżący, który był dziennikarzem, opublikował na dwa dni przed lokalnymi wyborami artykuł nt. lokalnego polityka, kandydata w tych wyborach, byłego wójta gminy (...) skarżący wyraził opinię w ośmiostronicowym biuletynie, własnoręcznie wydawanym i rozprowadzanym, który był adresowany do mieszkańców gminy Kolbudy. Działanie skarżącego było bardzo ograniczone (...) Przypatrując się naturze wypowiedzi oraz biorąc pod uwagę fakt, że została ona wypowiedziana w czasie trwania lokalnych wyborów Trybunał uznaje, że argumenty przedstawione przez sądy krajowe nie mogą zostać uznane za istotne i wystarczające dla uzasadnienia naruszenia praw skarżącego w przedmiotowej sprawie (...) Sądy krajowe uznały, że skarżący popełnił przestępstwo zniewagi. W konsekwencji skarżący jest osobą karaną. Ponadto pozostawiono sądowi możliwość podjęcia postępowania w każdym czasie w trakcie trwania okresu próby, w każdej sytuacji określonej przez prawo *(zob. Dąbrowski p. Polsce, nr 18235/02, § 36, 19 grudnia 2006 r, oraz Weigt p. Polsce (dec.), 74232/01, 11 października 2005r.). (...)* Trybunał przypomina, że nałożenie kary pozbawienia wolności za przestępstwo prasowe będzie zgodne z wolnością słowa dziennikarzy gwarantowaną przez art. 10 tylko w wyjątkowych okolicznościach, gdy inne fundamentalne prawa zostały istotnie naruszone, jak na przykład w sprawie o wypowiedź nawołującą do nienawiści rasowej i przemocy *(zob. Cumpana i Mazare p. Rumunii [GC], nr 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI)*. W ocenie Trybunału porównywalne wnioski mogą być zastosowane w odniesieniu do zniewagi w związku z debatą publiczną".

Na marginesie wypada odnotować, że orzecznictwo ETPC w przedmiocie sankcji karnych za zniesławienie cechuje się dużą rozpiętością ocen. Wskazane przez wnioskodawcę przykłady (wniosek, s. 17-18) wypowiedzi ETPC oscylują pomiędzy uznaniem dopuszczalności kary pozbawienia wolności (w określonych przypadkach) a postulatem dekryminalizacji zniesławienia.

7. Odnosząc się bezpośrednio do zarzutu naruszenia art. 10 Konwencji należy wskazać na następujące okoliczności.

Po pierwsze, przywołany przez Rzecznika wyrok ETPC wydany w sprawie Cumpana i Mazare przeciwko Rumunii dotyczył postępowania prowadzonego

przeciw dziennikarzom uczestniczącym w debacie publicznej na ważne społecznie tematy, zaś ETPC – wypowiadając się co do proporcjonalności sankcji karnej – stwierdził jej nieadekwatność w odniesieniu do „swobody wypowiedzi przysługującej dziennikarzom" („*the Court considers that the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists' freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances*").

Zdaniem Sejmu wpływa to na ocenę proporcjonalności zaskarżonego przepisu, albowiem konstytuuje on przestępstwo powszechne, którego opis dotyczy nie tylko – pożądanej w demokratycznym społeczeństwie – swobody i niezależności prasy, ale również innych zachowań, które potencjalnie nie muszą wiązać się z wypowiedziami prasowymi (tj. pochodzącymi od dziennikarzy), jednocześnie stanowiąc zniesławienie. Również inne przywoływane przez wnioskodawcę orzeczenia wydawane były na tle specyficznych stanów faktycznych. Przykładowo należy wskazać, że w sprawie Malisiewicz-Gąsior przeciwko Polsce ETPC podkreślił szczególny kontekst w postaci „gorącej debaty politycznej", w której doszło składania „oświadczeń zarzucających nadużycie władzy przez jednego z najbardziej prominentnych polityków w państwie". Z kolei w sprawie Dąbrowski przeciwko Polsce Trybunał przypomniał, że politycy powinni wykazywać większy stopień tolerancji na zadawaną im krytykę. Podobnie w sprawie Długołęcki przeciwko Polsce, przyczyną postępowania przed ETPC było opublikowanie przez dziennikarza materiału na temat lokalnego polityka (w czasie trwania kampanii wyborczej).

Po drugie, niezależenie od stanu faktycznego w jakim orzekał ETPC należy podkreślić, że wskazany przez niego katalog wyjątków dopuszczających stosowanie kary pozbawienia wolności za wypowiedzi dziennikarzy (zamieszczony w wyroku wydanym w sprawie Cumpana i Mazare przeciwko Rumunii) ma charakter przykładowy i niezamknięty. Tym samym nie można podzielić poglądów, jakoby nie należało wykraczać poza te dwa wyraźnie zidentyfikowane wypadki (zob. I. C Kamiński, *Swoboda ...*, s. 300). Stanowisko takie nie znajduje bowiem oparcia w omawianych judykatach samego ETPC. Tym bardziej nie można uzależniać oceny krajowych regulacji prawnych (z uwzględnieniem zaprezentowanym wyżej) od przykładowego i nietaksatywnego wyliczenia dokonanego przez ETPC w sprawie rozstrzyganej w świetle określonych okoliczności faktycznych, a mianowicie swobody wypowiedzi dziennikarskiej na temat polityków i funkcjonariuszy publicznych. Trzeba tu podkreślić, że jak zasadnie wskazuje

L. Garlicki: „Nie ma absolutnego zakazu by takie wypowiedzi prasowe [naruszające reputację lub prawa osób trzecich – uwaga własna] rodziły nie tylko odpowiedzialność cywilną, ale także – karną. «Biorąc pod uwagę margines oceny pozostawiony państwom stronom Konwencji przez art. 10, ustanowienie sankcji karnych wobec zniesławienia nie może, samo przez się, być uznane za nieproporcjonalne (zob. wyr. ETPCz w sprawie *Radio France* [wyrok ETPC z 30 marca 2004 r., skarga nr 53984/00 – uwaga własna], par. 40 [...])" – L. Garlicki, *Konwencja...*, s. 615.

Odnosząc się z kolei od wybranych orzeczeń zaprezentowanych przez wnioskodawcę należy zasygnalizować, że również na gruncie art. 10 ust. 2 Konwencji dostrzegane jest zróżnicowanie standardu ochrony, w zależności od autora i przedmiotu wypowiedzi, dokonanej za pośrednictwem środków masowego komunikowania. W orzecznictwie strasburskim przede wszystkim wskazuje się, że w kontekście ochrony reputacji szczególna ochrona przyznawana jest wypowiedziom dziennikarzy, a także innych osób, których wypowiedzi dokonywane są w ramach debaty publicznej. Innymi słowy: „Istnienie debaty publicznej (...) stanowi przesłankę wzmocnionej ochrony, bo wypowiedzi (nawet dziennikarskie), które nakierowane są tylko na zaspokojenie chciwości odbiorcy (...) lub na obrażanie innych osób (zob. np. wyr. ETPCz z 28.9.2000 r. w sprawie *Lopes Gomes da Silva p. Portugalii*, par. 34; *a contrario* - zob. wyr. ETPCz w sprawie *Dąbrowski*, par. 34) w szerszym stopniu mogą być poddawane sankcjom" (L. Garlicki, *Konwencja...*, s. 639). Podobnie różnicuje się – w zależności od statusu tej osoby – stopień tolerancji jaki musi zachować osoba dotknięta wypowiedzią. Tym samym należy zauważyć, że granice dopuszczalnej krytyki są szersze w odniesieniu do polityków (włączając w zakres tego pojęcia: parlamentarzystów, członków rządu i kandydatów na te stanowiska, działaczy partii politycznych i związków zawodowych), a także innych osób, które świadomie wkraczają w sferę życia publicznego lub wypowiadają się o kwestiach publicznych - zob. ibidem wraz z przywoływanym tam orzecznictwem, s. 640-641.

Rozwijając rozważania w przedmiocie wypowiedzi, który to przedmiot lokuje się poza granicami aktualnej debaty publicznej, trzeba podkreślić, że naruszenie praw innych osób może też łączyć się z wkroczeniem w sferę ich prywatności. Powyższa zależność jest dostrzegana w orzecznictwie ETPC. Jak zauważa L. Garlicki: „Przyjmuje się, że «wypowiedzi, których wyłącznym celem jest

zaspokojenie ciekawości pewnej grupy odbiorców, a dotyczące szczegółów życia prywatnego jakiejś – nawet znanej powszechnie – osoby, nie mogą być uznawane za przyczyniające się do jakiejkolwiek debaty nad kwestiami publicznymi» (zob. wyr. ETPCz w sprawie *von Hanower* [wyrok ETPC z 24 września 2004 r., skarga nr 59320/00 – uwaga własna], par. 65)" – *Konwencja...*, s. 645.

Trzeba ponadto wskazać, że również na gruncie Konwencji wskazuje się na szerokie spektrum spraw objęte zakresem stosowania art. 10 Konwencji. Pojęcie „wolności wypowiedzi" ma bowiem charakter otwarty, zaś jedynym kryterium granicznym jest natura danego działania. Tym samym każda wypowiedź (niezależnie od dziedziny, treści, formy i środka przekazu) służąca komunikowaniu informacji lub idei pozostaje objęta zakresem art. 10 ust. 1 Konwencji (zob. L. Garlicki, Konwencja..., s. 595). Innymi słowy „otwartość i rozmach konstruowania zakresu swobody wypowiedzi (a tym samym – swobody wyrażania opinii) oznacza, że art. 10 znajduje zastosowanie do bardzo szerokiego kręgu działań osób fizycznych, osób prawnych, a także władz publicznych", przy czym „zastosowanie to nie jest jednakowe, bo intensywność ochrony (tzn. sposób interpretacji i stosowania art. 10 ust. 2 [Konwencji – uwaga własna]) zależy w decydującym stopniu od dziedziny, treści, formy i środka przekazu" (*ibidem*, s. 596).

Reasumując: ustawodawstwo krajowe wydawane z uwzględnieniem art. 10 ust. 2 Konwencji (m. in. ze względu na konieczność zapobiegania zakłóceniom porządku lub przestępstwu oraz z uwagi na ochronę dobrego imienia i praw innych osób) musi uwzględniać szeroki katalog form wkraczania (narażania na niebezpieczeństwo) w dobra chronione.

Trzeba ponadto podkreślić charakter orzeczeń wydawanych przez ETPC. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny: „(...) ETPC ze swej istoty rozstrzyga o tym, czy wydane w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy orzeczenie organu krajowego (wynik stosowania przepisu w konkretnej sytuacji) jest zgodne ze standardem konwencyjnym, a nie w kwestii zgodności przepisu aktu prawa krajowego z Konwencją. Zatem poglądy formułowane przez ETPC mają bezpośrednie odniesienie jedynie do okoliczności konkretnej sprawy i związanego z nią orzeczenia organu krajowego" (wyrok pełnego składu TK z 6 lipca 2011 r., sygn. akt P 12/09). Innymi słowy: „Podstawowy ciężar kontroli strasburskiej dotyczy więc nie tyle samego ustanawiania sankcji, co oceny niezbędności ich stosowania" (L. Garlicki, *Konwencja...*, s. 600).

Abstrahując od rozważań teoretycznych na temat oddziaływania orzecznictwa ETPC na praktykę sądów krajowych, czy też ocenę zgodności przepisów krajowych z aktami wyższego rzędu wypada podkreślić, że sposób ujęcia zakresu zaskarżenia przez wnioskodawcę stanowi przejaw dążenia do całkowitego wyeliminowania kary pozbawienia wolności z katalogu kar przewidzianych w art. 212 § 2 k.k. W tym kontekście oparcie argumentów wnioskodawcy, w większości o wypowiedzi ETPC, pomniejsza ich walor uniwersalności, a przez to możliwość adekwatnego odniesienia do całej treści normatywnej art. 212 § 2 k.k., tj. możliwie najszerszego spektrum potencjalnych stanów faktycznych oraz ewentualnego uzupełnienia – o inne niż tylko cześć (dobre imię) – katalogu dóbr prawnie chronionych w art. 212 § 2 k.k. W tym miejscu należy zgodzić się, że: „Niezwykle ważną kwestią jest przy tym ustalenie rzeczywiście niezbędnego zakresu oddziaływania orzeczenia ETPCz na wewnętrzny porządek prawny, w celu dokonania zmian w imię zapobieżenia przyszłym naruszeniom praw człowieka. Chodzi tu o ustalenie, do jakiego zakresu sytuacji odnosi się orzeczenie ETPCz (sytuacje faktyczne, sytuacje kreowane przez prawo), po to, aby zmiany w prawie wewnętrznym dotyczyły zakresu zmian niezbędnych i adekwatnych" (wyrok TK z 18 października 2004 r., sygn. akt P 8/04).

8. Wypada wreszcie przypomnieć istniejący kontekst normatywny, w jakim należy odczytywać art. 212 § 2 k.k. W pierwszej kolejności należy podnieść, że zgodnie z art. 58 § 1 k.k.: „Jeżeli ustawa przewiduje możliwość wyboru rodzaju kary, sąd orzeka karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania tylko wtedy, gdy inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary". Omawiany przepis ustanawia zasadę traktowania bezwzględnej kary pozbawienia wolności jako *ultima ratio* w przypadku przestępstw zagrożonych alternatywnie karą ograniczenia wolności lub grzywny, wyrażając jednocześnie prymat kar wolnościowych w stosunku do bezwzględnego pozbawienia wolności w zakresie drobnej przestępczości, co stanowi przejaw konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Konsekwencją powyższego jest konieczność szczególnego uzasadnienia przez sąd decyzji o wyborze bezwzględnej kary pozbawienia wolności jako niezbędnej sankcji orzekanej wobec sprawcy oraz wskazania powodów odrzucenia możliwości skorzystania z sankcji o charakterze wolnościowym (zob. W. Wróbel, *Komentarz do art. 58 Kodeksu karnego*, LEX/el., teza 1-4). Jak zauważa A. Marek: „W takich wypadkach sąd powinien rozważyć w pierwszej kolejności orzeczenie grzywny, kary

ograniczenia wolności, zastosowanie warunkowego umorzenia postępowania albo orzeczenie samoistne środka karnego (oczywiście gdy są spełnione przesłanki określone w ustawie – zob. art. 60 § 7 i art. 59 [k.k. – uwaga własna]). Sąd może również orzec karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (art. 69 [k.k. – uwaga własna]), natomiast bezwzględna kara pozbawienia wolności stanowi środek ostateczny (*ultima ratio*), po który można sięgnąć tylko wtedy, gdy żadna z wymienionych kar lub żaden środek karny «nie może spełnić celów kary» (art. 58 § 1 [k.k. – uwaga własna] *in fine*)" – A. Marek, *Komentarz ...*, teza 1. Analogiczne wnioski z brzmienia art. 58 § 1 k.k. wyprowadza (w odniesieniu do stosowania art. 212 § 1 i 2 k.k.) Trybunał Konstytucyjny, podkreślając że „Kara pozbawienia wolności może być orzeczona w sytuacji, gdy według oceny sądu ani grzywna, ani ograniczenie wolności nie byłyby sankcją odpowiednią do czynu stanowiącego przestępstwo zniesławienia (...)" – wyrok pełnego składu TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06.

Wobec powyższego należy ustosunkować się do zarzutów wnioskodawcy związanych z wywoływaniem przez sankcje karne stosowane za zniesławienie „mrożącego efektu" utrudniającego mediom wykonywanie roli publicznego „watchdog". Powołując się na właściwe orzecznictwo ETPC wnioskodawca argumentuje, że stosowanie sankcji karnych „może sprowadzać się do swoistej cenzury, która jest środkiem mających [sic! – uwaga własna] zniechęcenie skazanych do wypowiadania się krytycznie w przyszłości i powstrzymywania np. dziennikarzy do włączania się do debaty publicznej dotyczącej problemów dotykających życia społecznego" (wniosek, s. 18). Wypada zatem zauważyć, że omawiana kwestia była przedmiotem rozważań sądu konstytucyjnego przedstawionych w, wydanym w pełnym składzie, wyroku z 30 października 2006 r. (sygn. akt P 10/06). Co szczególnie istotne Trybunał wskazał *explicite*, że problem ten jest „wyraźnie eksponowany w orzecznictwie ETPC". Jak zauważył sąd konstytucyjny: „Przy próbie dokonania oceny ryzyka wystąpienia tego rodzaju «efektu mrożącego» należy uwzględnić, że ściganie przestępstwa zniesławienia odbywa się z oskarżenia prywatnego (art. 212 § 4 k.k.), co stanowi okoliczność zmniejszającą prawdopodobieństwo ewentualnego prześladowania czy nękania dziennikarzy bezpodstawnymi procesami wszczynanymi przez prokuratorów «naciskanych» przez – stanowiące główny obiekt zainteresowania i krytyki prasowej – osoby publiczne (por. na ten temat wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 lutego

2005 r., sygn. K 10/04, OTK ZU nr 2/A/2005, poz. 17)".

Należy także odnotować, że Trybunał Konstytucyjny wiąże wystąpienie „efektu mrożącego" z praktyką stosowania właściwych przepisów karnych. Jak wywiódł: „Zobrazowany powyżej sposób stosowania art. 135 § 2 k.k. wyłącza ewentualny zarzut dotyczący wywoływania przez kwestionowany przepis «efektu mrożącego» w zakresie swobody wypowiedzi w ramach debaty publicznej" (wyrok pełnego składu TK z 6 lipca 2011 r., sygn. akt P 12/09). Kontynuując ten wątek rozważań trzeba zatem przypomnieć, że sąd konstytucyjny ocenił również praktykę stosowania art. 212 k.k., wskazując że „uzyskane przez CMWP [Centrum Monitoringu Wolności Prasy – uwaga własna] z Ministerstwa Sprawiedliwości dane, które dotyczyły wszystkich osób (nie tylko dziennikarzy) skazanych za zniesławienie, wskazują, że za przestępstwo z art. 212 § 2 k.k. sądy orzekają z reguły najłagodniejszy rodzaj kary, czyli grzywnę. W 2003 r. jedynie w dwóch wypadkach sądy wymierzyły kary pozbawienia wolności, jednocześnie jednak warunkowo zawieszając ich wykonanie. Spośród środków karnych sądy sięgnęły tylko po dwa – nawiązkę i podanie wyroku do publicznej wiadomości, w żadnym wypadku nie zastosowały wobec dziennikarza zakazu wykonywania zawodu. Na tej podstawie stwierdzić można również, że ocenny charakter przesłanek wyłączenia odpowiedzialności karnej w wypadku czynów wypełniających znamiona art. 212 k.k. nie prowadzi w praktyce do nadmiernych nieproporcjonalnych ingerencji w wolność słowa. Przesłanki nie podlegają na pewno tak restryktywnej wykładni, aby mówić, iż zachwiana została proporcja między ochroną czci i dobrego imienia oraz ochroną wolności słowa na korzyść tej pierwszej" (wyrok pełnego składu TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06). Dokonując ogólnej oceny stosowania art. 212 k.k. Trybunał stwierdził: „Trudno zatem uznać, że zakwestionowane w niniejszej sprawie przepisy kodeksu karnego są, a w każdym razie były dotychczas, instrumentem nadmiernej lub dyktowanej politycznymi względami represji ze strony organów władzy publicznej", wskazując w konsekwencji, że „Zagrożenie tą karą [pozbawienia wolności – uwaga własna] pełni więc w gruncie rzeczy tylko funkcję prewencyjną" (*ibidem*; na prewencyjny charakter kary pozbawienia wolności w przypadku art. 212 § 2 k.k. zwraca się również uwagę w doktrynie prawa, zob. E. Czarny-Drożdżejko, *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniesławienia w środkach masowego komunikowania*, Kraków 2005, s. 42). Wypada zatem nadmienić, że ochrona wartości usprawiedliwiających ograniczenie praw człowieka

(w tym stosowanie sankcji karnych) może polegać na „oddziaływaniu na ogół adresatów norm prawnych (prewencja ogólna), a także na zabezpieczeniu społeczeństwa przed powtórnym naruszeniem dobra prawnego przez konkretną osobę (prewencja indywidualna). Prewencja ogólna obejmuje nie tylko odstraszanie potencjalnych sprawców przestępstw (prewencja negatywna), ale również potwierdzenie obowiązywania normy społecznej zakazującej naruszania tego dobra i wzmacnianie hamulców u osób przestrzegających prawo (prewencja pozytywna)" (K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 1999, z. 2, s. 35).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy trzeba zatem zauważyć, że wnioskodawca nie przedstawił szczegółowych danych (dotyczących stosowania art. 212 § 2 k.k.), które w sposób ważący rzutowałyby na ocenę proporcjonalności zaskarżonej regulacji, ograniczając się do przytoczenia statystyki skazań z art. 212 § 1 k.k., zgodnie z którą „w 2007 r. tylko wobec 11,1% skazanych z art. 212 § 1 [k.k. – uwaga własna] wymierzono karę pozbawienia wolności, przy czym jedynie w czterech przypadkach w postaci bezwzględnej, zaś 78,8% sprawców skazano na grzywnę samoistną (...)" – wniosek, s. 3.

9. Na marginesie należy zaakcentować rozpoznawaną i ugruntowaną w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zasadę swobody ustawodawcy w doborze instrumentów zabezpieczających przestrzeganie prawa, w tym w stanowieniu sankcji karnych.

W wyroku z 28 maja 1997 r. (sygn. akt K 26/96) Trybunał zauważył, że: „Problem kształtowania prawnokarnej ochrony określonych praw i wolności gwarantowanych konstytucyjnie pozostawia dużo swobody ustawodawcy, w szczególności z tego powodu, iż stosowanie instrumentów ochrony karnej reglamentowane jest szeregiem zasad nie związanych bezpośrednio z faktem naruszenia określonych praw i wolności. Zasady te dotyczą w szczególności celów kary, a z tego powodu mają wyraźny charakter kryminalnopolityczny. Rozważania zaś na płaszczyźnie kryminalnopolitycznej stanowią domenę właściwą działalności ustawodawcy zwykłego".

Z kolei w wyroku sądu konstytucyjnego z 9 października 2001 r. (sygn. akt SK 8/00) stwierdzono: „Z zasady demokratycznego państwa prawa, którego ustrój oparty jest na zasadzie podziału władzy wynika, iż stanowienie prawa należy do

władzy ustawodawczej. Ustawodawcy przydana została przy tym znaczna swoboda w kształtowaniu obowiązującego prawa. Jej granice wyznaczają w szczególności normy konstytucyjne. (...) ustawodawca uprawniony jest do stanowienia prawa odpowiadającego m.in. założonym celom politycznym, a więc – także celom kryminalnopolitycznym (...) Spoczywający na nim [ustawodawcy – uwaga własna] obowiązek dostatecznej ochrony wartości konstytucyjnych obliguje go do ustanowienia odpowiednich uregulowań, a ponadto – takich środków ochrony, które stworzą wystarczające gwarancje ich przestrzegania i egzekwowania. Gwarancje te zaś mogą mieć rozmaity charakter – cywilny, administracyjny, w ostateczności zaś również i karny".

Jednocześnie w wyroku z 30 listopada 2004 r. (sygn. akt SK 31/04) Trybunał Konstytucyjny wyraził ogólny pogląd, że: „Swoboda ustawodawcy nie jest jednak nieograniczona. Konstytucja wymaga od ustawodawcy poszanowania podstawowych zasad polskiego systemu konstytucyjnego na czele z zasadą państwa prawnego, jak również praw i wolności jednostki. Ustawodawca określając sankcję za naruszenie prawa w szczególności musi respektować zasadę równości (...), jak również zasadę proporcjonalności własnego wkroczenia. Nie może więc stosować sankcji oczywiście nieadekwatnych lub nieracjonalnych albo też niewspółmiernie dolegliwych".

10. Należy wreszcie przypomnieć, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym jest zasada domniemania konstytucyjności ustawy (hierarchicznej zgodności ze wskazanymi wzorcami kontroli). Konsekwencją powyższego jest rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu przed sądem konstytucyjnym. To na wnioskodawcy spoczywa obowiązek jednoznacznego wykazania naruszenia postanowień Konstytucji przez zaskarżane przepisy. W orzeczeniu z 24 lutego 1997 r. Trybunał stwierdził, że: „Kontrola konstytucyjności ustaw przebiega w oparciu o domniemanie, że badane normy są zgodne z konstytucją [...]. Ciężar dowodu spoczywa na podmiocie kwestionującym zgodność ustawy z konstytucją i dopóki nie powoła on konkretnych i przekonywających argumentów prawnych na rzecz swojej tezy, dopóty Trybunał Konstytucyjny uznawać będzie kontrolowane przepisy za konstytucyjne. W przeciwnym razie naruszeniu uległaby zasada kontradyktoryjności postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, a Trybunał przekształciłby się w organ orzekający z inicjatywy własnej" (sygn. akt K 19/96; zob. też: wyroki TK z:

9 października 2001 r., sygn. akt SK 8/00; 24 października 2000 r., sygn. akt K 12/00; 16 września 2002 r., sygn. akt K 38/01; 29 października 2002 r., sygn. akt P 19/01; 10 grudnia 2002 r., sygn. akt K 27/02; 27 stycznia 2003 r., sygn. akt SK 27/02; 18 lutego 2003 r., sygn. akt K 24/02; 27 maja 2003 r., sygn. akt K 11/03; 5 listopada 2003 r., sygn. akt K 1/03; 31 maja 2005 r., sygn. akt K 27/04; 6 września 2005 r., sygn. akt K 46/04; 22 września 2005 r., sygn. akt Kp 1/05; 25 lipca 2006 r., sygn. akt K 30/04; 18 września 2006 r., sygn. akt K 27/05; 20 marca 2007 r., sygn. akt K 35/05 oraz postanowienie TK z 29 listopada 2001 r., sygn. akt P 8/01).

11. Konkludując przedstawione wyżej uwagi należy zaakcentować następujące okoliczności.

Po pierwsze, aktualne brzmienie art. 212 § 2 k.k. uwzględnia szerokie spektrum możliwości wkraczania w dobra chronione przez ten przepis. Odzwierciedleniem powyższego jest powszechny charakter przestępstwa oraz takie określenie znamion strony przedmiotowej czynu, które sprawia, że art. 212 § 2 k.k. znajduje zastosowanie do szerokiego katalogu sytuacji (chroni zarówno cześć oraz dobre imię, a także zaufanie niezbędne do sprawowania określonych funkcji czy też wykonywania określonego zawodu). Wzmacnia to skuteczność prawnokarnej ochrony określonych dóbr prawnych.

Po drugie, trzeba zaakcentować, że sposób sformułowania zakazu karnego odpowiada realnemu charakterowi czynów realizujących jego znamiona. Należy mieć bowiem na uwadze, że przy rozpowszechnieniu się form masowego komunikowania (a także dostępu do nich) cześć oraz dobre imię (nie tylko osób fizycznych, ale także określonych instytucji) wymaga szczególnej ochrony z uwagi na łatwość naruszeń oraz uszczerbek jaki może pociągać za sobą ich dokonanie. W tym kontekście sformułowanie (*in abstracto*) swoistego katalogu wyjątków wydaje się niemożliwym, bez obniżenia poziomu ochrony dóbr prawnych. Pociąga to za sobą wykorzystanie szerokiego katalogu sankcji karnych, dających się stosować do zróżnicowanych charakterem ataków na dobra prawnie chronione.

Po trzecie, w nawiązaniu do powyższego – trzeba podkreślić, że problem właściwego aplikowania sankcji karnych stanowi emanację właściwego stosowania prawa, które ze swojej istoty pozostaje poza kognicją Trybunału Konstytucyjnego. Należy jednak zaakcentować, że w systemie prawa funkcjonują przepisy wyznaczające reguły nakładania sankcji karnych, zaś ogólną dyrektywą jest prymat

kar wolnościowych (art. 58 k.k.). Jednocześnie praktyka sądowa poddana analizie Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt P 10/06 wskazuje, że zamieszczona w art. 212 § 2 k.k. kara pozbawienia wolności ma charakter głównie prewencyjny. W tym miejscu wypada zaakcentować, że wnioskodawca nie przedstawił danych weryfikujących powyższy pogląd, świadczących o takich zmianach sytuacji społecznej, które uzasadniałyby zasadniczo odmienną ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynów określonych w art. 212 § 1 i 2 k.k. (zob. wyrok TK z 30 października 2006 r., sygn. akt P 10/06).

Po czwarte, trzeba zauważyć, że silnie akcentowana we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich konieczność zapewnienia ochrony swobody wypowiedzi dziennikarskich znajduje odzwierciedlenie w art. 41 p.p. Uznając, że przepis ten koryguje stosowanie art. 212 § 2 k.k. tym samym poszerza się granice legalnego działania uczestników rynku prasy. Innymi słowy ustawodawca przyznaje ochronę prawną wypowiedziom, które spełniają standard rzetelności i zgodności z zasadami współżycia społecznego.

Po piąte, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 212 § 4 k.k. ściganie przestępstwa określonego w art. 212 § 2 k.k. odbywa się z oskarżenia prywatnego, co nie jest bez znaczenia w kontekście wypowiedzi ETPC. Jak zauważa L. Garlicki: „Ściganie z oskarżenia prywatnego daje wyraz neutralności państwa i łatwiej daje się pogodzić ze szczególną ochroną wypowiedzi prasowych (zob. np. wyr. ETPCz w sprawie *Rymyana Ivanova* [wyrok ETPC z 14 maja 2008 r., skarga nr 306207/03 – uwaga własna], par. 68; *Długołęcki*, par. 47)" – L. Garlicki, *Konwencja...*, s. 615.

Po szóste, wypada podtrzymać pogląd, że kwestia proporcjonalności (zgodności z art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji) sankcji (w tym kary pozbawienia wolności) zawartych w art. 212 § 2 k.k. była już przedmiotem (pozytywnego) rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego w wyroku z 30 października 2006 r. (sygn. akt P 10/06).

Po siódme, należy uznać, że wszystkie wymienione wyżej okoliczności rzutują na ocenę zgodności zaskarżonego przepisu z Konwencją. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że przywoływane przez wnioskodawcę wypowiedzi ETPC dotyczą praktyki stosowania prawa, a co za tym idzie wydawane są w odniesieniu do konkretnych stanów faktycznych. Ponadto nawet formułowane w orzecznictwie ETPC dyrektywy dopuszczalności stosowania kary pozbawienia wolności za zniesławienie zawierają przykładowe wyliczenia okoliczności usprawiedliwiających jej stosowanie (co istotne

również te wyjątki odnoszą się do określonego stanu faktycznego, jak np. naruszenie wolności wypowiedzi dziennikarskiej). Tym samym orzecznictwo strasburskie nie może stanowić miarodajnej podstawy do oceny abstrakcyjnie ujętego zakazu karnego. Innymi słowy przepisy krajowe, aby w pełni realizować ochronę określonych dóbr prawnych, muszą być formułowane (nie wyłączając katalogu sankcji) w taki sposób, żeby można je było skutecznie stosować nie tylko do sytuacji o szerszym marginesie dopuszczalnej krytyki (np. debata publiczna, wypowiedzi o politykach), ale także do tych, które ze swojej istoty nie przyznają szczególnej ochrony określonym wypowiedziom (sfera prywatności, relacji zawodowych, gospodarczych).

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że art. 212 § 2 k.k. w zakresie zawierającym zwrot „albo pozbawienia wolności do roku" **jest zgodny** z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 10 Konwencji.

MARSZAŁEK SEJMU

Ewa Kopacz